

GIUDICATO COSTITUZIONALE, PROCESSO PENALE, DIRITTI DELLA PERSONA*

Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di
Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858,
Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto

Stefano Ruggeri

ABSTRACT

Il presente scritto muove da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, che mette sul tappeto in termini del tutto inediti la questione della tenuta del giudicato penale e dei conseguenti poteri della magistratura d'esecuzione a seguito di una decisione d'incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice. La questione ripropone il tema della legalità della pena in fase esecutiva, un tema che va ormai certamente affrontato alla luce del diritto costituzionale e dello *international human rights law*. Qui, peraltro, la Corte di Cassazione, movendo dal presupposto che la norma incostituzionale sia stata applicata dal giudice della cognizione, demanda al giudice dell'esecuzione la rideterminazione del bilanciamento tra circostanze e con essa la ridefinizione della sanzione, affidando così alla magistratura esecutiva scelte valoriali che competono al processo di cognizione. Questo lavoro analizza se e come, in una situazione quale quella affrontata dalle Sezioni Unite, tale conclusione sia praticabile e, ripercorrendo le tappe della distinzione sul piano dell'efficacia temporale della legge penale tra illegittimità costituzionale e riforma legislativa, propone una riflessione assiologicamente orientata sul giudicato penale.

SOMMARIO

1. Tre quesiti. – 2. La possibilità e misura d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 2.1. Premessa. – 2.2. Norma penale, giudicato costituzionale, giudicato penale. – 2.2.1. La prospettiva strutturalista. La distinzione tra incostituzionalità e successione temporale di leggi penali sul piano dell'efficacia giuridica. – 2.2.2. La prospettiva garantista. Il bilanciamento tra il rigore del giudicato penale e la tutela dei diritti della persona. – 2.3. Processo penale, giudicato costituzionale, giudicato europeo. L'immanente cedevolezza ovvero la forza del giudicato penale a fronte della massima tutela dei diritti fondamentali. – 3. La necessità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 4. Le modalità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale. – 4.1. Obbligo motivazionale del giudice della cognizione e poteri del giudice dell'esecuzione nel ridefinire il bilanciamento tra circostanze. – 4.2. Pena legittima e garanzie della persona in sede esecutiva. – 4.2.1. Discrezionalità giudiziale della magistratura di esecuzione e ridefinizione della sanzione nell'ipotesi di sicura applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione. – 4.2.2. Vincolatività assiologica del giudicato e individuazione della pena legittima da eseguire nell'ipotesi di non certa applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione. – 5. Conclusioni.

* La sentenza commentata in questo scritto ha sollevato questioni che sono andate ben al di là delle mie competenze e capacità. Su alcuni passaggi di particolare complessità e specie su quelli che hanno richiesto una competenza trasversale, ho disturbato colleghi di altre discipline chiedendo loro un parere sui miei pensieri. Desidero quindi esprimere la mia riconoscenza, in particolare, ad Alessandro Morelli, Giuseppina Panebianco e Gioacchino Romeo per i preziosi suggerimenti che mi hanno dato. Di ogni imprecisione o inesattezza contenuta nel testo sono ovviamente io il solo responsabile.

1.

Tre quesiti.

Con la sentenza *Gatto*, emessa il 29 maggio 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto positivamente la questione concernente il potere del giudice dell'esecuzione di affermare la prevalenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990 e rideterminare la pena, definita in sede di cognizione mediante giudizio di equivalenza tra la suddetta attenuante e l'aggravante dell'art. 99 c. 4 c.p. in forza dell'applicazione del divieto di prevalenza di tale attenuante, contemplato dall'art. 69 c. 4 c.p. e dichiarato incostituzionale dalla sent. 251/2012. Il quesito di diritto sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite – se la dichiarazione d'incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice, intervenuta successivamente al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, possa condurre in fase esecutiva a mitigare la pena comminata in forza della disposizione annullata – pone peraltro interrogativi che trascendono la vicenda che ha occasionato l'investitura della Suprema Corte e vanno addirittura al di là della stessa sfera del solo ordinamento penale, imponendo un approccio interdisciplinare. Essenzialmente tre ordini di questioni si pongono all'attenzione dell'interprete, questioni che possono essere sintetizzate nei seguenti termini:

a) la sentenza d'incostituzionalità che abbia annullato non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale può in astratto incidere sul giudicato penale?

b) la sentenza d'incostituzionalità che abbia annullato non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale deve, nella fattispecie concreta, incidere sul giudicato penale?

c) esiste una via per intervenire sul giudicato penale in quest'ipotesi e, se sì, quale? In altri termini, come si deve incidere sul giudicato penale per dare immediata efficacia alla sentenza della Corte costituzionale in quest'ipotesi?

Schematicamente si potrebbe inferire che la prima è una questione di diritto costituzionale, la seconda di diritto penale sostanziale e la terza di diritto penale processuale e, più specificamente, di diritto dell'esecuzione penale. Ma subito si avverte l'impressione che una così netta separazione di piani è metodologicamente inesatta e non è in grado di cogliere la complessità di tali questioni, che richiedono un'impostazione trasversale. Le argomentazioni che si snodano nel percorso logico seguito dalla Suprema Corte mostrano estrema attenzione alla disamina del primo quesito, mentre alquanto apodittica appare la risoluzione del terzo, che implicitamente presuppone la risoluzione in senso positivo anche del secondo. Su quest'ultimo, a ben guardare, la Corte non spende pressoché alcun argomento, movendo probabilmente dall'assunto che, lì dove il giudicato costituzionale possa incidere sul giudicato penale, ciò debba anche avvenire.

Il presente scritto si allontana da una simile impostazione, argomentando che la potenziale capacità del giudicato costituzionale d'incidere sul giudicato penale non implica che il giudicato penale debba sempre essere ridefinito anche solo con riguardo a una porzione dell'equazione sanzionatoria. Ciò impone di ripercorrere le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte, al fine di fornire una risposta ai quesiti iniziali, che conducono a tornare a riflettere su categorie come giudicato, norma, ordinamento. Alla luce di questi risultati andranno probabilmente riconsiderate le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione per promuovere la revisione in fase esecutiva del regime sanzionatorio.

2.

La possibilità e misura d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

2.1.

Premessa.

Se la sentenza d'incostituzionalità che annulli non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale sia potenzialmente idonea a incidere sul giudicato penale, come si è anticipato, è anzitutto una questione di diritto costituzionale. Ma l'argomentazione seguita dalle Sezioni Unite e l'interpretazione dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 da esse seguita mettono in luce, a ben vedere, una questione dalla natura complessa, che chiama in causa a un

tempo il diritto costituzionale e il diritto processuale penale. Per chiarezza espositiva, si può forse dire che essa si snoda e converte in due problemi, logicamente connessi, concernenti rispettivamente l'idoneità del giudicato costituzionale a incidere sul giudicato (e sul processo) penale nell'ipotesi considerata e la disponibilità del giudicato (e del processo) penale a lasciarsi plasmare dal giudicato costituzionale. Alla duplice natura della questione corrisponde, come vedremo, una diversità d'impostazione nel ragionamento seguito dalla Corte.

2.2. *Norma penale, giudicato costituzionale, giudicato penale.*

2.2.1. *La prospettiva strutturalista. La distinzione tra incostituzionalità e successione temporale di leggi penali sul piano dell'efficacia giuridica.*

La prima parte dell'argomentazione delle Sezioni Unite prende le mosse da un recente dibattito, che ha diviso le sezioni semplici della Suprema Corte sulla questione concernente l'eseguibilità della porzione di pena irrogata in forza dell'applicazione di un'aggravante successivamente dichiarata incostituzionale¹. Il discorso condotto dalla Corte di Cassazione rivela un'impostazione fortemente strutturalista, che s'incentra sulla generale distinzione tra declaratorie d'incostituzionalità e successione di leggi penali nel tempo. La Corte mette in chiaro la netta diversità funzionale fra due fenomeni, che risponde a una differenza istituzionale tra i compiti espletati dai due rispettivi poteri dello Stato. In effetti, può ormai considerarsi assodato che le sentenze d'incostituzionalità, riflettendo una patologia nelle vicende della normazione, estirpano la norma annullata dal tessuto dell'ordinamento non solo determinandone l'inefficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte (secondo un'interpretazione letterale dell'art. 136 Cost., affermatasi tra i primi commentatori della Carta fondamentale) ma anche impedendone ogni possibilità di applicazione². Rientra invece nella fisiologia dell'evoluzione normativa ogni intervento legislativo che incida sulla normativa penale di riferimento, quale che ne sia il segno. Ciò giustifica anche il diverso regime temporale dei due fenomeni quanto alla perdita di efficacia della norma travolta: l'abrogazione decorre di regola dall'introduzione della legge abrogatrice valendo perciò *pro futuro*, senza peraltro escludersi che nel rispetto del canone della ragionevolezza possa l'efficacia della legge abrogatrice spingersi fino alla data introduttiva della disciplina abrogata; laddove l'annullamento coinvolge fisiologicamente anche i rapporti pendenti, mostrando così un'efficacia parzialmente retroattiva, senza tuttavia potersi mai portare oltre questa soglia.

Né la diversità di formulazione degli artt. 136 Cost. e 30 c. 3 legge 87/1953 può ormai lasciare spazio a interpretazioni restrittive volte a circoscrivere la disapplicazione della norma dichiarata incostituzionale al solo processo in corso³. Tra le due disposizioni non c'è, a ben vedere, alcun contrasto: la norma incostituzionale perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale e da quella data diviene quindi inapplicabile, anzi sorge un preciso dovere di disapplicazione in capo all'autorità rimettente così come in tutti gli operatori giuridici che trattino casi analoghi a quello che ha occasionato l'investitura del giudice delle leggi, salvi i rapporti esauriti. Ciò vale significativamente quale che sia la portata della declaratoria d'incostituzionalità e soprattutto, per quel che qui importa, la natura della norma impugnata. In tal senso si sono espresse le sentenze *Ingordini*⁴ e *Ayarž*, come sottolineano le Sezioni Unite, nella misura in cui, seguendo il filone avviato dalla sentenza *Hauobu*⁵ e proseguito dalla sentenza *Harizž*, hanno ritenuto applicabile con riferimento a casi pendenti la decisione con la quale venne dichiarata incostituzionale la norma concernente

¹ Nella fattispecie si trattava della circostanza prevista dall'art. 61 c. 1-bis c.p., previsione dichiarata incostituzionale dalla sentenza 249/2010.

² Per una dettagliata sintesi del dibattito che ha portato a definire gli esatti termini dell'efficacia delle sentenze d'incostituzionalità cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999, p. 313 ss.

³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano 2004, sub art. 2, § 61.

⁴ Cass., sez VI, 16 maggio 2013, CED 255674.

⁵ Cass., sez VI, 15 maggio 2013, CED 257767.

⁶ Cass., sez I, 27 ottobre 2011, CED 252062.

⁷ Cass., sez I, 25 maggio 2012, CED 253084.

l'aggravante della clandestinità.

Ciò mostra un primo punto d'inconsistenza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953, che circoscrive la portata dell'incidenza sul giudicato di condanna alle sole sentenze che annullino norme incriminatrici. In effetti, la formazione del giudicato formale non dipende solo da scelte processuali ma spesso anche da questioni attinenti all'organizzazione amministrativa della giustizia e non può quindi divenire un fattore dirimente, cosa che porterebbe a palesi discriminazioni. Del resto, seguire l'interpretazione restrittiva, contestata dalle Sezioni Unite, conduce al paradosso che prima del giudicato la sentenza costituzionale che annullasse una norma non incriminatrice produrrebbe effetti anche al di fuori del processo che ha determinato l'investitura della Corte costituzionale, mentre al di là di questa soglia essa neppure produrrebbe effetti nel processo in corso, contravvenendo il senso del giudizio incidentale di costituzionalità della legge.

Possiamo ipotizzare, come sottolineato dalla sentenza *Hamrouni*⁸, che il legislatore del 1953 pensasse solo all'ipotesi di *abrogatio criminis* nel contemplare la cessazione di "tutti gli effetti penali" della condanna; ma non c'è ragione per negare l'applicazione della disposizione in questione a ipotesi in cui alcuni effetti siano il prodotto di una disposizione incostituzionale⁹. E in fondo la previsione può essere letta nel senso che, dichiarata incostituzionale la norma applicata nel processo, tutti gli effetti penali della condanna da essa discesi debbano ugualmente cessare. Del resto, non si può certo pretendere di ricavare indicazioni sempre univoche da testi legislativi, e così non sarebbe ipotizzabile che, per il sol fatto che l'art. 2 c. 2 c.p., trattando della abrogazione della stessa fattispecie incriminatrice, ometta di specificare che la cessazione concerna tutti gli effetti della condanna, possano sopravvivere effetti di una norma penale abrogata.

Insomma, non è plausibile definire i termini delle conseguenze delle declaratorie ablativo della Corte costituzionale sulla falsariga delle cadenze dell'art. 2 c.p., argomentando che solo l'incostituzionalità della norma incriminatrice possa travolgere il giudicato condannatorio, destinato invece a rimanere impregiudicato a fronte di interventi che colpiscano norme penali di natura diversa attestandone la contrarietà a Costituzione. Una simile impostazione, condivisa dall'ordinanza che ha determinato l'investitura delle Sezioni Unite, trae con sé un errore metodologico nella misura in cui confonde ciò che in un fenomeno è l'eccezione e che nell'altro è invece la regola. In effetti, la postulazione di una netta differenza funzionale (ed effettuale) fra i fenomeni dell'abrogazione e dell'incostituzionalità mette in luce il carattere eccezionale, nell'ambito del complessivo fenomeno dell'evoluzione temporale della legge penale, non già del limite del giudicato, previsto con riguardo alla successione modificativa della legge penale, bensì della possibilità che l'abrogazione travolga rapporti già definiti con sentenza irrevocabile, ovvero il giudicato condannatorio che abbia ad oggetto una pena detentiva, non più legislativamente prevista. Come è noto, tali opzioni riflettono non tanto una scelta di politica legislativa, ispirata a una generica logica di *favor rei*, quanto una soluzione assiologicamente necessitata nella prospettiva di una compiuta (e corretta) attuazione di un complessivo assetto costituzionale ruotante attorno ai principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. Si tratta dunque di una frattura costituzionalmente inevitabile all'interno di un sistema che vuole le modifiche legislative valedoli di regola *ex nunc*, mentre nessuna rottura del sistema discende dalla disapplicazione della norma penale la cui incostituzionalità è stata acclarata, disapplicazione che proprio per ciò non può lasciare impregiudicato il giudicato di condanna.

In questa prospettiva si può dunque affermare che nel contesto dell'art. 673 c.p.p. il riferimento all'abrogazione costituisca norma di disciplina della scelta operata con l'art. 2 c. 2 c.p. (disciplina peraltro ormai non più esclusiva, per quanto appena osservato), mentre quello all'incostituzionalità non codifichi, senza alcuna pretesa di esaustività, che una delle possibili manifestazioni del principio stabilito dall'insieme delle previsioni contenute negli artt. 136 Cost. e art. 30 c. 3-4 legge 87/1953, principio che non può essere derogato se non in presenza di un'esplicita statuizione legislativa quantomeno dotata di copertura costituzionale, della quale tuttavia non consta l'esistenza.

⁸ Cass., sez I, 19 gennaio 2012, CED 253343-253344.

⁹ Nello stesso senso cfr., in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014, G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, § 1.

2.2.2 *La prospettiva garantista. Il bilanciamento tra il rigore del giudicato penale e la tutela dei diritti della persona.*

Tale assetto normativo non riflette dunque un'architettura arbitrariamente costruita dal legislatore per differenziare a tutti i costi la successione temporale di leggi penali dal fenomeno dell'incostituzionalità. La distinzione è lo specchio di un diverso sistema di valori e va dunque riconsiderata nella prospettiva del bilanciamento tra interessi confliggenti. In questa direzione si muovono opportunamente le Sezioni Unite, il cui registro argomentativo abbandona presto le cadenze di un ragionamento rigidamente strutturalista orientandosi verso una prospettiva squisitamente assiologica. La sentenza in commento s'inserisce del resto in un'evoluzione giurisprudenziale che coinvolge in modo ormai prorompente il principio di legalità della pena. Richiamando l'impostazione della recente sentenza *Ercolano*, le Sezioni Unite mostrano di condividere una concezione della legalità penale che attraversa e comprende tutto l'*iter* che conduce all'esecuzione della sanzione, andando al di là della soglia della concretizzazione giudiziale della norma penale fino all'esecuzione della sanzione¹⁰.

In quest'ottica la soluzione adottata dall'art. 30 c. 4 legge 87/1953 appare ulteriormente rinvigorita, imponendo scelte interpretative che ne valorizzino al massimo la portata: quand'anche la norma penale fosse realisticamente conoscibile al momento della commissione del fatto, è intollerabile che si venga puniti per un fatto contrario all'ordine costituzionale o al di là della soglia sanzionatoria costituzionalmente legittima. Il prodursi di una simile situazione è in sé fonte di gravi e ulteriori violazioni di principi costituzionali, puntualmente indicati dalle Sezioni Unite, quali la funzione rieducativa della pena e lo stesso principio di legalità. Del resto la correttezza di quest'inquadramento è attestata, per quanto possa valere questo riferimento normativo, dalla soluzione processuale contemplata dall'art. 673 c.p.p., che impone per entrambi i fenomeni dell'incostituzionalità e dell'abrogazione della norma incriminatrice una conclusione comune: l'assoluzione per non essere previsto il fatto dalla *legge* come reato. In entrambe le situazioni si può affermare che l'esecuzione della pena comprometterebbe gravemente la legalità costituzionale, il che impone di orientare ad essa l'ordine legislativo.

Semmai si potrebbe discutere sull'ampiezza della portata di tale fenomeno. Dalla conclusione processuale prevista dall'art. 673 c.p.p., dettata dall'esigenza d'instaurare un parallelismo col fenomeno dell'abrogazione, si evince che la previsione si riferisce alla sola ipotesi in cui l'intervento ablativo della Corte costituzionale colpisca l'intera fattispecie incriminatrice. Ma non è questo certo un argomento decisivo per escludere interventi sul giudicato in ipotesi di segno diverso. In effetti, il contenuto della sentenza d'incostituzionalità concernente la "fattispecie incriminatrice" ben può riguardare profili diversi da quelli considerati nella disposizione in parola, quale precipuamente l'assetto sanzionatorio. E se ammettiamo, come è pacifico, che l'incostituzionalità della pena imponga una revisione dell'assetto sanzionatorio in fase esecutiva, come e su che basi escludere l'ipotesi in cui l'incostituzionalità colpisca una porzione della sanzione ovvero una norma regolante il percorso giudiziale di commisurazione della sanzione, come nella fattispecie in esame? In questa direzione si muove la giurisprudenza, che notoriamente non solo ha esteso la portata dell'art. 673 c.p.p. al caso in cui la norma penale sia stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione europea da una sentenza della Corte di giustizia successiva al passaggio in giudicato della decisione, ma ha anche riconosciuto la possibilità di avvalersi dell'incidente di esecuzione, come si è visto, al fine di ottenere la riduzione dell'entità della sanzione in seguito alla declaratoria d'incostituzionalità, sopravvenuta al giudicato, della norma concernente un'aggravante applicata in sede di cognizione.

Queste conclusioni sollecitano un'ulteriore riflessione sulla portata dell'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale, portata circoscritta, secondo l'opinione maggioritaria che le Sezioni Unite condividono, alla norma penale sostanziale¹¹. L'opinione trae, come si sa, la propria giustificazione dall'idea che le norme processuali penali non possano determina-

¹⁰ Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, *Ercolano*, su questa *Rivista*, 12 maggio 2014, con commento di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la "saga" dei fratelli minori di Scoppola*.

¹¹ In proposito cfr., per tutti, M. CHIAVARIO, *Norma (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 500. Nella letteratura non sono tuttavia mancate, anche in passato, le voci dissenzienti nei confronti di una rigida distinzione tra norme sostanziali e processuali ai fini della determinazione dell'efficacia della declaratoria d'incostituzionalità. Cfr. L. COMOGGIO, *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni incostituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 98 s.

re il contenuto della condanna irrevocabile; ma, a ben vedere, si tratta di un'idea preconcepita e tale da comportare gravi conseguenze sulla tutela dei diritti individuali. Supponiamo che l'art. 285 c. 3 c.p.p. non prevedesse alcun riferimento alla custodia scontata all'estero in forza di una procedura estradizionale e che tale previsione fosse introdotta da una pronuncia additiva della Corte costituzionale. Si può seriamente pensare che una simile ipotetica pronuncia, per il sol fatto d'intervenire su una previsione di diritto penale processuale, possa essere ignorata, laddove si sia conclusa la fase cognitiva, ai fini del computo degli effetti penali della condanna irrevocabile? Il problema si accentua a fronte di norme dal contenuto ibrido. Immaginiamo che fosse dichiarata incostituzionale la previsione che contempla, alla sola condizione dell'avvenuta richiesta del Ministro della Giustizia, l'esercizio della giurisdizione nazionale anche in casi in cui nessun vincolo territoriale sussiste col fatto, nonostante un processo si sia svolto e concluso all'estero, financo nel Paese che vanta il più *genuine link* col fatto¹². Potrebbe la condanna emessa a séguito del processo instaurato in Italia in forza di tale previsione essere eseguita?

L'adozione di una prospettiva ispirata alla massima tutela dei diritti impone di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di "norma penale", che agli effetti dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 sembra più corretto intendere come riferito a qualunque norma appartenente all'ordinamento penale che determini una conseguenza sanzionatoria o una porzione sanzionatoria riferita a un comportamento umano, se non anche qualunque norma penale in senso lato, essenziale per l'accertamento della colpevolezza¹³. In effetti, la funzione rieducativa della pena sarebbe fortemente compromessa se si continuasse ad applicare, anche solo per una porzione, una sanzione in forza di una norma processuale la cui incostituzionalità è stata acclarata, non meno di quanto lo sarebbe se la declaratoria d'incostituzionalità toccasse una norma di diritto sostanziale. Trova così ancora una volta conferma l'artificiosità di una rigida distinzione tra norme processuali e sostanziali, distinzione che in una prospettiva orientata alle garanzie della persona risulta sempre meno sostenibile.

Di più, una riflessione su questo fenomeno attenta alla salvaguardia dovrebbe condurre a riconsiderare l'ambito applicativo dell'art. 30 c. 4 legge 87/1953 anche nell'ottica del tipo di giudicato penale su cui la declaratoria d'incostituzionalità della norma penale è chiamata a incidere, incidenza ristretta alle sole ipotesi in cui il processo penale si sia concluso con una condanna. Tale limitazione trova ben poca giustificazione e difatti può considerarsi parzialmente superata dall'art. 673 c. 2 c.p.p., che ha esteso la possibilità di revoca del giudicato in fase esecutiva all'ipotesi in cui il processo penale si sia concluso con un proscioglimento per estinzione del reato o non imputabilità – revoca anch'essa riferita alle sole ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice sia stata abrogata o dichiarata incostituzionale.

2.3.

Processo penale, giudicato costituzionale, giudicato europeo. L'immanente cedevolezza ovvero la forza del giudicato penale a fronte della massima tutela dei diritti fondamentali.

L'adozione di una prospettiva orientata ai diritti della persona conduce a riflettere da un angolo visuale più ampio attorno al problema di quella che oggi viene diffusamente definita come "cedevolezza del giudicato". Nel ricordare alcune delle tappe fondamentali del processo di ridimensionamento culturale, oltre che giuridico, di una concezione assolutizzante del giu-

¹² ICJ 5 febbraio 1970, "Barcelona Traction Case", *Belgium v. Spain* [1970].

¹³ In tal senso v. già V. VIGORITI, *Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza*, in *Riv. it. trim. dir. proc. civ.* 1967, p. 1494.

dicato¹⁴, processo avviato proprio in forza di esigenze aventi come perno la persona, le Sezioni Unite richiamano quell'ulteriore e più recente forma di contenimento del valore del giudicato che va realizzandosi a séguito degli interventi, sempre più pressanti, della giurisprudenza europea – contenimento riconosciuto sul piano del diritto interno sia dalla Corte costituzionale con la sent. 113/2011 sia dal legislatore con l'introduzione della figura della rescissione del giudicato¹⁵.

Questo processo, contenutisticamente assai eterogeneo, attesta un fenomeno che induce a riflettere sull'attualità della classica dialettica tra giustizia e certezza giudica. In effetti, la questione della possibile incidenza degli interventi del giudice costituzionale e di quello europeo sul giudicato penale mette in luce una convergenza di obiettivi che, come è noto, va ormai al di là delle funzioni istituzionali dei due organi. Per un verso, da tempo oramai diffusamente si riconosce che, pur restando la Corte costituzionale essenzialmente giudice delle leggi, il controllo da essa esercitato è indirizzato a una verifica di conformità alla legalità costituzionale orientata alla tutela dei diritti della persona. Per altro verso, la Corte europea, pur chiamata a verificare il rispetto della legalità convenzionale rispetto alla gestione processuale del caso concreto, è ormai istituzionalmente abilitata a produrre (e ha concretamente prodotto) decisioni-pilota con le quali ha denunciato carenze strutturali degli ordinamenti coinvolti – decisioni significativamente valorizzate di recente dalla stessa Corte costituzionale italiana¹⁶, sia pur nell'ambito di una giurisprudenza ancora fortemente conservatrice quanto alla diretta applicabilità di norme convenzionali contrastanti con la normativa interna.

Alla luce di questi sviluppi la certezza giuridica tradizionalmente offerta dal giudicato è chiamata a cedere sempre più il passo alla massima valorizzazione dei diritti della persona, ovvero (potremmo dire, volendo abbracciare anche l'impatto delle carte internazionali dei diritti dell'uomo) dei diritti materialmente costituzionali, quale che sia la fonte di riconoscimento. Ma c'è forse da dubitare che quella certezza in senso oggettivo sia oggi destinata a essere sostituita da una diversa certezza, stavolta concernente i diritti costituzionali, ovvero che la certezza del diritto possa essere oggi postulata solo nella misura in cui si dia certezza alla protezione dei diritti¹⁷. Nel campo delle garanzie individuali le soluzioni sono sempre (anzi, devono sempre rimanere) perfettibili e la certezza dei diritti, se vogliamo usare questa terminologia, è ottenuta grazie a (e, sarebbe forse più giusto dire, al prezzo di) progressivi assestamenti, dialoghi e talora scontri inter-giurisprudenziali. L'esperienza più recente rivela che i sistemi ordinamentali sono in costante interazione reciproca e che anche gli orientamenti più consolidati nella giurisprudenza europea, come la *sole and decisive evidence doctrine*, ben possono essere superati in base alle sfide che nuove vicende concrete possono presentare, non rappresentando dunque mai un punto di arrivo, né potendo fornire certezze, nella tutela dei diritti¹⁸. Ciò vale soprattutto se si adotta il criterio della tutela più intensa, criterio tutt'altro che univoco e anzi intrinsecamente referenziale, dato che presuppone la definizione della prospettiva dalla quale si guardi il singo-

¹⁴ Tra queste tappe, una in particolare è degna di menzione. Viene sintetizzata l'evoluzione giurisprudenziale che nella metà degli anni '80 portò la giurisprudenza a riconoscere la possibilità di applicare in fase esecutiva la disciplina sul reato continuato nell'ipotesi in cui il reato meno grave fosse quello giudicato col primo giudicato, nonostante la mancata previsione nel previgente sistema processuale di meccanismi volti a incidere sull'assetto sanzionatorio contenuto in un provvedimento giurisdizionale irrevocabile. E anche allora la Suprema Corte sottolineò la necessità di far prevalere esigenze di giustizia sostanziale sulla necessità di preservare, in nome di una concezione esasperata del giudicato, situazioni giuridiche consolidate con anteriorità in forza di eventi accidentali. Cfr. Cass., Sez. Un., 21 giugno 1986, Nicolini, *CED* rv. 173419. Per l'opportuna sottolineatura della necessità di approntare soluzioni normative che evitino discriminazioni prodotte da elementi temporali dovuti a circostanze legate all'organizzazione amministrativa della giustizia penale cfr. G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice": metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014.

¹⁵ Art. 625-ter c.p.p., introdotto dalla legge 67/2014.

¹⁶ Cfr., anzitutto la sent. 210/2013.

¹⁷ In tal senso invece cfr. il pensiero espresso in diversi scritti da Antonio Ruggeri. Cfr., da ultimo, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in www.rivistaaic.it (1/2014).

¹⁸ Il *leading case* è la sentenza *Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito* della Grande Camera del 15 dicembre 2011. In proposito cfr., per tutti, R. VOGLER, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts*, in S. Ruggeri (coord.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg et al. 2014, p. 185 ss. Tale mutamento giurisprudenziale impone certo di riconsiderare le tappe fissate da Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, D.F., in *CED* Cass. 250197. Non si possono tuttavia ignorare le difficoltà che si pongono sul piano interno quanto alla conformazione dell'ordinamento rispetto a un simile giudicato, per definizione sfuggente nei contorni perché modellato rispetto alla duplice capacità del singolo ordinamento nazionale di approntare congrui "*counterbalancing factors*" in grado di compensare il deficit di contraddittorio e delle autorità nazionali di metterli opportunamente in pratica.

lo fenomeno in questione, il che implica una spesso ardua scelta assiologica¹⁹.

D'altra parte, una volta relativizzata la rigida distinzione tra cognizione ed esecuzione, costruita precipuamente sul presupposto, ormai in crisi, della necessità di una conclusione ultima dell'accertamento e della correlata impossibilità di nuovi cicli cognitivi oltre una certa soglia procedimentale, la questione in esame non rappresenta altro, a ben guardare, che una delle innumerevoli vicende che caratterizzano il complesso fenomeno del giudicato penale – fenomeno che anche in un ordinamento fortemente strutturalista, come l'italiano, va ricostruito, come ho cercato di sottolineare in altri scritti²⁰, attorno alla portata conclusiva degli effetti del giudizio penale piuttosto che alla stabilità formale del provvedimento, che rappresenta una, forse neppure la più significativa, manifestazione del giudicato penale²¹. Quasi ottant'anni fa Salvatore Satta insegnava che la "forza" del giudicato, se si vuol mantenere quest'impostazione, risiede nell'"efficacia della decisione, nella modificazione che essa produce", cui è "direttamente da ascrivere la sua immutabilità, che permane se ed in quanto l'atto-sentenza rimanga in piedi, e può, secondo il diritto positivo, diventare definitiva"²².

In questa prospettiva è del tutto naturale che tali effetti permangano finché non vengano rimossi attraverso un successivo ciclo del giudizio, senza che ciò faccia loro perdere la natura di effetti del giudicato o comporti un ridimensionamento dello stesso. Ma se così è, è anche chiaro che il giudicato non cede né viene in alcun modo mortificato bensì è esaltato da interventi operati in fase esecutiva nella direzione della massima valorizzazione dei diritti – specie il giudicato penale che, come giustamente osservano le Sezioni Unite, reca con sé intrinsecamente una portata orientata alle garanzie della persona più che all'immutabilità dell'accertamento. Sennonché proprio il riconoscimento della forza, intesa come portata effettuale del giudicato penale, può portare a rivedere la soluzione decisoria adottata dalla sentenza in commento. Noteremo nel prosieguo di questo scritto che, se il giudicato può esprimere una formidabile forza assiologica, l'adozione di una prospettiva ispirata al *Meistbegünstigungsprinzip* non consente soluzioni orientate in senso assoluto verso la tutela dei soli diritti del condannato ma impone la ricerca di un nuovo equilibrio, in fase esecutiva, tra interessi confliggenti.

3. La necessità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

Definiti i termini e i limiti entro i quali il giudicato costituzionale che abbia colpito una norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice possa incidere sui contenuti del giudicato penale, si tratta di vedere se e a quali condizioni ciò debba avvenire nel concreto. Le Sezioni Unite, come anticipato, non spendono molti argomenti su tale cruciale questione, non mostrando alcuna esitazione a rispondere in modo positivo al quesito loro sottoposto con una conclusione fatta direttamente discendere dall'argomentazione legata alla potenziale incidenza sul giudicato penale della declaratoria d'incostituzionalità della norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice.

A mio avviso, i problemi restano distinti e distintamente vanno risolti. A sostegno della necessità d'incidenza nella fattispecie, la sentenza in esame richiama due precedenti presentati subito come analoghi: la sentenza *Ercolano*, per un verso, e le decisioni che hanno riconosciuto la disapplicazione in fase esecutiva dell'aggravante prevista dall'art. 61 c. 1-bis c.p. per effetto della sent. 249/2010 della Corte costituzionale, per un altro. Nessuno dei due riferimenti sembra tuttavia calzante. Nella vicenda *Ercolano*, a parte la diversità della problematica, il contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione era predeterminato, essendo la misura

¹⁹ In proposito, sul principio della tutela più intensa e per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale in materia penale, cfr. di recente A. RUGGERI, "Dialogue" between European and national courts, in the pursuit of the strongest protection of fundamental rights (with specific regard to criminal and procedural law), in S. Ruggeri (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case-Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg et al. (in corso di pubblicazione).

²⁰ A partire da *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano 2004.

²¹ Proprio muovendo dall'assunto che il *ne bis in idem* costituisca la più tipica (se non certo l'unica) manifestazione del giudicato penale, sono tuttora dell'opinione che esso – in considerazione degli interessi in gioco nella sfera penale e sul presupposto che ai fini della produzione di questa forma di efficacia ciò che conta è l'immutabilità del reato, nella sua ricostruzione fattuale, non del giudizio che su di esso venga espresso – andrebbe svincolato dall'irrevocabilità del provvedimento. Cfr., volendo, ancora il mio *Giudicato penale*, cit., p. 269 ss.

²² S. SATTA, *Efficacia e autorità della sentenza*, in *Riv. dir. comm.* 1935, p. 365.

della sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione definita dalla stessa legge²³. Analoghe considerazioni valgono anche con riguardo alla vicenda che ha recentemente riguardato l'art. 61 c. 1-*bis* c.p.: pur qui, a ben vedere, l'intervento del giudice dell'esecuzione era guidato e semplice quanto alla sua attuazione, trattandosi di eliminare in fase esecutiva il *surplus* di pena determinato dall'applicazione dell'aggravante dichiarata incostituzionale.

Ma si può dire che lo stesso valga nella vicenda in esame ovvero, volendo generalizzare il problema, ogniquale volta venga dichiarata l'incostituzionalità di una norma penale che, nei termini suesposti, sia stata applicata ai fini della condanna dell'imputato o della commisurazione della pena? A quest'interrogativo non credo si possa rispondere con certezza in modo univoco. Così dal provvedimento che si commenta non risulta chiaramente se la disposta equivalenza tra l'aggravante dell'art. 99 c. 4 c.p. e l'attenuante dell'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990 sia stata il risultato dell'applicazione della norma poi dichiarata incostituzionale, ovvero se questa abbia effettivamente determinato il risultato sanzionatorio disposto nella sentenza impugnata. Dalla sentenza in commento emerge solo un laconico riferimento alla circostanza che l'equivalenza sarebbe stata disposta "come previsto dalla legge"²⁴ – riferimento che vuol dire poco o nulla, e che anzi (se così stanno le cose) non assolve in alcun modo all'obbligo di esplicitare in motivazione non solo le ragioni per le quali nella fattispecie ricorresse la circostanza attenuante in questione ma soprattutto come essa dovesse essere bilanciata con la (anch'essa riscontrata) aggravante e perché il risultato di tale bilanciamento dovesse condurre alla neutralizzazione delle due circostanze. In effetti, allora (come oggi) l'equivalenza ben poteva essere disposta dal giudice, riguardando il divieto risultato incostituzionale solo la prevalenza dell'attenuante in parola. La circostanza che si sia pervenuti a questo risultato sanzionatorio è in sé ambigua e non sembra attestare una scelta forzata, ovvero l'impossibilità di valorizzare altrimenti l'attenuante dell'art. 73 c. 5 d.p.r. 309/1990. Ma il problema s'intreccia con la terza questione posta all'inizio di questo scritto, concernente il come procedere.

4. Le modalità d'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale.

4.1. *Obbligo motivazionale del giudice della cognizione e poteri del giudice dell'esecuzione nel ridefinire il bilanciamento tra circostanze.*

Le Sezioni Unite – movendo dall'assunto che, avendo il giudice della cognizione applicato la norma dichiarata incostituzionale, essa sia da disapplicare in fase esecutiva – passano rapidamente ad affrontare la questione del come si debba intervenire sul giudicato penale. Il principale argomento utilizzato è che le forme legalmente previste per interventi della giurisdizione esecutiva non compongano un catalogo esaustivo. Si tratta di un argomento fondato su un assunto che oggi ben può considerarsi pacifico nella letteratura processualistica come nell'applicazione giurisprudenziale. Così era anche sotto la vigenza della precedente codificazione: come si è notato, il dibattito circa la possibilità di applicare la disciplina sulla continuazione in sede esecutiva con conseguente intervento sul giudicato sorse all'epoca proprio per l'assenza di una previsione che legittimasse tale operazione. E così è ancora oggi: come sottolineano le Sezioni, nessuno dubita oggi che, pur in assenza di riferimenti all'ipotesi dell'art. 2 c. 3 c.p. nella disciplina sugli incidenti di esecuzione, trovi diretta applicazione tale previsione, che in sé reca implicita la propria disciplina processuale. Ancor meno si può poi ormai dubitare, dopo la conclusione della recente vicenda *Ercolano*, che non possa essere eseguita, perché coperta da giudicato, una pena illegittima, e che l'incidente di esecuzione costituisca lo strumento per rimediare a questa stortura.

Senonché questo riconoscimento costituisce solo il punto di partenza per la risoluzione

²³ In tal senso già Corte cost. sent. 210/2013.

²⁴ In base ai dati di cui disponiamo, sembra invece che sia da ascrivere al pubblico ministero che propose ricorso in cassazione il riferimento alla circostanza che l'equivalenza fosse stata disposta "sulla mera base del disposto normativo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo", inciso che evidentemente non avrebbe potuto pronunciare il giudice della cognizione.

del problema affrontato nella fattispecie dalla sentenza in esame. Le Sezioni Unite mostrano piena consapevolezza della diversità tra le situazioni che hanno interessato le vicende considerate e la fattispecie sottoposta al loro esame nel caso ora in esame. E, per sostenere il fondamento giuridico del potere del giudice dell'esecuzione nell'operare un nuovo bilanciamento tra le circostanze e rideterminare la pena, anch'esse, sulla scia della sentenza *Ercolano*, significativamente invocano i consistenti poteri attribuiti dalla vigente codificazione al giudice dell'esecuzione che gli consentono non solo di verificare la validità ma anche d'incidere sul titolo esecutivo. Tra i riferimenti contenuti nella decisione in commento, spicca non casualmente il modello offerto dall'art. 671 c.p.p. sul presupposto che, come esso mira a rimediare al difetto di conoscenza che non consente al giudice della cognizione di valutare la sussistenza del medesimo disegno criminoso in relazione a reati separatamente giudicati, così è necessario che il giudice dell'esecuzione sia messo in condizione di rimediare all'impossibilità di pervenire a un giudizio di prevalenza dell'attenuante in parola in forza del divieto legale poi dichiarato costituzionalmente illegittimo²⁵. La Corte sottolinea trattarsi di un modello non esclusivo, che non costituisce se non una delle possibili manifestazioni di un potere valutativo ormai inerente alla giurisdizione esecutiva. Ma, a ben vedere, il richiamo all'art. 671 c.p.p. assume nel contesto dell'argomentazione adottata dalle Sezioni Unite un'importanza che va al di là del generico riferimento alla sussistenza di un potere valutativo tale da condurre alla rideterminazione della sanzione in fase esecutiva, mutuando anche i limiti entro cui tale intervento può essere operato: la soluzione sanzionatoria da adottare nella fase esecutiva non deve essere stata esplicitamente esclusa dal giudice della cognizione²⁶.

L'argomentazione e la conclusione cui perviene la Corte non appaiono convincenti sotto più di un riguardo. Metodologicamente non si vede come da singole ipotesi normativamente previste si possa ricavare un generale potere di ridefinizione dei termini di bilanciamento tra circostanze. Significativamente le Sezioni Unite si astengono dal definire i limiti entro cui tale operazione possa legittimamente essere effettuata, ovvero i criteri che il giudice di esecuzione dovrà seguire nel rideterminare la pena inflitta in sede di cognizione. Né sembra fornire alcun ausilio il ricorso a vicende quale quella che ha interessato la norma concernente l'aggravante dell'art. 61 c. 1-*bis* c.p.: l'applicazione prevalente di un'attenuante implica un nuovo complessivo bilanciamento tra le circostanze e dunque una riconsiderazione complessiva del peso della singola vicenda criminosa. Non si esclude che ciò possa avvenire, nell'ottica di una complessiva riorganizzazione dei poteri della magistratura di esecuzione, ma in una sana dialettica istituzionale compete al legislatore farlo e ciò non potrà non passare da considerazioni anche di ordine processuale, legate all'idoneità dell'incidente di esecuzione a operare una così complessa operazione che fisiologicamente appartiene al giudizio di cognizione non per un ossequio a distinzioni astratte ma anche e soprattutto per l'esigenza di rispetto del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio.

Volendo comunque accedere alla prospettiva di una soluzione pretoria e transitoria, essa non sembra possa fondarsi sull'invocato limite dell'art. 671 c.p.p. Proprio questo riferimento mette anzi in luce la diversità della fattispecie in esame da quella normativamente prevista: lì occorre verificare se il giudice della cognizione si sia pronunciato e abbia escluso il regime della continuazione, avendo il potere di affrontare la questione; qui una simile verifica appare paradossale, non avendo all'epoca il giudice della cognizione alcun potere di verificare la sussistenza di una situazione (il carattere prevalentemente attenuato del fatto) oggetto di un divieto legale. Esso precludeva al giudice della cognizione di affermare o negare alcunché sulla prevalenza dell'attenuante in parola. Quel che le Sezioni Unite prevedono come condizione ostativa al potere di rideterminare la pena in fase esecutiva applicando la prevalenza vietata all'epoca, in altri termini, non appare logicamente concepibile, almeno per come è stato espresso il concetto, in un sistema che vieta al giudice di escludere nel caso singolo ciò che la stessa legge ha escluso nella generalità delle situazioni. In ciò la profonda differenza rispetto alla fattispecie dell'art. 671 c.p.p., che rimanda a una situazione in cui il giudice della cognizione, se dotato delle dovute informazioni, aveva la possibilità di optare per una fra due soluzioni sanzionatorie differenziate, a seconda che riconoscesse o meno il comune disegno criminoso.

L'impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite rivela peraltro una concezione alquanto

²⁵ Considerato in diritto, § 12.

²⁶ *Ibid.*

distorta dell'obbligo motivazionale che, in sede di commisurazione della pena, non deve concernere il perché si escludano soluzioni diverse da quella adottata. Quel che invece occorre verificare è se il giudice abbia motivato sulla raggiunta equivalenza, e in particolare se tale commisurazione sia stata il frutto di una soluzione imposta da un divieto che impediva qualunque altra forma di valorizzazione dell'attenuante in esame, ovvero rispecchi la soluzione ritenuta dal giudice comunque più adatta alla configurazione concreta del fatto di reato²⁷. È indubitabile che un divieto legale, quale quello introdotto dalla legge 251/2005, abbia condizionato l'operato valutativo della magistratura ma, finché non si dimostri che la soluzione decisoria adottata nella fattispecie sia il risultato dell'applicazione della norma incostituzionale, la soluzione escogitata dalle Sezioni Unite non credo sia praticabile.

La verifica del percorso motivazionale risulta dunque essenziale per una corretta risoluzione della questione. Nessuno dubiterebbe che in fase esecutiva il giudice dell'esecuzione non possa in alcun modo incidere sul giudicato nell'ipotesi in cui il giudice della cognizione abbia esplicitamente motivato sulla congruità della pena risultante dall'equivalenza tra gli elementi circostanziali in gioco. Contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza in commento, peraltro, anche laddove (come sembra nel caso di specie) non risulti una chiara motivazione (non sulla sussistenza dell'attenuante della lieve entità ma) sul perché della commisurazione raggiunta in sede di cognizione, l'intervento *in executivis* mi sembra non tanto impossibile quanto non dovuto.

Senonché quest'assetto, pur formalmente plausibile, presta il fianco a considerevoli obiezioni in una prospettiva attenta alle ricadute sui diritti individuali e, nella fattispecie, alla posizione del condannato. Se solo in presenza di elementi certi quanto all'applicazione della norma incostituzionale possiamo considerare legittima l'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale, ciò conduce a una conseguenza paradossale. Il giudice dell'esecuzione potrebbe intervenire solo quando il giudice della cognizione abbia motivato su ciò che la legge gli vietava di considerare prevalente, ovvero solo quando questi – violando la disposizione poi dichiarata incostituzionale – abbia esplicitato, sia pur solo in ipotesi, il giudizio di prevalenza; mentre l'ottemperanza al divieto stabilito all'epoca da parte del giudice della cognizione e la conseguente determinazione della pena all'interno delle alternative allora possibili non consentirebbero di considerare il risultato sanzionatorio come il prodotto necessario della norma poi dichiarata incostituzionale.

Ma è tollerabile che un intervento *in executivis* sia precluso dalla negligenza del giudice che ometta di motivare sull'esatta determinazione della sanzione? Ammettere questo significa amplificare, e far ricadere sull'imputato, le conseguenze di una condotta già in violazione di un preciso obbligo costituzionale. Tutto ciò mette a nudo le carenze dell'attuale sistema e soprattutto della diffusa prassi motivazionale quanto ai delicati profili della commisurazione della pena, ciò che evidenzia la necessità di una rapida e profonda riorganizzazione della materia. Nelle pagine che seguono esporrò quali prospettive si aprano a mio giudizio nelle due alternative prospettate e quali soluzioni possano essere adottate nell'immediato in via emergenziale, pur con tutte le difficoltà e le imprecisioni che questo comporta.

²⁷ Cfr. su *Dir. pen. cont.*, G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 5, secondo cui, "nel caso di specie il giudice di merito aveva riconosciuto tale attenuante, dichiarandola equivalente alla recidiva, ma non aveva potuto fare a meno di irrogare la pena, calibrata sul minimo edittale, di sei anni di reclusione e 26.000 euro di multa, stante la pratica inefficacia della circostanza attenuante, pur dinanzi a un fatto ritenuto lieve". Ricostruire la vicenda non è compito semplice ed esigerebbe un attento esame degli atti processuali. In base a quanto emerge dal provvedimento giurisdizionale che si commenta, non sembra tuttavia si possa dire con certezza che "la pena inflitta [fosse] largamente sproporzionata al fatto commesso" (*Ibid.*, p. 11).

4.2. *Pena legittima e garanzie della persona in sede esecutiva.*

4.2.1. *Discrezionalità giudiziale della magistratura di esecuzione e ridefinizione della sanzione nell'ipotesi di sicura applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione.*

Si è osservato che l'applicazione prevalente dell'attenuante da parte del giudice dell'esecuzione appare plausibile solo nell'ipotesi in cui il giudice della cognizione abbia esplicitamente rappresentato l'equivalenza come soluzione coatta in forza del divieto legale esistente all'epoca. Anche allora, a ben guardare, non si può dire a rigore che il giudice abbia applicato la norma incostituzionale ma si ha comunque la certezza che essa ha influito sulla sua valutazione discrezionale e che essa sarebbe stata applicata se quel divieto non fosse esistito. Ovviamente la riesplorazione della discrezionalità giudiziaria, ovvero l'eccezionale riconoscimento di un analogo potere valutativo in capo alla magistratura di esecuzione, non conduce a soluzioni scontate. Non si tratta mai di un'operazione automatica: laddove il giudice della cognizione non abbia specificato l'esatto peso della circostanza all'interno del *range* legalmente previsto, il giudice dell'esecuzione avrà un consistente margine discrezionale nella rivalutazione dell'entità della sanzione. Ma è una soluzione inevitabile in una prospettiva emergenziale in cui bisogna rimuovere il risultato prodottosi per la sicura applicazione di una norma incostituzionale.

Peraltro, entro che *range* di pena potrà il giudice dell'esecuzione rideterminare il peso della prevalenza? A quale "norma" dovrà attenersi? La domanda sorge in conseguenza della vortice evolutiva giurisprudenziale e legislativa che ha coinvolto nell'ultimo anno la fattispecie dell'art. 73 d.p.r. 309/1990 e alla quale la vicenda in esame non può rimanere insensibile. Escludendo che gli interventi normativi successivi alla conclusione definitiva del processo in corso, che hanno condotto non solo alla significativa riconfigurazione della previsione in termini di fattispecie autonoma ma anche al progressivo abbassamento della cornice edittale²⁸, possano – in forza della previsione dell'art. 2 c. 4 c.p. – intaccare il giudicato formatosi²⁹, si tratta di verificare se e in che misura vi possa incidere la sentenza 32/2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale gli artt. 4-bis e 4-vicies ter d.l. 272/2005 convertito dall'art. 1 c. 1 legge 49/2006, ripristinando il regime sanzionatorio differenziato tra droghe leggere e droghe pesanti.

L'ipotesi è stata scartata dai primi commentatori per il fatto che la stessa Corte costituzionale ha esplicitamente demandato al giudice il compito di individuare quali norme della disciplina del d.l. 272/2005, nella misura in cui presuppongono le previsioni dichiarate incostituzionali, non fossero più applicabili perché divenute prive del loro oggetto. Secondo questa linea interpretativa, la fattispecie del co. 5, così come configurata da quest'intervento normativo, non avrebbe perso la propria autonoma rilevanza pur a seguito della declaratoria d'incostituzionalità in questione: essa potrebbe essere censurata, quanto alla ragionevolezza del meccanismo previsto in un sistema che è tornato a fondarsi sulla distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti; tuttavia non rimanderebbe alle disposizioni censurate né potrebbe quindi considerarsi privata del proprio oggetto a seguito della declaratoria d'incostituzionalità della fattispecie generale³⁰. Nello stesso senso si è recentemente pronunciata la giurisprudenza di legittimità³¹.

Personalmente non condivido questa conclusione, che mi pare rifletta in buona misura l'idea che il giudizio di costituzionalità abbia quale oggetto singole norme anziché un complessivo sistema di regole. In effetti, se la disposizione del co. 5, atomisticamente considerata, può

²⁸ Il d.l. 146/2013, convertito in legge 10/2014, aveva previsto una cornice edittale compresa tra 1 e sei anni di reclusione e tra 3.000 a 26.000 euro. La disciplina è stata a distanza di pochi mesi ulteriormente riformata dal d.l. 36/2014, convertito in legge 79/2014, che ha modificato l'assetto sanzionatorio, prevedendo le pene della reclusione da 6 mesi a 4 anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

²⁹ In tal senso, con riferimento a ambedue i casi di *ius superveniens*, cfr. rispettivamente, in *Dir. pen. cont.*, A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup. § 6*, 24 febbraio 2014; F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73, § 3*, 19 maggio 2014.

³⁰ In tal senso cfr. A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, § 4.

³¹ *Cass.*, sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, *Verderamo*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

essere reputata indipendente da quelle censurate e ad esse non rimanda esplicitamente, il suo significato va comunque definito in funzione dei “fatti” previsti dalla complessiva disposizione nella quale è inserita e, mutando questi ovvero riassumendo essi un disvalore profondamente diverso a seconda del tipo di droghe, l'intero assetto normativo ne risente con la conseguenza che l'ipotesi attenuata non può conservare una portata calibrata in considerazione di un regime indifferenziato. Del resto la (ri)applicazione del regime del 1990 a fatti commessi tra il d.l. 272/2005 e il d.l. 146/2013, se non sposta significativamente i termini del problema, almeno con riguardo alle pene detentive, con riguardo a casi di lieve entità concernenti droghe pesanti³², assume grande rilievo quanto a fatti riguardanti droghe leggere, per le quali la diversa cornice prevista per l'attenuante della lieve entità corrispondeva, secondo la normativa del 1990, a un *range* che oscillava tra 6 mesi e 4 anni di reclusione, e tra 2 e 20 milioni di lire dell'epoca.

A ben vedere, peraltro, non sembra comunque corretto impostare il problema in termini di sopravvivenza, intesa come perdurante vigenza, della regola circostanziale, così come disciplinata dalla riforma del 2005, a séguito della sent. 32/2014. Se un punto è certo sull'illegittimità consequenziale³³ è che essa deve essere dichiarata dalla Corte costituzionale, non avendo il giudice alcun potere di inferire l'illegittimità costituzionale di una norma, quantunque intimamente legata a quella oggetto del sindacato di costituzionalità e nonostante essa espressamente rinvii a una norma dichiarata incostituzionale. Un così grave risultato non può essere demandato ai giudici comuni neppure dalla stessa Corte costituzionale, che non a caso nella sent. 32/2014 sollecita una verifica volta ad accertare la perdurante applicabilità di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali.

Non entra dunque in gioco per definizione l'invalidità consequenziale ma semmai l'inapplicabilità sopravvenuta³⁴, il che non fa che moltiplicare i problemi. Condividendo la prospettiva qui avanzata, non si potrebbe considerare applicabile la disciplina del d.l. 272/2005 sull'attenuante della lieve entità ma, non essendo essa stata annullata, paradossalmente neppure si potrebbe applicare la disciplina anteriore, la cui reviviscenza presuppone l'annullamento della normativa abrogante. Per fatti commessi dopo il 2005 l'inevitabile conclusione è a mio giudizio che venga investita la Corte costituzionale, la quale sarà chiamata a dare certezze quanto alla ragionevolezza del mantenimento di un elemento circostanziale all'interno di un contesto

³² Cfr. G. ROMEO, *op. cit.*, p. 13.

³³ In proposito cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezze delle regole ed effettività della tutela*. Soveria Mannelli (CZ) 2008.

³⁴ La dottrina costituzionalistica ha da tempo riconosciuto la possibile ricorrenza di questo fenomeno. Occorre tuttavia distinguere l'ipotesi in cui una norma differente da quella annullata risulti materialmente inapplicabile ma non incostituzionale dal diverso caso di una norma che, pur non essendo stata travolta dalla declaratoria d'incostituzionalità, agli occhi del giudice appaia inapplicabile in quanto divenuta irragionevole a séguito della declaratoria d'incostituzionalità della norma impugnata davanti alla Corte costituzionale. Diverse sono le implicazioni delle due ipotesi. Nel primo caso il giudice dovrà ricercare autonomamente la norma applicabile al caso. Il secondo caso appartiene invece alla sfera propria dell'illegittimità consequenziale, se non fosse che la Corte costituzionale non si è pronunciata sulla sua validità.

Ciò pone l'interprete di fronte a uno scoglio sia esegetico che operativo. A rigore, inapplicabilità sopravvenuta e illegittimità consequenziale costituiscono fenomeni eterogenei. In effetti, un'interpretazione letterale dell'art. 27 legge 87/1953, secondo cui la Corte “dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata”, porterebbe a escludere l'inapplicabilità sopravvenuta dall'ambito dell'illegittimità consequenziale, che sembrerebbe fare dell'annullamento della norma diversa da quella impugnata l'oggetto di un vero e proprio obbligo da parte della Corte costituzionale in quanto costituente il risultato diretto della modifica apportata all'ordine giuridico dalla decisione della Consulta. Sennonché il giudice delle leggi non si è mai rigorosamente attenuto a quest'impostazione e in innumerevoli occasioni si è avvalso della tecnica dell'illegittimità consequenziale (tra l'altro) per annullare norme a rigore non invalide ma solo divenute inapplicabili in conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità della norma impugnata davanti alla Corte costituzionale. Cfr. in proposito A. MORELLI, *op. cit.*, p. 38 ss., nonché, per ampi riferimenti giurisprudenziali, p. 40 nt. 38. Un'ipotesi recente in cui la Corte è ricorsa all'illegittimità consequenziale per sanzionare una normativa affetta, a ben vedere, da inapplicabilità sopravvenuta è data dalla sent. 35/2012. In proposito cfr. A. MORELLI, *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953*, in *Giur. cost.* 2012, p. 444 ss.

In definitiva, al ricorrere della seconda evenienza tra quelle sopra prospettate, laddove cioè una norma diversa da quella dichiarata incostituzionale sia divenuta non materialmente inapplicabile ma irragionevole per effetto della pronuncia della Corte, al giudice non rimane altra strada che quella d'investire la Consulta della specifica questione della costituzionalità di tale diversa norma. Nella fattispecie in esame, come si suggerirà nel testo, sembra ricorrere proprio tale situazione, sicché il giudice dovrebbe adire la Consulta della specifica questione concernente la costituzionalità della disciplina del 2005 sull'attenuante della lieve entità; ciò soprattutto in considerazione dell'impossibilità di applicare autonomamente la pregressa normativa del 1990, impossibilità determinata dall'assenza di una chiara determinazione da parte della Corte costituzionale sulle norme affette nella fattispecie da inapplicabilità sopravvenuta.

(nuovamente) caratterizzato da una distinzione fondata sulla diversa tipologia di droghe³⁵. Qualora la Corte dovesse pronunciarsi in senso positivo, occorrerà poi porsi il problema delle sorti del séguito legislativo. Occorrerà cioè chiedersi se e in che misura il legislatore – anche riconfigurando in termini di fattispecie autonoma una regola che nelle ultime versioni legislative rimane ancora intimamente legata ai “fatti” previsti dalle disposizioni anteriori – possa mantenere un assetto sanzionatorio unitario senza violare il giudicato costituzionale.

Forse questo significa spingersi troppo in là nelle valutazioni ma mi pare l'unica strada percorribile. Dichiarare senz'altro applicabile la disciplina del 2005 sulla lieve entità e portarla alle sue pratiche conseguenze significa non tanto accettare un'incoerenza legislativa quanto fare ricadere sull'individuo le incertezze rimaste a séguito della pronuncia della Corte costituzionale. Il che, per soggetti che abbiano commesso in forma attenuata le condotte previste dall'art. 73 d.p.r. 309/1990 con droghe leggere, significa esporli al rischio di un regime sanzionatorio ben superiore al massimo di garanzia previsto nel 1990.

Sia che ciò avvenga sia che la normativa di riferimento per fatti di lieve entità commessi dopo la riforma del 2005 rimanga il regime indifferenziato allora introdotto, la soluzione cui pervengono le Sezioni Unite lascia a mio giudizio un margine di discrezionalità eccessivamente ampio al giudice dell'esecuzione nel determinare il peso della prevalenza dell'attenuante. In effetti, il giudice dell'esecuzione, per quanto investito del potere di determinare la prevalenza dell'attenuante, non potrà certamente considerarsi obbligato a pervenire a questa soluzione. Se così fosse, la Suprema Corte avrebbe creato un'inammissibile regola di obbligatoria prevalenza dell'attenuante, ribaltando il divieto dichiarato incostituzionale. Quand'anche voglia nel concreto così orientarsi, il giudice dell'esecuzione, una volta investito del generale potere di rideterminare la pena, non potrà dunque astenersi da una riconsiderazione globale della dimensione dell'illecito, che non sembra autorizzare una netta elisione della recidiva. Come è noto, la disciplina dell'art. 69 c.p. ha da sempre ingenerato nella dottrina penalistica non poche difficoltà d'inquadramento dell'ipotesi del concorso eterogeneo tra circostanze ad effetto speciale³⁶. E anche all'indomani della riforma del 1974 si è sottolineata l'eterogeneità dell'ipotesi rispetto a quelle contemplate da tale disposizione e, più a fondo, l'illogicità di un sistema che volesse sottoporre circostanze espressive di una determinazione legale del disvalore penale del fatto autonoma rispetto alle scelte sanzionatorie inerenti al reato-base, a seconda della scelta operata nel concreto dal giudice, al rischio di vedere completamente azzerata la valutazione legislativa. Coerenza sistematica vorrebbe pertanto che anche tali elementi circostanziali, analogamente a quanto è riconosciuto per le circostanze ad effetto comune, conservassero una propria rilevanza, se dichiarati soccombenti, nella determinazione della pena applicabile, dalla quale si dovrà poi muovere, se consentito, nella definizione dei margini di variazione rispetto alla circostanza ritenuta prevalente³⁷. Nella fattispecie, escluso che il giudice dell'esecuzione possa optare per la prevalenza dell'aggravante, ciò implica lo specifico obbligo, prima di considerare il grado di prevalenza all'elemento attenuante, di riconsiderare il peso dell'aggravante – un obbligo cui del resto il giudice non può sottrarsi se si considera la misura qui predeterminata (se non anche il carattere obbligatorio³⁸) dell'aggravamento.

D'altra parte una simile preoccupazione, per quanto attenuata quanto ad ambito d'impatto, vale anche adottando l'impostazione qui proposta e cioè circoscrivendo la possibilità di attribuire alla magistratura di esecuzione il potere di rideterminare i termini del bilanciamento tra le circostanze a favore dell'attenuante alla sola ipotesi in cui sia certo che questa soluzione sarebbe stata adottata dal giudice della cognizione in assenza del divieto legale. Anche allora, in effetti, non si possono trascurare le implicazioni dell'attribuire al giudice dell'esecuzione un così ampio potere di commisurazione del peso dell'attenuante. Volendo prestare fede (se non alle scelte operate dal giudice della cognizione, che considero l'aggravante al fine di arrivare

³⁵ Riconosce di recente l'esistenza di un generale potere del giudice dell'esecuzione di sollevare questione di costituzionalità sulla norma incriminatrice applicata nel processo di cognizione F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano 2013, p. 283 s. In senso critico cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota a C. cost. n. 210/2013)*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, p. 13.

³⁶ Cfr., già prima della riforma del 1974, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli 1971, p. 157 ss.

³⁷ In proposito, per l'opportuna sottolineatura del peso che proprio nella fase del processo commisurativo della pena da applicare permane, nonostante la formulazione legislativa, in capo alle circostanze soccombenti, cfr. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, p. 199 ss. Al riguardo v. anche T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino 1988, p. 214 ss.

³⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., cap. VIII, § 8.2.

alla soluzione dell'equivalenza) alle scelte legislative, il giudice dell'esecuzione dovrebbe così dare applicazione all'attenuante considerando il disvalore dall'aggravante nella determinazione della pena nell'ambito della nuova cornice edittale³⁹, col risultato di un inevitabile contenimento dell'applicazione prevalente dell'attenuante.

Tuttavia il rischio non concerne solo la possibilità che la prospettiva dischiusa dalle Sezioni Unite venga nel concreto in buona parte vanificata ma tocca, più a fondo, la legittimità della pena da applicare. Sennonché l'individuazione di una soglia massima di pena eseguibile coinvolge una problematica che emerge in modo non meno grave con riguardo all'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione, secondo l'approccio qui problematicamente prospettato, non abbia alcuna possibilità di manipolare la sanzione adottata in sede di cognizione.

4.2.2. *Vincolatività assiologica del giudicato e individuazione della pena legittima da eseguire nell'ipotesi di non certa applicazione della norma incostituzionale in sede di cognizione.*

Le preoccupazioni che in una prospettiva orientata ai diritti della persona la soluzione qui problematicamente avanzata solleva si estendono peraltro anche all'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione sia chiamato a dare esecuzione alla sanzione coperta da giudicato, laddove non risultino sicuri indici del peso prevalente che, in assenza del divieto legale dichiarato incostituzionale, sarebbe stato assegnato all'attenuante in parola. A quale sanzione potrà legittimamente essere data, o data compiutamente, esecuzione? È ragionevole che chi abbia detenuto a fine di cessione a terzi droghe rientranti nella tabella I nei limiti dell'ipotesi di lieve entità sia oggi sottoposto all'esecuzione di una pena superiore al massimo previsto dalla disciplina attuale?

A quest'interrogativo si può dare pianamente una risposta positiva attraverso almeno due solidi argomenti, cui si può attingere sul piano del diritto penale processuale e sostanziale. Il primo, in linea con la funzione istituzionale della magistratura di esecuzione, è che la condanna irrevocabile concretizzi rispetto alla vicenda giudicata la norma applicabile e che solo ad essa, quale definita nel provvedimento da eseguire, debba orientarsi l'operato del giudice dell'esecuzione⁴⁰. Il secondo è ovviamente fornito dalla disciplina legale in materia di successione di leggi penali e dalla continuità nell'illecito che caratterizza l'evoluzione normativa di segno modificativo. In tal senso rispondono (nei limiti dell'evoluzione legislativa che hanno potuto consultare) le Sezioni Unite, invocando anzi proprio il limite del giudicato, previsto per ipotesi come queste, quale baluardo di una distinzione effettuale che deve rimanere netta tra evoluzione normativa e decisioni d'incostituzionalità. Ma si può dire che questo risultato sia accettabile in termini assoluti? La norma giudiziale risultante dal processo di cognizione è sempre per definizione il riflesso non solo delle modalità di svolgimento del fatto, quali giudizialmente accertate, bensì anche di un complessivo assetto normativo, caratterizzato da certi equilibri e determinati contrappesi valevoli in un determinato momento storico. Dobbiamo ritenere che nell'ipotesi considerata il giudice debba rigidamente ottemperare alla soglia minima dei 6 anni, fissata giudizialmente in base all'assetto normativo dell'epoca, laddove oggi, a séguito dell'evoluzione normativa segnalata e stando alla riforma della legge 79/2014, "fatti" di lieve entità possono essere sanzionati entro un *range* che, per un singolare gioco di travasi normativi, si muove tra i 6 mesi e i 4 anni quale che sia la tipologia delle droghe in questione? Si può invocare (nuovamente) l'immodificabilità del giudicato formale⁴¹ e tollerare un risultato così aberrante?

Sono interrogativi anzitutto di buon senso ma che coinvolgono, anche in un discorso rigorosamente giuridico, lo stesso significato di "pena legittima" in un sistema penale che voglia orientarsi a un *menschengerechtes Strafrecht*⁴². Del resto, verso una simile conclusione sospingo-

³⁹ Una simile alternativa si è del resto proposta in via ermeneutica con riguardo all'art. 7 c. 2 d.l. 152/1991. Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Torino 2012, cap. IX, § 9.2.

⁴⁰ In questi termini cfr., di recente, F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 271.

⁴¹ La problematicità della disciplina vigente dell'art. 2 c. 4 c.p. è sottolineata, tra gli altri, da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I Fondamenti*, II ed., Torino 2011, cap. 19, § 18.

⁴² Cfr. J. ARNOLD, B. BURKHARDT, W. GROPP, G. HEINE, H.-G. KOCH, O. LAGODNY, W. PERRON, S. WALTHER (coord.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München 2005.

no, a mio parere, alcuni degli stessi argomenti messi in campo dalle Sezioni Unite, a partire dal principio di legalità che in una prospettiva assiologica non può non guardare alla pena solo per come prevista al momento del fatto. Ciò pone a interrogarsi sul se la questione della legalità della pena, quando ad essa ancora non si è data o non si è data compiutamente esecuzione, possa essere messa in discussione in sede di esecuzione solo quando è giudizialmente risultata (convenzionalmente e/o costituzionalmente) illegittima. D'altra parte, anche altri valori costituzionali rendono ben poco ragionevole una rigida ottemperanza alla pena e alla norma giudiziale coperta da giudicato. In effetti, come si può seriamente pensare, senza voler giocare con le parole, che l'esecuzione di questa porzione di pena, per un omaggio alle forme e al giudicato formale, possa condurre il reo sulla strada della rieducazione?

Del resto, la stessa legge impone di rimuovere l'ostacolo del giudicato formale laddove la nuova legge sostituisce la pena detentiva con pena pecuniaria. Ma metodologicamente non diverso è il caso, come quello in questione, in cui la nuova legge, abbassando drasticamente la soglia massima di garanzia da 6 a 5 e quindi a 4 anni, esclude la sanzione detentiva per quella porzione superiore. Significativamente l'art. 5 della Bozza di articolato elaborata dalla *Commissione Pagliaro* contemplava la retroattività della legge più favorevole, nonostante l'avvenuto passaggio in giudicato della condanna, "quando essa preveda una pena pecuniaria in luogo della precedente pena detentiva, ovvero quando l'esecuzione di una pena detentiva sia destinata a protrarsi, in forza del giudicato, oltre il limite massimo stabilito dalla nuova legge"⁴³. Analogamente l'art. 5 c. 2 del *Progetto Grosso* prevedeva che anche a fronte di una condanna irrevocabile "la pena inflitta, non ancora eseguita o in corso di esecuzione, non può superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge successiva"⁴⁴.

A mio parere, anche qui la strada più piana è che il giudice investa la Corte costituzionale della legittimità dell'art. 2 c. 4 c.p. con riferimento all'art. 1 legge 79/2014 in considerazione delle conseguenze di un assetto normativo che, per preservare il limite del giudicato che rende impermeabile il processo conclusosi prima della sent. 251/2014 a ogni modifica della legge penale, sottopone il soggetto condannato per una delle condotte dell'art. 73 c. 5 D.P.R. 309/1990 all'esecuzione a una sanzione minima inferiore al massimo della pena massima prevista dalla legge successiva. Questa prospettiva mi sembra anzi l'unica praticabile nella fattispecie in esame per il giudice dell'esecuzione che, pur vincolato alla pronuncia delle Sezioni Unite, non può avvalersi di un generale potere di rideterminazione della pena non previsto dalla legge.

La questione andrebbe sollevata almeno rispetto ai parametri degli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. In effetti, le indubbie peculiarità della vicenda rendono necessario il riferimento a un complessivo assetto valoriale che va al di là dell'esclusivo inquadramento, come finora operato dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵, della problematica della successione delle leggi penali nel tempo nell'ambito del solo art. 3 Cost., coinvolgendo anche la funzione rieducativa della pena, destinata inevitabilmente a essere travolta in casi-limite, come il presente, dove il groviglio di successioni legislative comporta il rischio che il condannato di ieri sconti una pena di due anni superiore nel massimo alla sanzione che rischia il reo di oggi, quindi una pena non rientrante nell'ordine delle possibilità legittime previste dalla legge penale attuale (salvo aggravamenti possibili)⁴⁶. Ma in questo quadro assiologico si potrebbe ipotizzare anche il richiamo agli artt. 111 e 117 Cost., dato che ai requisiti assiologici di una legalità così concepita, e così configurata dalla giurisprudenza di Strasburgo, non può non dovere attenersi anche un processo che fino all'esecuzione della sanzione voglia configurarsi come *fair*. Ciò comporta un'altra frattura nel sistema, che tradizionalmente vincola il giudice dell'esecuzione al provvedimento giurisdizionale da eseguire, non (più) alla norma da applicare. Tuttavia è una frattura inevitabile in un diritto penale che aspiri a salvaguardare i diritti della persona: si può eseguire un comando che conduce all'esecuzione di una sanzione della cui legittimità è ragionevole dubitare?

Questo complessivo assetto di valori fa dunque sì che la questione non concerna genericamente l'applicabilità della legge successiva più favorevole a fatti definiti col giudicato, bensì direttamente la legittimità costituzionale della pena nella specifica ipotesi in cui la nuova

⁴³ Auspica una modifica in tal senso T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano 2012, cap. II, § 4.1.2.

⁴⁴ M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 2, § 17.

⁴⁵ Per tutte cfr. Corte cost. sent. 394/2006, *Considerato in dir.* § 6.4.

⁴⁶ Una decisa presa di posizione a favore della copertura costituzionale del principio di retroattività da parte dell'art. 27 c. 3 Cost. può leggersi in G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., cap. IV, § 3, il quale reputa peraltro ragionevole il limite del giudicato nell'ipotesi di successione di leggi penali (*Ibid.*, cap. IV, § 4).

pena, quale che sia l'esito nel concreto della commisurazione, si colloca al di fuori della cornice tracciata dalla legge anteriore. In vicende così delicate la questione dei limiti della retroattività della norma più favorevole andrebbe a mio avviso rivolta rispetto ai termini in cui l'ha posta la giurisprudenza costituzionale: non tanto occorre verificare quali "giustificazioni oggettivamente ragionevoli" sorreggano la prospettiva della retroattività della norma più favorevole⁴⁷, quanto bisognerebbe interrogarsi su quali valori sorreggano il rigido mantenimento del limite del giudicato. Più propriamente, converrebbe forse chiedersi non tanto cosa resti del giudicato quanto quale idea di giudicato meriti di essere salvaguardata, ovvero quali valori insiti nel giudicato debbano essere preservati. Abbiamo notato che il mantenimento del limite della cosa giudicata nel caso di successione modificativa di leggi penali non risponde all'esigenza di preservare un istituto giuridico millenario, ma risponde alla più specifica esigenza di preservare valutazioni raggiunte nel processo di cognizione con certe forme ed espressive di certi equilibri tra interessi confliggenti. Non dunque il limite dell'irrevocabilità e della forma deve essere salvaguardato, ma quelle valutazioni che in quanto tali non possono essere stravolte in fase esecutiva in nome di un preteso potere generale di rideterminazione della sanzione a seguito di un nuovo bilanciamento fra circostanze.

In questa prospettiva, a mio giudizio, la soluzione contemplata dalle summenzionate proposte di riforma fornirebbe una soluzione eccessivamente astratta e poco adeguata alle esigenze del caso in esame. Applicare la pena entro il limite dei 4 anni significherebbe a un tempo dare la massima rilevanza attuale alla (allora) attenuante e ignorare la rilevanza assegnata alla recidiva di cui all'art. 99 c. 4 c.p., stravolgendo così doppiamente le valutazioni del giudice della cognizione. Come dunque rincanalare la sanzione sui binari della legittimità costituzionale salvaguardando le istanze di garanzia e il bilanciamento tra opposti interessi raggiunti nel processo di cognizione, dei quali la cosa giudicata è portatrice?

Ciò può essere raggiunto, pur con un inevitabile margine di errore, aggiornando all'epoca ai parametri attuali le valutazioni raggiunte all'epoca, parametri che devono sì operare da limiti di garanzia, ma pur sempre nei limiti delle scelte valoriali effettuate nel processo di cognizione. Per ottenere questo risultato, la strada più semplice potrebbe essere quella di attribuire un'equivalenza numerica secca tra l'aumento prodotto dall'aggravante e l'attenuazione riconosciuta alla lieve entità del fatto, soluzione a primo acchito in linea con l'equivalenza riconosciuta dal giudice della cognizione tra le circostanze in parola. L'entità fissa dell'aumento, così come determinato dalla legge, porta, in questa prospettiva, a concludere che la diminuzione sia stata specularmente di 2/3 della pena risultante dalla commisurazione giudiziale; e poiché il margine di attenuazione previsto dalla normativa del 2005 era di 5 anni, calcolando dal minimo (6 anni) al massimo (1 anno) di attenuazione, da ciò ricaviamo che la pena di 2 anni, che è l'entità di pena che il giudice di cognizione ha riconosciuto al fatto di lieve entità, corrispondeva all'80% del massimo di attenuazione previsto all'epoca per l'attenuante della lieve entità.

Tuttavia proprio queste conclusioni mostrano l'erroneità del metodo usato, che muove dall'idea che l'equivalenza sia il risultato di una perfetta simmetria numerica tra le circostanze disomogenee entrate nel bilanciamento. Tale soluzione risulta però inadeguata sia per eccesso che per difetto. Per un verso, allo stesso risultato non si potrebbe giungere laddove l'equivalenza fosse instaurata tra l'aggravante in questione e un'attenuante a effetto comune. Per un altro, non si vede perché l'ipotetico risultato attenuante debba attestarsi alla (ed entro la) soglia dell'80% del *range* previsto per l'attenuazione della pena. Tale percentuale non può essere per definizione comparata con l'aumento stabilito per la recidiva dell'art. 99 c. 4 c.p., che è previsto dalla legge in una percentuale fissa e copre pertanto l'intero risultato di aggravamento della sanzione previsto dal legislatore. Ciò dimostra l'impraticabilità di soluzioni numeriche dove siano in gioco scelte valoriali che possono dare luogo alle soluzioni più diverse: quand'anche i *range* di pena previsti per attenuante e aggravante siano in astratto speculari e perfettamente simmetrici, il giudice può ritenere compensato l'intero effetto di aggravamento con una porzione del margine totale dell'attenuazione possibile in base alle caratteristiche del caso concreto. In questa direzione si muove del resto la soluzione legislativa adottata dall'art. 69 c.p., che richiede al giudice un bilanciamento globale delle circostanze riconosciute ricorrenti nel caso concreto, bilanciamento che, non essendo consentita l'applicazione cumulativa di circostanze eterogenee, deve preliminarmente condurre a determinare, per l'appunto, la com-

⁴⁷ Così ancora Corte cost. sent. 394/2006.

plexiva prevalenza di attenuanti o aggravanti, ovvero la complessiva equivalenza tra tutte le circostanze esistenti⁴⁸.

Senonché proprio questa conclusione fornisce forse una possibile via d'uscita al problema, anche in considerazione delle aporie legate all'obbligo motivazionale, sottolineate in precedenza. Se la discrezionalità giudiziale può condurre a variare e diversamente dosare, laddove consentito dalla legge, i margini di attenuazione e aggravamento, e quindi a operare un complessivo bilanciamento non tra fattispecie circostanziali astratte ma tra ipotesi circostanziali dotate di uno specifico peso concreto⁴⁹, ogni scelta deve essere motivatamente giustificata. Purtroppo è questo un piano nel quale considerazioni di ordine perlopiù pratico hanno portato gran parte della giurisprudenza di legittimità ad avallare soluzioni molto accomodanti, che evidenziano la sufficienza della semplice indicazione delle circostanze nel concreto più significative o più adeguate a giustificare la scelta sanzionatoria da adottare nel concreto⁵⁰, se non addirittura di una complessiva e quasi intuitiva valutazione delle circostanze ricorrenti nel concreto⁵¹, senza alcuna indicazione dei parametri valutativi adottati⁵², ovvero del peso assegnato ad ognuna e delle ragioni che giustificano il bilanciamento con le altre. Eppure proprio in questa delicatissima opera valutativa non possono essere in alcun modo tollerate scelte volte a graduare la sanzione a spanna⁵³.

Alla luce di ciò, possiamo dire che un complessivo assetto di valori costituzionali, ruotanti attorno alla funzione rieducativa della pena, impone al giudice di motivare, in relazione agli elementi circostanziali dei quali abbia accertato la sussistenza nel concreto, ogni attenuazione rispetto al limite massimo legalmente previsto e ogni aggravamento rispetto al limite minimo consentito dalla legge. In altri termini, a meno che la legge non imponga il riconoscimento di un elemento circostanziale o non ne predetermini il peso, il giudice potrà sì discrezionalmente riconoscere la sussistenza nella fattispecie sottoposta al suo esame, ma non potrà muoversi liberamente quanto alla determinazione della pena nei margini consentiti dalla legge. Potremmo dire che una basilare manifestazione del principio di *favor rei* richieda al giudice, lì dove accerti la sussistenza di un'attenuante, di riconoscere di regola il massimo di attenuazione previsto e, lì dove accerti un'aggravante, di riconoscere il minimo di aggravamento. Ambedue le soglie sono ovviamente superabili ma è necessario riconoscere questa sorta di presunzione, che impone al giudice un obbligo aggravato di motivazione, ad es., sul perché riconosca un valore modesto all'attenuante o sul perché assegni a un dato elemento aggravante un valore medio/alto.

A questo è deputato il processo di cognizione e la commisurazione ivi effettuata e, se ciò non è avvenuto, il giudicato fornisce una soglia di garanzia, a mio avviso, invalicabile; ma, per l'appunto, non sul piano formale bensì assiologico. Quand'anche si lasciasse (come richiedono le Sezioni Unite nella vicenda in esame) il giudice dell'esecuzione libero di rideterminare la prevalenza dell'attenuante della lieve entità, chi può dire su che soglia si attesterà la sanzione e cioè quanto del margine di attenuazione consentito sarà sfruttato? Senza contare, come si è notato, che l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di dichiarare la prevalenza non può non implicare anche l'obbligo di riconsiderare complessivamente i termini del bilanciamento, assegnando un valore all'aggravante in conformità a quanto avvenuto in sede di cognizione e a quanto richiede la stessa legge. Né occorre sottovalutare le implicazioni sotto il profilo processuale: se assumiamo che il giudizio di bilanciamento tra circostanze si sottragga di regola al sindacato di legittimità⁵⁴, la circostanza che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione sia solo ricorribile in cassazione conduce a riconoscere in capo alla magistratura di esecuzione un potere valutativo pressoché insindacabile, a differenza di quello riconosciuto al giudice di prima istanza, quanto al controllo di difetti del percorso di determinazione della pena in caso di applicazione di elementi circostanziali.

⁴⁸ In proposito cfr. per tutti G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., p. 199 ss.

⁴⁹ Sulla necessità di una verifica del grado e peso intrinseco della circostanza, da combinare con una disamina qualitativa del suo concreto grado d'incidenza, ai fini del giudizio di bilanciamento cfr. T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., p. 214 s.

⁵⁰ Tra le molte cfr. Cass., sez. II, 15 giugno 2000, Pranteddu, in *Cass. pen.* 2001, p. 2058; Cass., sez. V, 6 marzo 1997, Brignola, *ivi* 1998, p. 1103.

⁵¹ Cass., sez. II, 9 dicembre 1988, Lana, in *Cass. pen.* 1991, p. 230.

⁵² Per un'opportuna sottolineatura della necessità d'indicazione dei criteri usati v. invece Cass., sez. II, 18 ottobre 1985, Cellamare, in *Cass. pen.* 1987, p. 278.

⁵³ La necessità di una congrua motivazione dei criteri che hanno guidato l'equivalenza o la prevalenza è puntualmente sottolineata dalla letteratura penalistica. Cfr., per tutti, M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 69, § 29 ss.

⁵⁴ M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 69, § 31.

Ciò posto, nella fattispecie in esame, per individuare il limite massimo di pena entro cui il condannato di ieri possa oggi scontare la pena non è più possibile operare un raffronto comparatistico tra la sanzione in concreto sotto la vecchia e la nuova legge, come previsto dall'art. 2 c. 4 c.p., ma è giocoforza attenersi alle valutazioni dell'epoca, delle quali sarebbe ragionevole – e in questo senso andrebbe orientata la questione di legittimità costituzionale qui prospettata – adattare i parametri all'assetto legislativo successivo, con le seguenti conseguenze. Laddove il giudice della cognizione abbia motivatamente specificato il peso assegnato all'attenuante nel dichiararla equivalente all'aggravante (e sarebbe opportuno che un valore percentuale fosse conseguentemente assegnato alla soglia raggiunta), si potrà riportare, sia pur con un inevitabile margine di errore⁵⁵, la proporzione alla nuova cornice e su questa si praticherà l'aumento fisso previsto per la recidiva. Laddove invece nessuna motivazione sia stata fornita in sede di cognizione, qualunque soluzione si adotti in sede di esecuzione rispecchierebbe non tanto il controllo della commisurazione di allora quanto l'esercizio di una nuova valutazione discrezionale, non autorizzata allo stato attuale dall'ordinamento. E, se si condivide la prospettiva qui segnalata, ogni discostamento da parte del giudice dell'esecuzione rispetto alla soglia massima prevista per l'attenuazione, una volta che il giudice abbia dichiarato un dato elemento circostanziale come esistente, sarebbe arbitrario.

Volendo rispettare l'equivalenza espressa dal giudice della cognizione (che, nell'ipotesi qui in esame, non consta sia stata il frutto di una scelta coatta), andrà quindi assunto, sul presupposto che questi avesse riconosciuto la ricorrenza di un fatto di lieve entità, come base di partenza il punto massimo di attenuazione previsto dalla legge vigente, e su questo andrà poi calcolato l'aumento determinato dall'aggravante della recidiva reiterata specifica.

Ciò consente di aggiornare i parametri al nuovo assetto normativo come segue:

- $n\%$ (valore percentuale dell'attenuazione, calcolato dal minimo al massimo in base al *range* previsto dalla legge anteriore, corrispondente al peso assegnato all'attenuante dal giudice della cognizione);
- x (*range* di pena previsto per l'attenuazione dalla nuova legge);
- y (valore aggiornato del fatto autonomo di lieve entità, calcolato applicando la percentuale assegnata dal giudice della cognizione);
- z (aumento fisso dovuto all'aggravante della recidiva reiterata specifica);
- p (limite massimo di pena che può legittimamente essere seguita in base alla legge successiva applicando i parametri concreti di commisurazione adottati dal giudice della cognizione in forza della legge anteriore).

Da ciò ricaviamo le due seguenti alternative:

A) Se il giudice della cognizione ha motivatamente indicato il peso concreto dell'attenuante:

$$p = (n\% \text{ di } x) + z$$

$$p = y + z$$

B) Se il giudice della cognizione ha ommesso di indicare il peso concreto dell'attenuante:

$$p = (100\% \text{ di } x) + z$$

Questa in definitiva l'entità massima di pena che, a mio parere, può oggi essere considerata legittima in una vicenda così complessa come quella in esame, che richiede una difficile opera di bilanciamento tra opposti interessi. Oltre questi limiti, si può invece ragionevolmente dubitare che finanche una pena che si mantenga entro i limiti massimi edittali previsti dalla nuova legge possa considerarsi compatibile con l'attuale assetto dei valori costituzionali e convenzionali, quali risultanti dall'evoluzione giurisprudenziale avvenuta finora. Questa soluzione sembra presentare il vantaggio di preservare, aggiornandole, le valutazioni e gli equilibri raggiunti nel corso dell'accertamento processuale, inevitabilmente destinati invece a essere

⁵⁵ In effetti, al variare il *range* di pena previsto per la circostanza, l'applicazione del peso concreto assegnatole in sede di cognizione presenta il rischio di un'inevitabile imprecisione; ma, a parte quanto già osservato, mi pare comunque una soluzione più tollerabile che assegnare al giudice di esecuzione una nuova valutazione discrezionale nel rideterminare i termini del bilanciamento tra circostanze e ricalcolare la pena.

stravolti qualora il giudice dell'esecuzione possa provvedere a un nuovo bilanciamento tra circostanze senza esservi facoltizzato dalla legge. È tale aggiornamento, lungi dal frustrare il processo con la prospettiva di nuovi giudizi o successive "revisioni" del giudicato, mira invece a valorizzare, senza eccedere l'attuale assetto delle attribuzioni della magistratura di esecuzione, la portata assiologica del giudizio di cognizione, ovvero i bilanciamenti tra interessi di cui il giudicato è e deve rimanere fedele espressione.

5.

Conclusioni.

La sentenza *Gatto* s'inserisce in un'intricata vicenda che mette l'interprete di fronte al difficile compito di ricostruire il sistema con le sue categorie strutturali, come tradizionalmente concepite. Istituti come il giudicato, ruoli e funzioni processuali, come quelli della magistratura di cognizione e di esecuzione, sono sottoposti a un'opera di difficile rivisitazione, del resto ormai inevitabile, specie a fronte dell'impatto di una prospettiva, coltivata a più diversi livelli, orientata ai diritti della persona. Questo scritto, con le sue imperfezioni e i suoi limiti, non mira a fornire risposte esaustive a una problematica così complessa, la cui piana risoluzione richiede una sana cooperazione fra tutti gli operatori istituzionali, ma solo a indicare un percorso metodologico, certamente perfettibile, affinché la decisione concreta di questa, come di altre questioni che potranno in futuro sorgere su tematiche così sensibili, possa riflettere una più adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco.