

Giudicato penale e resistenza alla *lex mitior* sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013

Abstract. La Corte costituzionale, pur accogliendo, con la sentenza n. 210 del 2013, un incidente sollevato dalle Sezioni unite penali della Corte di cassazione per consentire ai “fratelli minori” di Scoppola di conseguire dal giudice dell’esecuzione la commutazione dell’ergastolo nella pena detentiva di trenta anni di reclusione, mantiene ferma in ogni altro caso la stabilità del giudicato di condanna dinanzi alla sopravvenuta *lex mitior*. Tuttavia alcune sue recenti decisioni, produttive di uno *ius superveniens* più favorevole al reo, potrebbero determinare effetti anche in sede esecutiva, alla luce di quanto dispongono gli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953.

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUCCESSIVA ALLA SENTENZA SCOPPOLA DELLA CORTE EDU. – 3. ALCUNI INTERROGATIVI A MARGINE DELLA SENTENZA 18 LUGLIO 2013 N. 210 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 4. I “CASI” NASCENTI DA DECISIONI RECENTI DI INCOSTITUZIONALITÀ. – 4.1. RICOGNIZIONE. – 4.2. GLI EFFETTI DELLE DECISIONI N. 21/2012 E N. 7/2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 4.3. (SEGUE) LA DECISIONE N. 68/2012. – 4.4. (SEGUE) LA SENTENZA N. 251/2012. – 4.5. (SEGUE) LA DECISIONE N. 183/2011. – 5. CONCLUSIONI.

1 PREMESSA

Heri dicebamus. È trascorso poco più di un anno da quando fu depositata l’ordinanza con la quale le Corte di cassazione, a sezioni riunite¹, aveva rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito nella legge 19 gennaio 2001 n. 4, e cioè, in termini meno criptici, la questione dell’applicabilità della sentenza 17 novembre 2009 della Corte EDU, in causa Scoppola contro Italia, anche a quanti, trovandosi nelle medesime condizioni dello Scoppola, non avevano nei termini proposto ricorso a Strasburgo. Nel commentarla² avevamo espresso alcune perplessità. Che non riguardavano tanto il risultato, da ritenere scontato (nella specie, il diritto di chi versasse in condizione analoga a quella dello Scoppola a vedersi infliggere la pena di trent’anni di reclusione in luogo di quella dell’ergastolo), quanto le ragioni di un percorso dalle ricadute sistematiche imprevedibili.

Come Viganò³ ha già puntualmente posto in evidenza all’indomani del deposito della sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che ha risolto la questione

1. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012 n. 34472, in *Dir. pen. cont.*, con commento di VIGANÒ, *Le Sezioni unite rimettono alla Corte costituzionale l’adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012.

2. ROMEO, *Le Sezioni unite sull’applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012.

3. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2013.

2
LA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE DI CASSAZIONE
SUCCESSIVA ALLA SENTENZA
SCOPPOLA DELLA CORTE EDU

proposta, il giudice delle leggi chiude il discorso quanto al problema specifico in esame, dichiarando l'illegittimità costituzionale del citato art. 7 e consentendo così al giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato, dinanzi alle istanze di sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione proposte dai "fratelli minori" di Scoppola; ma rifiuta di aprire "al buio" squarci nel già fragile tessuto dell'intangibilità del giudicato, come ventilato, sia pure tra le righe, dalle Sezioni unite.

Ed è motivo di soddisfazione verificare che molti dei dubbi espressi allora sulla solidità dell'impianto argomentativo del provvedimento di rimessione sono stati ritenuti fondati dalla sentenza costituzionale.

Senza entrare nei dettagli, basterà limitarsi a segnalare quanto avevamo avuto modo di notare sulla natura della sentenza Scoppola come «sentenza pilota», sulla molteplicità dei mezzi utilizzabili per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle decisioni della Corte europea (essendo fatto obbligo allo Stato nella sua interezza e non alla sola autorità giudiziaria di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino), sul dovere primario del Parlamento di intervenire con una legge (ma anche del governo che avrebbe potuto, attraverso il dicastero della giustizia e previa selezione dei casi identici a quello Scoppola, proporre al Presidente della Repubblica la commutazione della pena), sulla presunta crisi dell'irrevocabilità del giudicato e, infine, sulla improbabile eccezione di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.*: rilievi, tutti, condivisi dal giudice delle leggi e sui quali le Sezioni unite non erano parse sempre puntuali.

Peraltro, come dalle stesse Sezioni unite già posto in rilievo, la Consulta ricorda che nella specie, a seguito delle misure assunte dall'ordinamento nazionale, ritenute esaustive dalla Corte EDU, il caso era stato chiuso, anche perché lo Stato italiano aveva comunicato che alla luce dell'«effetto diretto» accordato dai giudici italiani alle sentenze della Corte europea, e in vista delle possibilità offerte dalla procedura dell'incidente di esecuzione ai condannati in condizione simile a quella dello Scoppola, «le autorità italiane considerano che la pubblicazione e la diffusione della sentenza della Corte europea ai tribunali competenti costituiscono misure sufficienti per prevenire violazioni simili».

Detto in altri termini, la difesa del governo italiano dinanzi alla Corte sopranazionale aveva sostenuto che violazione della convenzione non v'era giacché chi si fosse trovato in condizione analoga a quella di Scoppola avrebbe potuto chiedere e ottenere, mediante incidente di esecuzione della sentenza di condanna all'ergastolo, la sostituzione di quest'ultimo con la pena di trent'anni di reclusione.

Roma locuta, causa finita? Tutt'altro: perché quel che autorità governative possono affermare (e affermano, come in questo caso) in una sede internazionale per evitare spiacevoli conseguenze non costituisce vincolo per l'autorità giudiziaria, dato il suo statuto costituzionale di indipendenza.

È così accaduto che, se allo Scoppola la Corte di cassazione aveva assicurato il risultato agognato, sia pure con la discutibile procedura del ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*⁴, molti giudici dell'esecuzione in altri casi avevano rifiutato la sostituzione, sul rilievo che il giudicato non poteva essere infranto senza l'allegazione, da parte del condannato, di una sentenza sopranazionale che costituisse titolo idoneo a modificarne contenuti e portata.

Sicché la Corte di cassazione fu investita, a partire dai primi del 2011, di una serie di ricorsi (delle Procure in caso di decisione favorevole ai condannati del giudice dell'esecuzione, dei condannati in caso contrario) aventi ad oggetto proprio la possibilità di conseguire *in executivis*, in forza della sentenza Scoppola della Corte EDU, la commutazione dell'ergastolo nella pena di trent'anni di reclusione.

4. Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, in *Giur. it.*, 2010, con nota di FURFARO.

E le sentenze delle sezioni semplici che avevano cominciato a pronunciarsi, già sullo scorcio del 2011, sui casi sottoposti al loro esame, si erano espresse sempre nel senso che i “fratelli minori” di Scoppola avevano titolo ad ottenere in sede esecutiva quella commutazione se nel corso del giudizio di cognizione avevano chiesto di essere giudicati con rito abbreviato prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000⁵.

Come si vede, dunque, una soluzione più radicale di quella assunta, nell’aprile del 2012, dalle Sezioni unite e coerentemente applicativa, *omisso medio*, della sentenza europea: soluzione, peraltro, propugnata anche nella requisitoria scritta rassegnata all’udienza del 19 aprile 2012 dinanzi alle Sezioni unite dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione.

Per una serie di motivi che qui non mette conto di approfondire, ma che non si può escludere siano legati soprattutto ai tempi di deposito delle decisioni e alla successiva elaborazione e memorizzazione elettronica delle massime, le prime pronunce delle sezioni semplici sono rimaste nell’ombra per un non breve periodo di tempo e forse erano sconosciute al magistrato della Corte delegato dal Primo presidente all’esame preliminare dei ricorsi, che il 1° marzo 2012 gli segnalò l’opportunità dell’assegnazione, *ex art.* 610 c.p.p., di due ricorsi che trattavano della questione alle Sezioni unite, in considerazione della sua speciale importanza.

Sulla questione, dunque, non sussisteva alcun contrasto giurisprudenziale: tanto che nella stessa ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale delle Sezioni unite non si rinviene citazione di alcun precedente nell’uno o nell’altro senso delle sezioni semplici.

Paradossalmente, dunque, il giudice nazionale, al suo più alto vertice, aveva seguito sin dal primo momento una linea interpretativa rispettosa *tout court* degli impegni assunti dal governo italiano verso le autorità europee e comunque meno tortuosa di quella che ha condotto al risultato oggi acquisito all’ordinamento attraverso una pronuncia che ha efficacia *erga omnes*.

Dinanzi a questo *trend* della giurisprudenza delle sezioni semplici, seguito da una diversa opinione delle Sezioni unite, avrebbe mai potuto la Consulta non accogliere la questione da esse sollevata, sul presupposto che quella giurisprudenza era attestata su un’interpretazione conforme al *dictum* della Corte EDU e realizzava il risultato che proprio le Sezioni unite invocavano, ritenendolo precluso dalle disposizioni impugnate?

Riterremmo proprio di no, perché, a prescindere dalla considerazione – di modesto rilievo nel caso di specie – dei diversi effetti conseguenti a una pronuncia di accoglimento o ad una interpretativa di rigetto, le Sezioni unite avevano ritenuto di non seguire, ne fossero o non a conoscenza, la scelta “aperturista” delle sezioni semplici.

Ma, detto ciò, si deve dare atto, alla fine che avevano colto nel segno quegli studiosi i quali fin dal principio avevano ritenuto doveroso l’intervento *omisso medio* del giudice dell’esecuzione e, in sede di ricorso, della Corte di cassazione.

Ora, però, messo in disparte il problema legato alla vicenda Scoppola, restano aperti interrogativi “a margine” che, per quanto non toccati dalla sentenza della Corte costituzionale, ritagliata in modo secco sulla questione specifica oggetto di esame e tale, quindi, da non lasciare spazi allo scardinamento del giudicato, da molti ritenuto inarrestabile, riguardano lo stesso sistema penale nel suo complesso.

La Consulta ha modo di porre chiaramente in evidenza che resta ferma l’intangibilità della *res iudicata*, quando – escluso un generale carattere recessivo della certezza del giudicato di fronte alla lesione di diritti fondamentali, contrariamente a quanto avevano affermato le Sezioni unite – osserva che quella certezza può venir meno dinanzi alla “tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma

5. A partire da sez. I, 2 novembre 2011 n. 8689/2012, in *C.e.d. Cass.*, n. 252211, si segnalano in tal senso, della stessa sezione, *ex aliis*, le sentenze 10 gennaio 2012 n. 25227, *ivi*, n. 253093; 11 gennaio 2012 n. 5134, *ivi*, n. 251857; 13 novembre 2012 n. 48329, *ivi*, 254096.

incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”, ma aggiunge, a scanso di equivoci, che è affidata all’esclusiva valutazione del legislatore la ricorrenza di ragioni tali da accordare al valore della libertà personale prevalenza sulla stabilità del giudicato (e questo oggi accade nel caso di *abolitio criminis* per cui è prevista la revoca della sentenza – artt. 2, comma secondo, c.p. e 673 c.p.p. – e in quello di condanna a pena detentiva seguita da legge che preveda esclusivamente quella pecuniaria, nel quale la prima si converte nella seconda ai sensi dell’art. 135 c.p., a norma del precedente art. 2, terzo comma).

Dunque, non basterebbe una generica evocazione del diritto di libertà, neanche come diritto fondamentale della persona, per ritenere che si possa automaticamente intervenire su una condanna all’apparenza “ingiusta”; occorre un’espressa previsione legislativa.

Prendiamo, ad esempio, il caso di un reato per il quale sia intervenuta una modificazione legislativa che preveda una pena detentiva massima inferiore a quella minima in vigore all’epoca del fatto e del processo. Il condannato con sentenza irrevocabile deve espriare una pena superiore a quella massima vigente al momento dell’esecuzione; quello che abbia ancora il processo in corso per il medesimo reato (magari per disfunzioni giudiziarie che abbiano allungato i tempi processuali o per dilazioni artificiosamente determinate da lui stesso) beneficia del più mite trattamento sopravvenuto. Anche se sappiamo che lo stesso fattore “tempo che scorre” è un elemento idoneo a giustificare differenze di trattamento⁶, appare spontanea la domanda: rientra, o non, tra i diritti fondamentali, quello a subire una pena detentiva che non sia incompatibile con le leggi in vigore al momento dell’esecuzione?

Qui il meccanismo dell’art. 2, comma quarto, c.p. pare eccessivamente rigido e severo.

Ma vediamo che cosa accade specularmente: secondo il meccanismo previsto dalla disposizione citata, basta una disposizione di legge rimasta in vigore anche un giorno solo, che abbia stabilito un trattamento penale più mite rispetto alla *lex temporis* del reato e a quella della sentenza (magari di identico segno) a far guadagnare all’imputato una punizione meno severa (e in ipotesi molto meno severa) sia con riferimento al momento del commesso reato, sia a quello della sentenza che conclude il processo, cioè inadeguata al disvalore sociale del fatto.

Qui l’art. 2 c.p. appare ingiustificatamente lassista: non pare, infatti, che il *favor rei* possa giustificare anche conseguenze di tal fatta che sembrano irrazionali nello stesso senso che indusse la Corte costituzionale a dichiarare a suo tempo l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 5, c.p.⁷.

Ora, se si è davvero liberi da pregiudizi, è venuto il momento di interrogarsi sulla congruità di un sistema che conduce a conseguenze difficilmente accettabili dalla logica comune, sia nell’uno, sia nell’altro caso. Problemi, evidentemente, di pertinenza del legislatore: finché l’ordito normativo non muti, è impossibile che queste disfunzioni trovino rimedio nella sede giurisdizionale dell’esecuzione penale. Così come è altamente improbabile immaginare interventi caducatori, sia pure *in parte qua*, della Consulta.

Ci sarebbe, tuttavia, da domandarsi se sia conforme alla Cedu, sotto il profilo della violazione dei diritti umani, quanto meno il meccanismo che impone di eseguire una condanna a pena detentiva diventata, per effetto di *lex mitior* sopravvenuta nelle more dell’esecuzione, superiore al massimo editale previsto per il reato al momento del fatto e per tutto il corso del processo, e quindi non più coerente con il suo disvalore sociale.

6. *Ex multis*, Corte cost., 3 maggio 2002 n. 150; 12 aprile 2002 n. 108; 28 novembre 2001 n. 376.

7. Corte cost., 22 febbraio 1985 n. 51.

Si può, peraltro, da subito, discutere se non possano insorgere, al banco giudiziario, dopo il passaggio in giudicato della condanna (e a volte, come si vedrà, anche prima), problemi nascenti da decisioni di illegittimità costituzionale. Molto improbabile, ma non impossibile, ad esempio, che l'*ius superveniens* più mite, nei termini di cui sopra (cioè relativamente alla misura della pena), sia dovuto a una sentenza della Consulta; ma se ciò accadesse, sarebbe difficile che il giudicato possa costituire una barriera insormontabile per la sua applicazione *in executivis*, tenuto conto di quanto la stessa sentenza 210/2013 afferma, avallando per implicito orientamenti già emersi nella giurisprudenza della Corte di cassazione a proposito della cd. aggravante incostituzionale (art. 61, comma primo, n. 11-bis, c.p.) dei quali questa *Rivista* ha dato conto a suo tempo⁸ e su cui pare superfluo tornare⁹.

4.1

RICOGNIZIONE

Ma, al di là di queste ipotesi futuribili, già può essere attuale (e utile) una serie di interrogativi che nascono da alcune sentenze di incostituzionalità rese negli ultimi tempi.

Basterà citarne alcune per rendersi conto dei problemi applicativi che possono crearsi (e alcuni dei quali sono già insorti).

Più in generale: quando, successivamente alla proposizione di ricorso per cassazione, è pubblicata una sentenza di illegittimità costituzionale di una disposizione penale che riguarda il giudizio sul merito dell'imputazione, il giudice di legittimità deve tenerne conto? E, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni?

Vediamo nei dettagli.

Com'è noto, con due sentenze depositate a distanza di un anno l'una dall'altra, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore, rispettivamente per il delitto di alterazione (ipotesi di cui all'art. 567.2 c.p.) e di soppressione di stato (ipotesi di cui all'art. 566.2 c.p.), la perdita della potestà segua di diritto, così precludendosi al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto¹⁰.

Ancora: nel 2012 due sentenze¹¹ hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata sia diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità, e dell'art. 69, comma quarto, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, t. u. stup. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Avuto riguardo alla circostanza che le sentenze in questione sono tutte riferibili al giudizio di merito, sorgono spontanee due domande: *quid iuris* per le decisioni di condanna impugnate con ricorso per cassazione, ovvero divenute irrevocabili prima della pubblicazione delle declaratorie di incostituzionalità e non ancora interamente eseguite?

Qui converrà forse distinguere.

8. Cass., sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977/2012, in *Dir. pen. cont.*, con nota di SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, 19 gennaio 2012.

9. Scrivono i giudici costituzionali: "A questa Corte compete perciò di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato. Al giudice comune, e in particolar modo al giudice rimettente, quale massimo organo di nomofilachia compete, invece, di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice [art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953 n. 87], e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili. Nel caso in esame le sezioni unite rimettenti, con motivazione che soddisfa tale ultimo requisito, hanno argomentato che, in base all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."

10. Corte cost., 23 febbraio 2012 n. 31, in *Dir. pen. cont.*, con nota di LEO, e Corte Cost., 23 gennaio 2013 n. 7, *ivi*, con commento di MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, 28 gennaio 2013.

11. Rispettivamente Corte cost., 23 marzo 2012 n. 68, in *Dir. pen. cont.*, con commento di GRIECO, *Illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità*, 26 marzo 2012, e Corte cost., 15 novembre 2012 n. 251, *ivi*, con scheda di LEO.

4.2

GLI EFFETTI DELLE DECISIONI N.
21/2012 E N. 7/2013 DELLA CORTE
COSTITUZIONALE

Se pende giudizio di cassazione, la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità dell'art. 569 c.p. *in parte qua*, eliminando l'automatismo applicativo della pena accessoria, impone evidentemente una regressione del procedimento alla fase di merito, essendo interdetta al giudice di legittimità la valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Conseguentemente, la condanna impugnata dovrebbe essere annullata con rinvio.

Più complessa la situazione se la condanna per uno dei reati di cui agli artt. 566.2 o 567.2 c.p. è passata in giudicato: qui l'operazione che dovrebbe compiere il giudice dell'esecuzione eventualmente adito con incidente per l'eliminazione della pena accessoria non sembra analoga a quella conseguente alla espunzione del *quantum* di pena imputabile a una circostanza aggravante e indicato nella motivazione della sentenza (operazione che, secondo la giurisprudenza ormai consolidata, è imposta dal tenore degli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953). Difatti, essa dovrebbe comportare una valutazione dell'interesse del minore che – stante l'automatismo pregresso nell'applicazione della sanzione accessoria – mai potrebbe rinvenirsi nella sentenza e che non può essere riconosciuta, in assenza di una previsione legislativa, al giudice dell'esecuzione.

Né esistono strumenti per riaprire il processo e consentire al giudice della cognizione quella valutazione che *illo tempore* mancò e che, per gli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità, si sarebbe dovuta allora (e si dovrebbe oggi) eseguire.

A questa lacuna legislativa, che pure potrebbe essere colmata integrando con un'ulteriore e più generica previsione l'art. 630 c.p.p., è possibile porre rimedio con una sentenza additiva della Corte costituzionale (ad esempio, sulla falsariga di quanto già praticato con la sentenza n. 113 del 2011¹², in tema di revisione del processo ritenuto “non equo” dalla Corte EDU)?

Domanda non semplice; ma la perdurante inerzia del legislatore e l'affievolirsi di quel tradizionale *self-restraint* della Consulta nell'assumere ruoli di supplenza potrebbero aprire spiragli in questa direzione e incoraggiare la proposizione di un incidente di costituzionalità *ad hoc*, non sembrando conforme a diritto tenere ferma una sanzione inflitta senza una ponderazione degli interessi del minore e quindi potenzialmente lesiva di un valore la cui tutela è costituzionalmente obbligata.

Sui temi appena accennati non risultano sin qui pronunce nella giurisprudenza di legittimità. La quale, invece, si è già espressa su questioni conseguenti alle altre due declaratorie di incostituzionalità sopra evocate (sentenze n. 68 e 251 del 2012).

4.3

(SEGUE) LA DECISIONE N. 68/2012

Con riferimento agli effetti della prima di queste due sentenze sul giudizio di legittimità, la Corte di cassazione si è pronunciata in termini affermativi¹³, ritenendo ammissibile il motivo formulato come “nuovo” con una semplice memoria difensiva, purché con i motivi principali la Corte fosse stata investita del controllo della motivazione della sentenza di merito in ordine al punto su cui era intervenuta la declaratoria di incostituzionalità: ciò in quanto il giudice di legittimità non può non tenere conto della inapplicabilità della normativa dichiarata illegittima.

Di conseguenza, in presenza di motivi originari che riguardino anche la maggiore o minore gravità del reato, sia pure sotto il profilo della sussistenza di circostanze attenuanti diverse da quella della particolare tenuità, la deduzione implicita dell'astratta possibilità che il fatto possa essere considerato “lieve” ha indotto la Corte di cassazione ad annullare con rinvio la sentenza di merito.

Non sorprende la decisione. Difatti, come già affermato dalla Corte con riferimen-

12. In *Dir. pen. cont.*, con nota di LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, 19 maggio 2011.

13. Cass., sez. VI, 19 luglio 2012 n. 37102, in *C.e.d. Cass.*, n. 253471.

to ad innovazioni legislative intervenute dopo la proposizione del ricorso¹⁴, “il rigore dell’effetto devolutivo delle impugnazioni e delle preclusioni processuali che ne derivano è temperato dalla disposizione risultante dal coordinamento dell’art. 606, comma 3, con l’art. 609, comma 2, ultima parte c.p.p., richiamato espressamente dal primo, in forza della quale, in deroga al divieto del *novum*, deve ritenersi consentita la deducibilità di ulteriori censure resa possibile da innovazioni legislative intervenute dopo la proposizione del ricorso”. A maggior ragione il principio deve valere se l’*ius superveniens* è costituito da una decisione di incostituzionalità.

A *fortiori* in un altro caso, nel quale era stata reiterata nei motivi di ricorso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p. a fronte di rigetto del giudice di appello, la prima sezione penale della Corte ha annullato con rinvio per nuova valutazione circa la sussistenza del fatto di particolare tenuità, tenuto conto della frattanto sopravvenuta sentenza di accoglimento della Consulta¹⁵.

Tuttavia la stessa sezione, in un caso analogo, ha rigettato il ricorso, ritenendo irrilevante la sentenza costituzionale, dato che alla considerazione del fatto in termini di lieve entità sarebbe stata di ostacolo, nella specie, “la valutazione, già obiettivamente svolta dalla Corte di merito, della particolare gravità del fatto, come compiutamente descritto alla luce delle emergenze processuali, dinanzi alla quale non regge (*recte*: reggono) il ridimensionamento da parte del ricorrente delle modalità del sequestro e delle limitazioni in danno della persona offesa, che attengono ancora una volta a profili esclusivamente di merito, né il riferimento alle considerazioni che hanno giustificato l’applicazione della pena base nel minimo edittale”¹⁶.

Ma la domanda più complessa riguarda la fase esecutiva: i condannati per sequestro di persona a scopo di estorsione potrebbero invocare, mediante incidente, l’applicazione della diminuzione di cui all’art. 311 c.p. con conseguente riduzione di pena?

Ecco la risposta che ha dato la Corte di cassazione¹⁷ in un caso nel quale il condannato aveva chiesto al giudice dell’esecuzione la rideterminazione della pena alla luce della citata sentenza della Consulta. Dopo aver ricordato che osta all’accoglimento della richiesta la circostanza che l’attenuante *ex art. 311 c.p.* ha natura oggettiva e non implica una riduzione fissa, il che richiederebbe una valutazione sotto duplice profilo discrezionale, la Corte ha affermato che “la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione l’attualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un’incurSIONE nel merito di causa che non sia *tout court* apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali”. E ancora: “se il giudice dell’esecuzione ha dunque, in astratto, il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, in quanto, in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (Cass., sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977), nella fattispecie, tuttavia, il giudice dell’esecuzione non potrebbe esimersi dall’effettuare una nuova e inammissibile valutazione di merito, non potendo essere sufficiente una mera attività ricognitiva circa la già avvenuta ravvisabilità della fattispecie (anche circostanziale) e una semplice attività di emersione di efficacia”.

Con riferimento a tale problema, in altra occasione¹⁸ avevamo osservato che “è difficile pensare che il giudice dell’esecuzione abbia modo di intervenire; caduta la mannaia del giudicato sulla vicenda processuale, quest’ultima non può essere ridiscussa. Ma se effettivamente il fatto potesse essere qualificato – per quanto risulta dalla decisione

14. Sez. un., 25 febbraio 1998 n. 4265, in *Giur. it.*, 1999, II, c. 1029, con nota di LAVARINI; ma già in tal senso sez. I, 29 settembre 1997 n. 9003, in *Guida dir.*, 1997, fasc. 44, p. 79, con nota di BRICCHETTI.

15. Cass., sez. I, 9 maggio 2012 n. 37433, inedita.

16. Cass., sez. I, 11 aprile 2012 n. 47255, inedita.

17. Cass., sez. I, 23 aprile 2013 n. 28468, inedita.

18. ROMEO, *Pena imputabile ad aggravante incostituzionale e sorte del giudicato di condanna*, in *La Rivista nel diritto*, 2013, p. 132.

irrevocabile – come lieve o tale addirittura fosse stato già qualificato dal giudice della cognizione, senza poter produrre, all'epoca del giudizio, effetti mitigatori della sanzione, la risposta è sicuramente negativa? Qualche dubbio forse si potrebbe avanzare.”

Oggi possiamo affermare che la più alta istanza di giurisdizione si attesta sullo stesso ordine di considerazioni, in quanto, pur negando la possibilità di interventi *in executivis* con riferimento al caso di specie, non pare chiudere definitivamente la porta all'eventualità che sia comunque “possibile”, nei congrui casi, un intervento sul giudicato. Difatti, sia pure *a contrario*, pare ammessa una sua frattura, allorché sia apprezzabile direttamente dalla lettura della decisione, senza che siano richiesti ulteriori apprezzamenti discrezionali, la già ritenuta sussistenza, da parte del giudice della cognizione, di elementi tali da configurare l'attenuante di cui all'art. 311 c.p.

È troppo presto, naturalmente, per trarre conclusioni certe; ma è significativo sottolineare che il *trend* inaugurato da sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977/2012, *cit.*, si consolida oltre la vicenda che vi aveva dato causa.

4.4

(SEGUE) LA SENTENZA N. 251/2012

A maglie più larghe, invece, risulta la giurisprudenza di legittimità in tema di ricadute della sentenza n. 251 del 2012, pubblicata nelle more del giudizio di legittimità e relativa alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, quinto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale.

Statisticamente il caso – che di sicuro ha maggiore frequenza di quello connesso a fatti di sequestro di persona a scopo di estorsione, pur presentando problemi dogmatici non dissimili – ha dato luogo a numerose pronunce con soluzioni tutte nel segno del più largo *favor rei*.

A una prima decisione, resa proprio all'indomani della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale* della sentenza citata, che si era mossa sulla linea prudente per cui non è consentito invocare il *dictum* della Consulta quando manchi una censura *ad hoc* nei motivi di ricorso¹⁹, ha fatto seguito una serie innumerevole di decisioni, tutte inedite, che hanno dato ingresso al rilievo della dichiarata illegittimità costituzionale nei casi più disparati, annullando con rinvio la decisione impugnata²⁰.

Scarne le motivazioni. Solo la sentenza n. 28615 del 2013 esibisce un apparato motivazionale completo e puntuale, ritenendo che “la sopravvenienza, in forza della pronuncia della Corte costituzionale, di una norma penale più favorevole, in pendenza di un ricorso che, censurando l'eccessiva severità della pena determinata dalla presenza della recidiva reiterata che – in base alla disposizione dichiarata illegittima – paralizzava il pieno dispiegamento degli effetti favorevoli della riconosciuta attenuante, configura una questione *che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello* e che, pur se non dedotta, va ammessa nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p. Trattandosi di questione che comporta valutazioni di merito, essa va devoluta al giudice di rinvio che dovrà valutare, nell'esercizio del potere discrezionale di determinazione della pena al fine di adeguarla alle peculiarità del caso concreto, se il giudizio di equivalenza tra attenuante e aggravante debba essere confermato ovvero – alla luce dell'eliminazione del divieto rimosso dalla Corte costituzionale – se vada riformato *in melius* con la prevalenza dell'attenuante sull'aggravante”.

19. Cass., sez. VI, 27 novembre 2012 n. 48788, inedita.

20. Cass., sez. III, 20 dicembre 2012 n. 17718/2013; sez. III, 31 gennaio 2013 n. 11533; sez. VI, 23 aprile 2013 n. 21094, in casi di ricorso del P.G. avverso decisione che erroneamente aveva ritenuto *illo tempore* la prevalenza delle generiche sulla recidiva qualificata; sez. III, 12 dicembre 2012 n. 3073/2013; sez. III, 27 novembre 2012 n. 11512/2013; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 9195; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 10084; sez. III, 21 marzo 2013 n. 15637; sez. III, 4 aprile 2013 n. 19710; sez. IV, 14 maggio 2013 n. 25994, riguardanti casi in cui con il ricorso si era dedotta l'illegittimità della decisione impugnata per il mancato giudizio di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva; sez. III, 7 marzo 2013 n. 16478; sez. III, 4 aprile 2013 n. 28121; sez. VI, 8 maggio 2013 n. 22469; sez. VI, 19 giugno 2013 n. 28615, in cui erano stati proposti motivi aggiunti; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 10089 e sez. III, 25 giugno 2013 n. 29753, in casi nei quali i ricorsi si erano limitati a contestare la mancata esclusione della recidiva dal calcolo della pena.

Anche qui, peraltro, il problema più complesso riguarda le sentenze passate in giudicato.

Va da sé che la premessa “storica” perché possa nascere un “problema” è che, nel corso del giudizio di cognizione, l’attenuante prevista dall’art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 (fatto di lieve entità) per il reato di cessione di stupefacenti sia stata riconosciuta e dichiarata *ex lege* equivalente alla recidiva reiterata.

Essendo tale situazione diversa da quella dell’aggravante di clandestinità, parrebbe precluso un intervento sul giudicato del giudice dell’esecuzione: ritenere, infatti, che quest’ultimo possa *sic et simpliciter* qualificare prevalente l’attenuante del fatto di lieve entità sulla recidiva reiterata significherebbe modificare sostanzialmente il giudizio reso in sede di cognizione sul fatto-reato. E questo non è consentito al giudice dell’esecuzione, a meno di una inammissibile metamorfosi del suo ruolo che finirebbe per identificarsi in quello di un giudice di quarta istanza. Nulla, infatti, garantisce che, pur se il divieto di prevalenza non fosse esistito nel momento del giudizio, il giudice della cognizione non avrebbe concluso egualmente per una valutazione di equivalenza dell’attenuante con la recidiva reiterata²¹.

In senso contrario si può osservare che anche nel caso dell’aggravante *ex art. 61.1 n. 11-bis c.p.* ci sono ipotesi in cui, per forza di cose, il giudice dell’esecuzione, secondo il *dictum* del giudice di legittimità, deve eseguire operazioni che possono rivelarsi un “arbitrio”, perché diverse da quelle che il giudice della cognizione avrebbe compiuto in ordine al “peso” sanzionatorio da attribuire all’aggravante²². E, se si ritiene che queste operazioni non si configurino come una modificazione del fatto-reato compiuta in sede di cognizione, non si vede perché debbano esserlo quelle, sostanzialmente non dissimili, che – caduto il divieto di prevalenza – si potrebbero compiere in relazione alle sentenze di condanna deliberate in esito a un obbligatorio giudizio di equivalenza. Quanto meno nel caso in cui dalla motivazione della sentenza irrevocabile emerga in modo chiaro che il giudice avrebbe ritenuto prevalente l’attenuante sulla recidiva, se solo non ci fosse stato un divieto di legge. E sarebbe difficile sostenere che in un’ipotesi del genere il giudice dell’esecuzione si arbitri di sovrapporre una “sua” valutazione a quella del giudice della cognizione, ove sostituisca a un giudizio di equivalenza uno di prevalenza. Solo un ragionare formalistico potrebbe condurre ad escludere una simile conclusione.

Ma guardiamo al caso più frequente nella pratica, e cioè a quello in cui non sia possibile desumere dalla sentenza di condanna elementi inequivocabili circa un eventuale giudizio di prevalenza dell’attenuante sulla recidiva reiterata, ma appaia comunque del tutto irrazionale, anche alla luce di altri dati della motivazione in ordine al giudizio sul fatto, il trattamento sanzionatorio “coatto”, eccessivo rispetto alla “tavola” dei valori costituzionali relativi alla “proporzionalità” della pena inflitta.

Allora forse occorre rileggere quel che hanno scritto i giudici in proposito per trarre dalla motivazione della sentenza costituzionale qualche elemento utile a risolvere il problema:

“L’incidenza della regola preclusiva sancita dall’art. 69, quarto comma, c.p. sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal primo e dal quinto comma dell’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, che viene annullata, attribuisce alla risposta punitiva i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sentenza n. 68 del 2012)”: conclusione, questa, che non può essere obliterata dal rilievo secondo cui la previsione di trattamenti sanzionatori più severi per i recidivi reiterati non potrebbe mai condurre a un trattamento sanzionatorio di per sé sproporzionato, come aveva detto, in sede di giudizio di costituzionalità, l’Avvocatura dello Stato. Difatti, “la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per «un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver

21. In termini Cass., sez. IV, 12 febbraio 2013 n. 16990, inedita.

22. Ad esempio quando occorre quantificare il “peso” dell’aggravante genericamente comparata.

subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale» (sentenza n. 249 del 2010), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni, e questo scrutinio nel caso in esame rivela il carattere palesemente sproporzionato del trattamento sanzionatorio determinato dall'innesto della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dall'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990”.

Si può ritenere che questo criterio, di ordine sostanziale, possa sfuggire al giudice, nel momento in cui deve essere eseguita la sentenza? Se, ragionando sulle regole in vigore, si dovesse dare una risposta negativa a questa domanda, forse residuerebbe lo spazio per una questione di legittimità costituzionale *ad hoc*²³. Perché, come ha rimarcato anche la sentenza 210/2013 della Consulta, se è vero che il sistema penale ha bisogno di “stabilità”, è anche vero che questa non può realizzarsi – se non sacrificando altre, e forse più pregnanti, esigenze di uno Stato democratico – per la sola circostanza che quella stabilità è l'effetto, nel caso concreto, di una legislazione ciecamente irrazionale e incurante dei valori costituzionali che presiedono alla “ragionevole” punizione dei fatti costituenti reato.

4.5

(SEGUE) LA DECISIONE N. 183/2011

Non può mancare, in questa ricognizione degli impatti giurisprudenziali dei più recenti interventi *in mitius* della Corte costituzionale, un brevissimo accenno agli effetti conseguenti alla sentenza 10 giugno 2011 n. 183²⁴.

Come si ricorderà, con questa sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-*bis*, comma secondo, c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge 5 dicembre 2005 n. 251, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente a uno dei reati previsti dall'art. 407, comma 2, c.p.p., tenuta dai recidivi reiterati.

Qui la giurisprudenza è parsa molto più restrittiva e, per quel che risulta da un esame a tappeto delle decisioni rese, in nessun caso ha annullato la sentenza di merito a fronte di censure intese ad ottenere la concessione delle attenuanti generiche sulla base del diritto più favorevole conseguente alla sentenza della Consulta. Motivo: il diniego delle generiche può legittimamente fondarsi sull'apprezzamento anche di un solo dato negativo, oggettivo o soggettivo, senza la necessità che il giudice prenda in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti.

Una sorta di prova di resistenza, dinanzi alla spiegazione, in sentenza, di altre e sufficienti ragioni ostative alla concessione delle attenuanti, che rendeva superfluo un rinnovato giudizio²⁵.

Date queste premesse, non sorprende l'assenza di decisioni di legittimità relative alla fase esecutiva; ma resta da domandarsi se le conclusioni sarebbero state le stesse, qualora dalla sentenza impugnata fosse risultato che il diniego delle generiche era giustificato solo dal divieto di legge: motivo, quest'ultimo, rilevante anche con riferimento al giudizio di legittimità. Difatti, in presenza di elementi implicitamente positivi, idonei a far ritenere la necessità di un rinnovato giudizio di bilanciamento delle circostanze che potesse sfociare nella prevalenza delle attenuanti, il *favor rei* avrebbe imposto l'annullamento con rinvio.

23. Da notare che, come testualmente osservato dalla Corte costituzionale, “nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di lieve entità (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare; ciò significa che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di lieve entità (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subisce così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, c.p. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi”.

24. In *Dir. pen. cont.*, con commento di LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche al recidivo reiterato*, 13 giugno 2011.

25. In tal senso Cass., sez. I, 30 novembre 2011 n. 3335/2012; sez. III, 6 marzo 2012 n. 19644; sez. III, 24 aprile 2012 n. 26588; sez. III, 26 aprile 2012 n. 18166; sez. VI, 13 giugno 2012 n. 34276; sez. fer., 30 agosto 2012 n. 43757, tutte inedite.

5 CONCLUSIONI

Se l'odierno quadro del "sistema" penale è quello emergente dai cenni sin qui esposti su alcuni tra i più significativi nodi del suo assetto e, come si è visto, segnala la persistenza di una deplorabile inerzia del legislatore che non pare allo stato reversibile, non è difficile immaginare che, nel prossimo (e forse non solo prossimo) futuro, sarà la Corte costituzionale il baricentro intorno al quale ruoterà ogni sua possibile "riforma" (in ogni caso sempre del tutto inadeguata in mancanza di interventi del legislatore).

Basti solo pensare ai "costi" dipendenti dalla mancanza di quei pur modesti ritocchi legislativi che avrebbero consentito al nostro Paese di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU senza dovere, di volta in volta, sottoporre a torsioni estreme istituti di rilievo centrale nel sistema penale, per rendersi conto di quanto sia grave l'assenza di interesse, prima che di interventi, della legge.

Se questa tendenza al disinteresse dovesse mantenersi inalterata in futuro, continuerebbe l'opera di supplenza della giurisdizione, alla quale si è fatto perspicuamente cenno in uno degli scritti citati nel corso dell'esposizione²⁶; e continuerebbe attraverso l'ampliarsi degli interventi della Consulta in *bonam partem*: una sorta di *transfert* al giudice delle leggi di quella delega di fatto, a suo tempo accordata dalla politica alla giurisdizione, del compito di governare l'evoluzione del sistema penale e che, a quanto pare, la politica stessa – una volta tentata la riappropriazione di spazi autonomi di controllo delle scelte di contrasto ai fenomeni criminali – non è riuscita ad assumere con quel minimo di competenza e intelligenza che le si richiedeva.

I suoi interventi, infatti, ispirati a soluzioni giuridicamente deboli e, come è stato efficacemente scritto, a una "mera e caotica riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale, in una logica pressoché completamente «reattiva»"²⁷, sono avvenuti quasi sempre nel disprezzo dei valori disegnati dalla Carta fondamentale e dai trattati UE, al cui rispetto il nostro ordinamento è vincolato, o comunque in conflitto con essi.

Non è chi non veda come, nel contesto sopra delineato, l'attore fondamentale della scena continuerà ad essere la giurisdizione: quella ordinaria, nel sollecitare interventi del giudice delle leggi e nel gestire gli effetti delle pronunce di quest'ultimo, e quella costituzionale, attraverso sentenze di illegittimità costituzionale o altrimenti incidenti sul complessivo tessuto del diritto penale.

26. LEO, *Sul riconoscimento*, cit.

27. LEO, *Sul riconoscimento*, cit.