

GIUDICATO PENALE E “INCOSTITUZIONALITÀ” DELLA PENA.

*Limiti e poteri della rideterminazione
della pena in executivis in materia di stupefacenti.*

di Giuseppe Riccardi

SOMMARIO: 1. Il “mito del giudicato” tra vischiosità culturali ed erosioni costituzionali. – 2. Declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa sugli stupefacenti e giudicato. – 3. La tendenziale “flessibilizzazione” del giudicato nella recente giurisprudenza. – 4. Incostituzionalità della *norma* vs. caducazione della *norma incriminatrice*. – 5. La duplice dimensione del giudicato penale. – 6. La c.d. rideterminazione *in executivis* nella giurisprudenza. – 6.1. Rideterminazione e illegalità della pena in astratto e in concreto. – 6.2. Rideterminazione e patteggiamento. – 7. I limiti del potere di “rideterminazione” del giudice dell’esecuzione. – 8. Lo “strumento processuale” per la rideterminazione.

1. Il “mito del giudicato” tra vischiosità culturali ed erosioni costituzionali.

L’erosione del c.d. “mito del giudicato”¹ rappresenta un processo sempre più consolidato nella nostra realtà processuale, che affonda le proprie origini in ormai risalenti riflessioni, e rinviene nuova linfa nelle sollecitazioni sovranazionali provenienti dall’osmosi con il c.d. diritto europeo.

Il postulato dell’intangibilità del giudicato ha un *fondamento politico, non logico*², rappresentato dall’esigenza di certezza giuridica nel caso concreto: ed è sulla base di tale consapevolezza che vanno affrontati i problemi dei limiti dell’immutabilità del giudicato penale.

Limiti che assumono un rilievo, maggiore o minore, a seconda dell’estensione riconosciuta, in un determinato ordinamento, alla *potestas* del giudicato³, ed alla sua permeabilità alle esigenze di giustizia⁴ e verità⁵.

¹ Per questa terminologia, LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, vol. I, 1987, p. 63 ss., la fecondità delle cui riflessioni è testimoniata dalla estrema attualità delle considerazioni svolte a proposito dell’esigenza di “depurare” l’immutabilità della cosa giudicata “da tutti quegli elementi parossistici e irrazionali, che hanno trasformato questo che doveva essere un istituto di salvaguardia della sicurezza giuridica in una specie di castello turrito, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia”, cit. p. 92.

² CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1933, II, p. 86.

³ Sul giudicato, di recente, CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*; DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Agg., Torino, 2008, p. 406 ss.; S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc.Dir., Annali III.*, 2010, Milano, p. 433-468; sulla storicità del

I confini della *potestas* raggiungono la massima estensione nelle concezioni mitologiche, o “religiose”⁶, del giudicato, che, oltre a placare l’esigenza di certezza del diritto⁷, è innanzitutto espressione dell’*autorità* dello Stato, del quale ne esprime, in una visione quasi antropomorfa, la “voce”⁸; una maggiore permeabilità, al contrario, si riscontra nelle concezioni depurate da contaminazioni “mitologiche” o “religiose”, nutrite dal riconoscimento dei *diritti dell’individuo* proprio delle democrazie occidentali, e cristallizzato nei principi costituzionali e, con sempre maggiore incidenza, nei principi sovranazionali.

L’estrema attualità del tema, del resto, è testimoniata dalle numerose pronunce delle Corti, nazionali e sovranazionali, che, negli ultimi anni, hanno intessuto un fitto “dialogo” sulla “resistenza” del giudicato; dopo essere divenuta permeabile alle esigenze di giustizia “convenzionale”⁹, la “roccaforte” del giudicato è stata “espugnata” anche nella dimensione, per certi aspetti inedita, del trattamento sanzionatorio, con l’affermazione di un potere di “rideterminazione” della pena *post-giudicato*.

Il “dialogo” tra le Corti¹⁰ (e, con la consueta indolenza, con il legislatore) è culminato in due recenti decisioni delle Sezioni Unite – la sentenza “Ercolano”¹¹, che

mito del giudicato, FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. pen. web*, 2013, n. 2, p. 1-10.

⁴ Sul concetto di giustizia, in una letteratura sterminata, resta indispensabile la lettura di RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, trad.it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 2002 (8° ed.), *passim*.

⁵ Sulle teorie della verità nel processo penale, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 20 ss. .

⁶ ROCCO, *La cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1932, p. 243: “l’*autorità* della cosa giudicata si innalza e si purifica; è quasi una religione: la religione della umana giustizia”.

⁷ “(...) come le onde agitate di un fiume anelano a sfociare nella riposante quiete dell’estuario” (così, con efficace metafora, LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 74.

⁸ N. COVIELLO, *De’ giudicati di stato*, in *Arch.giur.*, 1891, p. 210, che evidenzia la necessità “che la voce del potere e dello Stato che giudica abbia una forza notevole, che non diventi l’*autorità* giudiziaria un trastullo delle parti contendenti, e non sia ridotta all’ufficio di dar pareri meramente consultivi”.

⁹ Il riferimento è al profilo dell’omologazione dell’ordinamento al sistema europeo nei casi di sentenze di condanna contumaciali “convenzionalmente” illegali (casi Somogyi e Sejdovic), che ha condotto all’ampliamento dei mezzi straordinari alla “revisione europea” (Corte Cost., sent. 113/2011), e nei casi di pena “convenzionalmente” illegale (come nel celebre caso Scoppola, e nella vicenda dei c.d. “fratelli minori”).

Per un riepilogo, F. GAITO, *L’immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. pen. web*, 2013, n. 3; SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen. web*, 2013, n. 1.

¹⁰ In argomento, per tutti, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, *passim*.

¹¹ Cass. pen., Sezioni Unite, 24.10.2013, n. 18821 (dep. 7.5.2014), Ercolano, con nota di [VIGANÒ, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola, in questa Rivista, 12 maggio 2014](#), e di [BIGNAMI, Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano, in questa Rivista, 16 maggio 2014](#).

chiude la vicenda dei “fratelli minori” di Scoppola, e la sentenza “Gatto”¹², che ribadisce il potere di “rideterminazione” della pena in caso di declaratoria di incostituzionalità del trattamento sanzionatorio previsto da una norma penale diversa da quella incriminatrice – che, pur non risolvendo tutti i problemi interpretativi (soprattutto sul concetto rilevante di “illegalità” della pena, sui limiti della rideterminazione, e sullo “strumento” processuale), rappresentano l’acme dell’elaborazione giurisprudenziale in materia di giudicato e potere di “rideterminazione”.

L’evoluzione che si intende ripercorrere, del resto, evidenzia come il giudicato, al pari di altri fondamentali istituti giuridici, sconti fenomeni di vischiosità culturale, prima ancora che politica, che rallentano i processi di “erosione” e “depurazione” delle contaminazioni “mitologiche” del concetto.

2. Declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa sugli stupefacenti e giudicato.

Il problema della “forza passiva” del giudicato si è da ultimo posto con riferimento alla disciplina penale degli stupefacenti.

Come è noto, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale, 25 febbraio 2014 n. 32, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle norme (artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del D.L. 272/2005) che avevano introdotto un unico trattamento sanzionatorio per le droghe c.d. “leggere” e per quelle “pesanti”, è stato affrontato il profilo della “rideterminazione” della pena in fase esecutiva, sulla base dei limiti edittali (inferiori) ripristinati dalla dichiarazione di incostituzionalità.

La questione, senz’altro inedita fino a qualche anno fa, presenta, come si è anticipato, innegabili profili interpretativi di rilievo nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in quanto incide su un trattamento sanzionatorio ormai coperto da giudicato; e si inserisce in un solco, ormai sempre più delineato, nel quale l’equilibrio tra la *firmitas* del giudicato penale e l’emergere del *novum* è sottoposto a sollecitazioni, sovente di matrice sovranazionale, che, alla ricerca progressiva delle “perfezioni provvisorie”¹³, tendono a spostare i relativi confini, in un processo speculare di erosione/espansione.

Un fenomeno, del resto, che esprime la costante esigenza di coniugare i preminenti fini di giustizia sottesi al processo penale con le pretese di certezza dei rapporti giuridici.

¹² Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), Gatto, in archiviopenale.it, 15 ottobre 2014, nonché in questa Rivista, con nota di [ROMEO, Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all’esecuzione di una pena “incostituzionale”, ivi, 17 ottobre 2014](#), e di [S. RUGGERI, 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, ivi, 22 dicembre 2014](#).

¹³ G. CAROFIGLIO, *Le perfezioni provvisorie*, Palermo, Sellerio, 2010.

3. La tendenziale “flessibilizzazione” del giudicato nella recente giurisprudenza.

Sulla premessa pacifica che la declaratoria di incostituzionalità del trattamento sanzionatorio ha determinato la “reviviscenza” della normativa precedente alla L. 49/2006, e dunque una articolazione sanzionatoria differente a seconda della natura – c.d. “leggera” o “pesante” – delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa¹⁴, i principali problemi interpretativi riguardano i rapporti tra giudicato e illegalità sopravvenuta della pena¹⁵ (c.d. “incostituzionale”), e l’efficacia delle sentenze dichiarative dell’incostituzionalità di una norma che incide non già sulla fattispecie incriminatrice (ipotesi disciplinata dall’art. 673 c.p.p.), bensì sul trattamento sanzionatorio, nei casi di irrevocabilità della sentenza.

In ordine ai rapporti tra giudicato e illegalità della pena, l’**orientamento tradizionale**, in passato prevalente, era attestato sulla soluzione negativa al riconoscimento di un potere di “rideterminazione” della pena *in executivis*: la pena inflitta con condanna irrevocabile resta insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali (art. 2 comma 4 c.p.); con la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna si esaurisce la fase di *applicazione* della norma penale che incide sul trattamento sanzionatorio, e l’*esecuzione* della pena rinviene il proprio titolo esclusivamente nel provvedimento di irrogazione della sanzione; la cessazione degli effetti penali della condanna può dunque conseguire soltanto alle ipotesi di *abolitio criminis* o dichiarazione di illegittimità costituzionale della *norma incriminatrice* (art. 673 c.p.p.)¹⁶.

¹⁴ Sui riflessi e sulla portata della sentenza dichiarativa dell’illegittimità costituzionale della distinzione tra “droghe leggere” e “droghe pesanti”, per tutti, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, 5 marzo 2014; [MANES-ROMANO, L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale, in questa Rivista, 23 marzo 2014](#); GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, supplemento al n. 9, p. 5-38.

¹⁵ In argomento, per tutti, CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Bargis, Milano, Giuffrè, 2013, p. 263 ss.; FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, cit.; F. GAITO, *L’immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, cit., p. 12 ss. .

¹⁶ In tal senso, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 191.2012, n. 27640, Hamrouni, secondo cui “l’ultimo comma della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, che dispone la cessazione dell’esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali”, con la conseguenza che tale norma deve ritenersi implicitamente abrogata dalla successiva introduzione dell’art. 673 c.p.p.; espressive del medesimo orientamento, affermativo dell’efficacia preclusiva del giudicato, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 25.1.1995 n. 3577, Neglia, seppur con riferimento agli effetti della sentenza 341/1994 della Corte costituzionale (dichiarativa dell’illegittimità del minimo edittale previsto dal reato di oltraggio) sui processi in corso; Cass. pen., sez. V, 21.6.1985 n. 6676, Bossa; Cass. pen., sez. I, ord. 20.11.2013, Gatto (che ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite).

Un secondo, e **più recente orientamento**, che sembra ormai condiviso dalla giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, ritiene, al contrario, prevalente il valore della *legalità della pena* su quello dell'*intangibilità del giudicato*.

Tale orientamento, sviluppatosi in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'**aggravante della clandestinità** (art. 61 comma 1 n. 11 *bis* c.p.), pronunciata con la sentenza n. 249 del 2010 della Corte Costituzionale, sostiene che gli artt. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, L. 87/1953 ostino all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione per effetto dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata illegittima; di conseguenza, spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare tale porzione di pena e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione, ove la sentenza del giudice di cognizione abbia ommesso di indicarne specificamente la misura, ovvero abbia proceduto al bilanciamento delle circostanze¹⁷.

Analoghe affermazioni del principio della potestà di rideterminazione della pena *in executivis* si rinvencono, più recentemente: 1) nei casi della declaratoria di incostituzionalità dell'**art. 630 c.p.** (Corte Cost., 68/2012), per omessa previsione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità¹⁸; 2) nei casi di **illegittima applicazione della pena dell'ergastolo in luogo della pena di trenta anni di reclusione** affermata dalla **Corte di Strasburgo** (Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), nella vicenda **Scoppola** e con riferimento ai c.d. "fratelli minori di Scoppola"¹⁹; 3) nei casi della declaratoria di incostituzionalità dell'**art. 69 comma 4 c.p.**²⁰, relativamente al divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 (Corte Cost. 215/2012), del fatto di particolare tenuità nella ricettazione (Corte Cost. 105/2014) e dei casi di minore gravità nella violenza sessuale (Corte Cost. 106/2014).

È proprio con riferimento alla c.d. "saga Scoppola", scandita da numerose e rilevanti pronunce della Corte EDU, della Corte Costituzionale, e delle Sezioni Unite

¹⁷ In tal senso, *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 11.2.2011 n. 8720, Idriz; Cass. pen., sez. I, 27.10.2011 n. 977, Hauohu; Cass. pen., sez. I, 24.2.2012 n. 19361, Teteh Assic; Cass. pen., sez. I, 12.6.2012 n. 40464, Kabi; Cass. pen., sez. VI, 16.5.2013 n. 21982, Ingordini.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 23.4.2013 n. 28468, Facchineri, che, tuttavia, ha in concreto escluso la rideterminazione, per la necessità di un esame discrezionale della vicenda, non consentito in sede di esecuzione.

¹⁹ Per questa terminologia, [ROMEO, L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite, in questa Rivista, 16 aprile 2012](#); [VIGANÒ, Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000, in questa Rivista, 10 settembre 2012](#); CANTARINI, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in *Arch. pen. web*, 2013.

Il riferimento, come noto, è ai condannati alla pena dell'ergastolo sulla base di una normativa processuale applicata retroattivamente, e ritenuta convenzionalmente illegale dalla Corte EDU 2009 (caso Scoppola), che tuttavia non avevano tempestivamente proposto il ricorso alla Corte di Strasburgo in seguito all'irrevocabilità della sentenza.

²⁰ Cass., Sezioni Unite, 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), Gatto, cit.; sul punto, altresì, Cass. pen., 20.11.2013 n. 4725, che ha devoluto alle Sezioni Unite richiamate la questione.

della Cassazione²¹, che sono stati affermati principi importanti a proposito dei rapporti tra legalità della pena inflitta e intangibilità del giudicato.

Invero, sebbene la concreta rideterminazione della pena non costituisca un (ulteriore) problema, trattandosi di una decisione “a rime obbligate”, in quanto la pena “legale” (30 anni di reclusione) era prevista dalla legge, non essendo necessaria una rivalutazione del giudice, il profilo del rapporto tra irrogazione di una pena “illegittima” e giudicato è stato impostato nei termini di una tendenziale “flessibilizzazione”²² del giudicato.

Al riguardo, la **Corte Costituzionale**, con sentenza **n. 210 del 2013**, ha affermato che “in base all’art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953, *il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena*, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l’illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.”²³.

Nell’epilogo decisorio che ha chiuso la “saga” dei “fratelli minori di Scoppola”, le **Sezioni Unite “Ercolano”**, hanno sottolineato la dimensione intangibile del bene della *libertà personale*, che non può essere compromesso, in ragione del valore dell’intangibilità del *giudicato*, dall’esecuzione di una pena (anche parzialmente) illegittima: in tal senso, invero, hanno evidenziato che “vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all’esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. L’istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. “situazione esaurita”, che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale”.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, il rango primario della libertà personale impone “un bilanciamento tra il valore costituzionale dell’intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo”; pertanto, “il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona”, con la conseguenza che “il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma

²¹ Sezioni Unite, ordinanza 19.4.2012 n. 34472, Ercolano; Sezioni Unite, 24.10.2013 n. 18821 (dep. 7.5.2014), Ercolano, cit. .

²² Neologismo derivante dal tedesco *Flexibilisierung*, utilizzato a proposito delle forme di flessibilità contrattuale nel mercato del lavoro.

²³ Corte Cost., 18 luglio 2013 n. 210, che, a proposito del procedimento per la rideterminazione della pena, ritiene che “non è necessaria una riapertura del processo di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata dalla legge. Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell’esecuzione (...)”.

dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all’intangibilità del giudicato”.

Le Sezioni unite “Ercolano”, inoltre, non soltanto hanno affermato l’infondatezza della tesi dell’implicita abrogazione dell’art. 30 comma 4 L. 87/53 ad opera dell’art. 673 c.p.p.²⁴, ma hanno escluso che lo strumento processuale per la rideterminazione della pena possa essere rinvenuto nell’art. 673 c.p.p., del quale sarebbe richiesta una inammissibile applicazione analogica, individuandolo, al contrario, nell’art. 670 c.p.p., con una diretta applicazione dell’art. 30 L. 87/53.

Infine, un rilievo indiscutibile assume in argomento la recentissima decisione delle **Sezioni Unite, 29 maggio 2014, Gatto**²⁵, che ha affermato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta la necessità di una “rideterminazione” della pena in sede di esecuzione, che vince la preclusione del giudicato.

Nella specie, la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza di cui all’art. 73 comma 5 DPR 309/90 sulla recidiva di cui all’art. 99 comma 4 c.p. .

Ebbene, le Sezioni Unite, dopo aver fornito un’ampia panoramica sui contrasti interpretativi insorti nella giurisprudenza di legittimità, fondano le basi della propria decisione sviluppando due argomentazioni, una, di carattere costituzionale, sulle diversità (di presupposti e di effetti) tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale, e l’altra sull’erosione (giurisprudenziale e normativa) del dogma dell’intangibilità del giudicato.

Il primo argomento, come si è detto, fa leva sulle differenze, da un lato, tra *abrogazione* e *successione* – che non estinguono le norme, ma ne delimitano la sfera materiale di efficacia, e quindi l’applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo – e, dall’altro, *declaratoria di illegittimità costituzionale* – che inficia, sin dall’origine, la disposizione caducata, impedendo qualsivoglia fenomeno di successione di norme nel tempo – ; sia la successione di leggi sia l’abrogazione di una norma sono “*fenomeni fisiologici*” dell’ordinamento giuridico, derivanti da una rinnovata e diversa valutazione del disvalore penale di un fatto, fondata sull’opportunità politica e sociale, operata dal Parlamento, mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale palesa un “*evento di patologia normativa*”, “attesta che quella

²⁴ Cass. pen., Sezioni Unite, 24.10.2013 (dep. 7.5.2014), Ercolano, cit.: “non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro (...) ad opera di una norma processuale (...) orientata a disciplinare, in sede esecutiva, la sola ipotesi dell’abrogazione o della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice”.

²⁵ Le cui motivazioni sono state depositate in data 14 ottobre 2014; la sentenza è consultabile in archiviopenale.it, 15 ottobre 2014, nonché in *questa Rivista*, 16 ottobre 2014, con nota di [ROMEO, Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all’esecuzione di una pena “incostituzionale”, 17 ottobre 2014](#) e di [S. RUGGERI, Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona, cit., ivi, 22 dicembre 2014.](#)

norma mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano"; tale diversità di situazioni fonda la diversità di conseguenze, nel senso che "mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il fenomeno della invalidità"; pertanto, "la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da una *invalidità originaria*", imponendo e giustificando "la proiezione *retroattiva*", sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi".

La retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale, peraltro, assume "in materia penale (...) una portata ben maggiore", grazie all'art. 30 comma 4 L. 87/1953, che "estende al massimo l'incidenza retroattiva delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale", in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali.

Alla luce di tale complesso normativo, dunque, può parlarsi di "norma penale sostanziale" "tutte le volte in cui è stabilita una sanzione penale per un aspetto dell'agire umano, essendo indifferente, da tale punto di vista, che la norma disciplini un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante".

Il secondo cardine argomentativo è fondato sulla erosione della concezione assolutistica del giudicato, il cui "mito" era espressione del precedente regime autoritario e della mistica ideologica dello "Stato forte", e sul progressivo ridimensionamento del dogma dell'intangibilità registratosi prima a livello giurisprudenziale nazionale²⁶, poi, sempre più significativamente, a livello normativo²⁷, ed infine, in maniera per certi aspetti travolgente, a livello giurisprudenziale sovranazionale²⁸.

²⁶ La sentenza "Gatto" individua nella decisione delle Sezioni Unite, 19.6.1982 n. 9559, Alunni, che affermò il riconoscimento della continuazione anche in presenza di sentenza irrevocabile di condanna ("in quanto la norma statuisce in modo inequivocabile solo l'immodificabilità del giudizio sul fatto costituente reato, l'impossibilità di un nuovo esame della condotta del reato escludendo un nuovo procedimento penale a suo carico, sicché nulla consente di ricavare dalla norma l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna"), il momento a partire dal quale «il massimo organo di nomofilachia abbandonò finalmente l'anacronistica concezione del giudicato come valore "assoluto"» (par. 6.1.).

²⁷ Le Sezioni Unite evidenziano la "nutrita serie di poteri del giudice dell'esecuzione, più o meno incidenti sul giudicato", introdotti dal codice Vassalli del 1988, la valenza garantistica dell'autorità del giudicato penale, sia nel divieto di *bis in idem*, sia nell'esclusione della validità *erga omnes* dell'accertamento penale (art. 652 c.p.p.), sia negli istituti revocatori della revisione, del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, e della rescissione del giudicato, sia, infine, nell'art. 2 comma 3 c.p. che, per la sopravvenuta modifica normativa della pena detentiva in pena pecuniaria, prevede un immediato riflesso sul giudicato, in deroga al principio generale previsto nel successivo comma 4.

²⁸ In tal senso, le Sezioni Unite rammentano che "il processo di erosione dell'intangibilità del giudicato (...) ha subito negli ultimi tempi una forte accelerazione, sotto la necessità di dare esecuzione all'obbligo di ripristinare i diritti del condannato, lesi da violazioni delle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (par. 8); in tale percorso, scandito da una "interazione tra giudice di legittimità e Corte costituzionale", la sentenza si richiama ampiamente alle importanti argomentazioni contenute nella sentenza "Ercolano" delle Sezioni Unite.

Nel solco delle Sezioni Unite “Ercolano”, infatti, si ribadisce che nel bilanciamento tra il valore costituzionale dell’intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale va data prevalenza a quest’ultima, dovendosi ritenere che la conformità della pena a legalità in fase esecutiva debba ritenersi costantemente *sub iudice*, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

Di particolare rilievo è la precisazione che *l’esaurimento del rapporto*, con la conseguente intangibilità del giudicato, non coincide con quest’ultimo, bensì, nel diritto penale, con la “*non reversibilità degli effetti*” del giudicato, ossia quelli divenuti irreversibili, che non possono essere rimossi, perché già “consumati”²⁹.

La conclusione cui giungono le Sezioni Unite “Gatto”, dunque, ribadisce che “*il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell’intangibilità del giudicato*, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all’applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale dopo la sentenza irrevocabile”.

4. Incostituzionalità della *norma* vs. caducazione della *norma incriminatrice*.

Nell’ambito di tale quadro normativo e giurisprudenziale, appare dunque condivisa la soluzione che ammette la possibilità, in caso di pena divenuta “illegale” in seguito a declaratoria di illegittimità costituzionale, di rideterminare la sanzione *in executivis*.

Al riguardo, va innanzitutto evidenziato che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma ha efficacia *ex tunc* (art. 30 comma 3 L. 87/53); nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una “*norma incriminatrice*” (art. 673 c.p.p.), venendo in rilievo la sopravvenuta caducazione del reato, il giudice dell’esecuzione “*revoca la sentenza di condanna (...) dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti*”; l’effetto caducatorio, dunque, travolge il giudicato, analogamente a quanto avviene nel caso di *abolitio criminis*; tant’è che la disciplina è contenuta nella medesima norma processuale di cui all’art. 673 c.p.p..

Il problema determinato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle pene previste dalla legge 49/2006 è parzialmente differente, atteso che la caducazione non coinvolge la “*norma incriminatrice*”, il titolo di reato, bensì il solo trattamento sanzionatorio.

Al riguardo, non prevedendo l’art. 673 c.p.p. tale ipotesi di caducazione limitata al trattamento sanzionatorio, si è in passato argomentato, dal tenore dell’art. 30 comma

²⁹ Le Sezioni Unite precisano infatti che “l’esecuzione della pena implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l’estinzione della pena”.

4 L. 87/53, che la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna conseguisse soltanto alla dichiarazione di illegittimità della *norma incriminatrice*, stante il riferimento alla "*norma*" in applicazione della quale è stata pronunciata sentenza di condanna.

L'ipotesi di una dichiarazione di illegittimità incidente sul solo profilo del trattamento sanzionatorio veniva dunque trattato alla stregua di una successione di leggi nel tempo (art. 2 comma 4 c.p.), con conseguente affermazione dell'invalidità del giudicato.

Tuttavia, come è stato ripetutamente sottolineato³⁰, va preliminarmente rilevata la differenza tra *abrogazione* di una norma, comunque fino a quel momento valida ed efficace – con conseguente fenomeno di successione di norme –, e *dichiarazione di illegittimità costituzionale*, che caduca la norma *ex tunc*, impedendo qualsiasi fenomeno di successione.

Tale differente ambito di operatività e di effetti tra i due fenomeni, pacifica anche nella giurisprudenza costituzionale³¹, impedisce un'applicazione analogica o estensiva dell'art. 2 comma 4 c.p. all'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di una norma che sancisce il mero trattamento sanzionatorio, per la mancanza, innanzitutto della *eadem ratio*.

In effetti, tale ipotesi deve ritenersi sussumibile nella previsione di cui all'**art. 30 comma 4 L. 87/53**, che, in deroga alla disciplina che regola il simile (ma differente) fenomeno della successione di leggi nel tempo, e con previsione sostanziale più ampia rispetto alla disciplina processuale di cui all'art. 673 c.p.p., prevede che "*quando in applicazione della **norma** dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*".

È, dunque, in applicazione diretta di tale previsione – che fa riferimento alla "*norma*" dichiarata incostituzionale, e non alla "*norma incriminatrice*", come nell'art. 673 c.p.p. – che è possibile "*rideterminare*" la pena dichiarata "*illegale*", nonostante il giudicato: in tal senso, si sono espresse di recente, come già osservato, le **Sezioni Unite "Gatto"**, che hanno affermato la possibilità di rideterminare la pena anche nel caso in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale concerna *una norma penale diversa dalla norma incriminatrice*, che incide sul trattamento sanzionatorio³².

Una interpretazione non soltanto consentita dalla lettera della legge, ma che rinviene il proprio fondamento in una lettura costituzionalmente e

³⁰ Da ultimo da Cass. pen. Sezioni Unite, 29 maggio/14 ottobre 2014, Gatto; cfr. *amplius infra* § 3.

³¹ In tal senso, già Corte Cost., sent. 19 febbraio 1985 n. 51, in *Cass. pen.*, 1985, 816, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 5 (ora 6) con riferimento al fenomeno successorio del decreto legge (anche parzialmente) non convertito, distinto dal fenomeno caducatorio della dichiarazione di incostituzionalità.

³² Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio/14 ottobre 2014, Gatto: "*se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale*" (par. 9.1.).

“convenzionalmente” conforme³³: la tutela costituzionale e convenzionale della libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU), il principio di legalità delle pene (art. 25 Cost. e art. 7 CEDU), la finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), che distende la propria *vis* normativa ed interpretativa dalla fase della previsione della norma, a quella della concreta irrogazione, alla fase dell’esecuzione³⁴, ed infine il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), consentono (o impongono) al giudice –che è anche giudice europeo³⁵ – una interpretazione dell’art. 30 comma 4 L. 87/53 che preveda la permeabilità del giudicato nel caso di norma “sanzionatoria” giudicata (costituzionalmente o, come nella vicenda Scoppola, convenzionalmente) “illegale”.

Del resto, la tesi tradizionale che opponeva l’intangibilità del giudicato a qualsivoglia modifica del trattamento sanzionatorio rischia di divenire, talvolta, un principio totemico, oggetto di mitizzazione e culto, l’invocazione del quale appare quasi espressivo di un tabuistico senso di protezione dalle continue ed imprevedibili erosioni del giudicato provenienti, sempre più, dal sistema “reticolare”³⁶, e non più piramidale, di fonti nazionali e sovranazionali, e dal rischio di inattese ricadute sulla stabilità delle decisioni giudiziarie irrevocabili e di una casistica esposta allo sbandio interpretativo³⁷.

In realtà, la “flessibilizzazione” del giudicato è un fenomeno ormai consolidato³⁸, già nella dimensione normativa del nostro ordinamento, ove si pensi alla possibilità di rideterminazione della pena in caso di riconoscimento della continuazione o del concorso formale tra reati (art. 671 c.p.p.), ovvero alla sempre più ampia divaricazione tra pena irrogata nella fase di cognizione e pena eseguita nella fase di esecuzione, con l’applicazione delle misure alternative previste dalla legge, ovvero ai rimedi revocatori sempre più valorizzati nel tessuto normativo del codice di procedura penale.

³³ Le c.d. sentenze “gemelle”, del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, sono consultabili, tra l’altro, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2253 ss., con nota di PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell’ordinamento interno*, *ivi*, p. 2296.

³⁴ Per tale fondamentale affermazione, Corte Cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, rel. E. Gallo, in *Giur.cost.*, 1990, p. 1994, secondo cui l’utilizzo del verbo “tendere”, lungi dal circoscrivere la finalità rieducativa alla sola fase dell’esecuzione, sarebbe funzionale alla possibile divaricazione tra la finalità costituzionalmente assegnata alla pena e l’adesione soggettiva del reo.

³⁵ In argomento, per tutti, MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*.

³⁶ OST-VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

³⁷ Emblematica, in tal senso, è la sentenza pronunciata da Corte Cost., 12 ottobre 2012 n. 230; cfr. nota di [NAPOLEONI, Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo](#), in *Dir. pen. cont. - Riv.trim.*, 2012, n. 3-4, p. 164 ss.; e di [EPIDENDIO, Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito sul mutamento giurisprudenziale, in questa Rivista, 14 dicembre 2012](#), che ha respinto l’idea di una permeabilità del giudicato ai mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem*.

Va, al riguardo, rilevato che già nella Prolusione romana del 1956, LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 84 ss., auspicava un ampliamento delle ipotesi di revisione ai casi di *overruling*, per soddisfare esigenze di giustizia sostanziale legate al rispetto del principio di uguaglianza.

³⁸ S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., p. 8, definisce “cedevolezza” del giudicato” il processo di ridimensionamento culturale, oltre che giuridico, della concezione assolutizzante del giudicato.

5. La duplice dimensione del giudicato penale.

Il “mito” della assoluta intangibilità del giudicato³⁹, con l’affermazione dell’indiscusso primato del potere statale sul diritto della persona, si è consolidato con l’emersione e l’affermazione del precedente regime autoritario, allorquando, pur in un sistema inquisitorio, il giudicato era ritenuto la “voce” dello “Stato forte”⁴⁰, con una sottolineatura della dimensione autoritativa, anziché di quella garantista; un dogma, quello dell’intangibilità, che affermava la prevalenza di un interesse *collettivo* (alla certezza dei rapporti giuridici) rispetto a qualsivoglia interesse *individuale*, coerentemente alle concezioni statuali all’epoca dominanti⁴¹.

Tuttavia, per i consueti fenomeni di vischiosità culturale, è probabilmente lo stesso concetto di giudicato penale ad avere mantenuto, nell’ordinamento repubblicano, una impropria dimensione assoluta.

Nella Costituzione repubblicana, invero, l’unico riferimento espresso al giudicato è contenuto nell’art. 27 comma 2, che collega il superamento della presunzione di innocenza alla “*condanna definitiva*”; l’art. 649 c.p.p., invece, fa discendere dalla irrevocabilità della decisione penale il divieto del *bis in idem*.

Dalle norme costituzionali e processuali che evocano il giudicato penale emerge, dunque, una dimensione essenzialmente di garanzia per il reo⁴², che ha diritto a non essere ritenuto giuridicamente “colpevole” (*recte*, responsabile) prima della sentenza definitiva di condanna, e, dopo di essa, a non essere giudicato nuovamente per il medesimo fatto.

Tuttavia, dallo stesso contenuto delle norme richiamate, nonché dalla “flessibilizzazione” del giudicato registrata nella fase esecutiva (continuazione, misure alternative), sembra emergere una **duplice dimensione del giudicato penale**: una dimensione relativa all’*accertamento del fatto*, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); ed una differente dimensione relativa alla *determinazione della pena*, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o

³⁹ LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 63 ss.

⁴⁰ In tal senso anche Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio/14 ottobre 2014, Gatto (par. 6.1.).

⁴¹ Cfr. *amplius infra* § 1.

⁴² Per una autorevole sottolineatura della dimensione garantista del giudicato, per tutti, CORDERO, *Procedura penale*, 7° ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1202 ss., che rammenta come, storicamente, il disconoscimento degli effetti preclusivi legati alla *res iudicata* sia coesistente ai sistemi inquisitori: “Ogni questione prima o poi risulta solubile: basta scavare abbastanza (...). Non ha fondo l’appetito inquisitorio. Nasce da questa bulimia un istituto italiano: mancando le prove, l’imputato non viene «absolutus ab instantia» ma solo «ab observatione iudicii» (...).”; il sistema accusatorio, al contrario, “risponde ai ritmi d’un tempo esatto (...) siamo fuori da bulimia istruttoria e ossessione terapeutica: comunque risolto, il caso è chiuso (salvi rimedi straordinari in bonam partem)”.

convenzionale), appare maggiormente permeabile alle “sollecitazioni” provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*⁴³.

In altri termini, se il *giudicato sull'accertamento* è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto⁴⁴, ed essendo posto a garanzia del reo, il *giudicato sulla pena* è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio⁴⁵, purché *in bonam partem*, esprimendo un interesse *collettivo* (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione *individuale*, sono prevalenti rispetto alla dimensione *collettiva* sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

In tale quadro, dunque, va affermata la possibilità di procedere ad una rideterminazione della pena *in executivis* anche allorquando la dichiarazione di incostituzionalità concerna una norma penale diversa da quella incriminatrice; riprendendo una classica distinzione di teoria generale, si tratta dell'ipotesi in cui la caducazione non concerne il precetto, ma la sola misura della sanzione.

6. La c.d. rideterminazione *in executivis* nella giurisprudenza.

La giurisprudenza, di merito e di legittimità, finora pronunciatisi sul problema della rideterminabilità della pena in conseguenza della declaratoria di illegittimità pronunciata con la sentenza 32/2014 ha fornito soluzioni sostanzialmente conformi,

⁴³ Per considerazioni analoghe, cfr. GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, cit., e GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies, cit.

⁴⁴ LEONE, *Il mito del giudicato*, cit. p. 78, pur auspicando una maggiore permeabilità del giudicato alle esigenze di “giustizia sostanziale” e “verità materiale”, già ammoniva che “quello che occorre tener fermo ai fini del fondamento della cosa giudicata è il principio che ogni riesame della causa sulla base degli elementi di giudizio già presenti alla conoscenza ed alla valutazione del giudice costituirebbe la distruzione di ogni esigenza di sicurezza giuridica”, ribadendo che “l'immutabilità della cosa giudicata resta ancora, al banco di prova di tanti mutamenti, graduali o bruschi, delle legislazioni e della stessa concezione dello Stato, uno dei pilastri della funzione giurisdizionale, la quale, senza l'autorità del giudicato, rischierebbe di fallire al suo scopo” (p. 92).

⁴⁵ In taluni casi, peraltro, la “cedevolezza” del giudicato sulla pena, in quanto strettamente connesso al giudicato sull'accertamento, rischia di determinare “sovrapposizioni” anche sulla dimensione valutativa dell'accertamento di cognizione.

Al riguardo, S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., p. 20 ss., evidenzia come il caso della dichiarazione di incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità sulla recidiva reiterata (oggetto della richiamata sentenza “Gatto”) implichi una valutazione del giudice dell'esecuzione, in sede di rideterminazione della pena, particolarmente pregnante, suscettibile di “sconfinare”, sovente in assenza di strumenti e di acquisizione di sapere processuale, nella dimensione dell'*accertamento* riservato alla cognizione; il giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, infatti, ove non già espressamente formulato in sede di cognizione, a causa del divieto legale ora caducato, viene rimesso alla fase esecutiva di rideterminazione della pena, e necessariamente implica una valutazione sulla vicenda oggetto di accertamento giurisdizionale.

almeno sul problema dell'astratta rideterminabilità della pena *in executivis*⁴⁶, nel solco del percorso giurisprudenziale costituzionale e di legittimità richiamato.

Pur ammettendo la potestà di rideterminazione, peraltro, in alcuni casi la giurisprudenza ha rigettato (o dichiarato l'inammissibilità) in concreto la richiesta del condannato, ritenendo non ricorrere, nella fattispecie, una pena illegale, in quanto rientrante anche nei limiti edittali attualmente vigenti⁴⁷.

6.1. Rideterminazione e illegalità della pena in astratto e in concreto.

Al riguardo, va evidenziato che la permeabilità del giudicato è stata affermata o negata sulla base di una differente nozione di *illegalità* della pena, la cui integrazione consentirebbe la potestà di rideterminazione sanzionatoria del giudice dell'esecuzione.

Invero, ove si postuli un concetto di *pena illegale in astratto* (o "*incostituzionale*"), la rideterminazione sanzionatoria sarà ammissibile anche nei casi in cui la pena irrogata rientri nell'attuale quadro edittale (da due a sei anni di reclusione e da € 5.164,57 a € 77.468,53 di multa)⁴⁸; in tal caso, per determinare la legalità della pena concretamente irrogata occorre peraltro far riferimento alla pena base sulla quale sono stati operati eventuali diminuzioni (anche per i riti alternativi) o aumenti.

⁴⁶ [GIP Pisa, 15.4.2014, Giud. Bufardeci, in questa Rivista, 11 maggio 2014](#), con osservazioni di [UBIALI, Dichiarazione di incostituzionalità della disposizione più favorevole: il giudice dell'esecuzione ricalcola la pena](#); [GIP Trento, 18.4.2014, Giud. Ancona, in questa Rivista, 15 maggio 2014](#), con osservazioni di [CANZIAN, Il \(superato\) limite del giudicato e l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione a fronte dell'incostituzionalità della cornice edittale: prime pronunce a seguito della sent. n. 32/2014, 15 maggio 2014](#); GIP Mantova, 3.6.2014, Giud. Grimaldi; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; GIP Vicenza, 11.6.2014, Giud. Morsiani, in [canestrinilex.com](#); GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati; GIP Perugia, 11.6.2014, Giud. Semeraro, in [Quest. giust. web](#), 17 giugno 2014; [GIP Treviso, 18.6.2014, Giud. Vettoruzzo, in questa Rivista, 23 giugno 2014](#), con osservazioni di [DELLA BELLA, Rideterminazione della pena in materia di stupefacenti: quali i poteri del giudice dell'esecuzione?](#); [GIP Bologna, 27.5.2014, Giud. Giangiacomo, in questa Rivista, 22 luglio 2014](#), con nota di [DE MICHELLI, La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi" e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile. A margine di GIP di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo, ivi, 15 ottobre 2014](#); GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, in [Quotid.giuridico](#), 1 settembre 2014, con nota di G. AMATO, *La rivisitazione delle pene "illegali" in materia di sostanze stupefacenti*; Trib. Torino, 16.9.2014, Giud. Arata, in [Quest.giust.web](#), 14 ottobre 2014.

⁴⁷ In tal senso, GIP Rovereto, 12.5.2014, Giud. Izzo; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies, in [canestrinilex.com](#), in un ampio provvedimento che affronta diffusamente tutte le questioni che vengono in rilievo; GIP Avellino, 17.7.2014, Giud. Riccardi.

⁴⁸ In tal senso, GIP Treviso, 18.6.2014, Giud. Vettoruzzo, cit.; GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati, cit.; GIP Mantova, 3.6.2014, Giud. Grimaldi, cit.; GIP Torino, 16.9.2014, Giud. Arata, cit.

Analogamente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, 4.12.2014 (dep. 19.12.2014) n. 53019, Schettino, ha affermato che, per la rideterminazione del trattamento sanzionatorio "illegale" inflitto per i reati concernenti le droghe "leggere", il mutamento di cornice edittale derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità rende necessaria una rivalutazione piena da parte del giudice dell'esecuzione secondo i parametri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.; in tal senso sembra orientarsi anche Cass. pen., sez. I, 18.11.2014 (dep. 19.12.2014) n. 52981, De Simone; Cass. pen., sez. IV, 12.3.2014 n. 24606; Cass. pen., sez. III, 25.3.2014 n. 36340.

Secondo tale orientamento, dunque, a prescindere dal *quantum* sanzionatorio concretamente irrogato, nei casi di “droghe leggere” occorre sempre provvedere ad una rideterminazione della pena *in executivis*, perché trattasi di pena determinata sulla base di una forbice edittale dichiarata illegittima⁴⁹.

Un differente orientamento, invece, postulando un concetto di *pena illegale in concreto*, afferma la rilevanza dell’incidente di esecuzione proposto per la c.d. rideterminazione della pena solo allorquando la pena irrogata sia concretamente “illegale”, in quanto la pena detentiva base individuata era, all’epoca del *dictum* giurisdizionale, superiore all’attuale forbice edittale, nel suo *range* massimo⁵⁰.

Dinanzi ad una “porzione” di pena illegale, in quanto non rientrante nella ripristinata forbice edittale vigente prima della L. 49/2006, viene, dunque, dichiarata la non applicazione della quota illegale e “rideterminata” la pena complessiva.

Invero, il potere di “rideterminare” la pena *in executivis* è enucleabile allorquando debba essere operato un bilanciamento tra *giudicato* e *pena illegale*; tuttavia, la sanzione penale non può considerarsi *illegale*, allorquando la pena base si riveli

⁴⁹ Cass. pen., sez. I, 4.12.2014 (dep. 19.12.2014) n. 53019, Schettino, cit., sostiene che “la comparazione tra le fasce edittali previste dalla normativa dichiarata incostituzionale e quelle previgenti (e riattivate per effetto della pronuncia di incostituzionalità) porta a ritenere in ogni caso «illegale» il trattamento sanzionatorio inflitto in ipotesi di condotta illecita concernente le droghe cd. leggere”, in quanto “il profondo mutamento di «cornice» derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria – sempre in ipotesi di condanna per “droghe leggere” – una rivalutazione piena di tale aspetto, qui in sede esecutiva, che va compiuto tenendosi conto del «fatto» così come accertato in cognizione ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice (in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale) in una condizione in realtà «alterata» dalla adozione di un criterio legislativo (legge del 2006) teso a «parificare» il disvalore di condotte tra loro diverse”; la sentenza, pur ritenendo doverosa ed obbligatoria la rideterminazione in sede esecutiva della pena inflitta in rapporto ad una squilibrata (e costituzionalmente illegittima) cornice edittale, non esclude tuttavia che, con valutazione in concreto espressa sul fatto accertato, il giudice dell’esecuzione possa rivalutare la valenza della commisurazione sanzionatoria in rapporto ai nuovi parametri edittali.

⁵⁰ In tal senso, GIP Rovereto, 12.5.2014, Giud. Izzo, cit.; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies cit.; GIP Avellino, 17.7.2014, Giud. Riccardi, cit.

Analogo orientamento si è formato nell’ambito della giurisprudenza di legittimità (soprattutto della VII sezione della Cassazione penale, competente per la preliminare verifica di ammissibilità dei ricorsi per cassazione disciplinata dall’art. 610 c.p.p.); in tal senso, l’orientamento è stato richiamato da Cass. pen., sez. VII, 8.1.2015 n. 40, Jazouli, che ha rimesso alle Sezioni Unite due questioni di diritto coinvolgenti il concetto di illegalità della pena: la prima concerne la rilevanza d’ufficio o meno dell’illegalità della pena anche in caso di inammissibilità del ricorso per cassazione (su cui sono emersi tre orientamenti); la seconda concerne l’invalidità o meno delle sentenze di patteggiamento allorquando la pena sia contenuta comunque negli attuali limiti edittali ripristinati all’esito della declaratoria di incostituzionalità (su cui *amplius infra* § 6.2). Espresive di tale orientamento, che afferma l’inammissibilità dei ricorsi concernenti casi di pene comprese entro i limiti edittali nuovamente vigenti, *ex multis*, sono le ordinanze di inammissibilità di Cass. pen., sez. VII, 12.11.2014 n. 50568, Bouhjar; Cass. pen., sez. VII, 12.11.2014 n. 50569, Venturini; Cass. pen., sez. VII, 15.10.2014 n. 45812, Izzi. Analogamente, Cass. pen., sez. III, 25.2.2014 n. 11110; Cass. pen., sez. III, 19.3.2014 n. 16699; Cass. pen., sez. VI, 12.3.2014 n. 25807.

Nel medesimo senso, seppure in un procedimento definito con sentenza di patteggiamento non ancora definitiva, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, che, alla luce di un’ampia ricostruzione giurisprudenziale, “non ritiene che una pena compresa entro la forbice edittale delle norme «ripristinate» dalla sentenza della Corte costituzionale sia illegale nel senso proprio del termine”.

contenuta nel limite edittale (all'epoca minimo, attualmente massimo) della norma incriminatrice, anche all'esito della reviviscenza della precedente forbice sanzionatoria⁵¹.

Tale orientamento, del resto, affonda le proprie radici nella tradizionale giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la pena illegale coincide con la sanzione non prevista dall'ordinamento ovvero con la sanzione che, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale⁵².

Solo apparentemente divergente risulta il principio di diritto secondo cui "il principio dell'applicazione della disciplina più favorevole, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 (...) ed il conseguente dovere di rideterminare la pena, opera necessariamente non solo quando il giudice di merito, applicando la più rigorosa normativa dichiarata incostituzionale, abbia individuato una pena base superiore al massimo previsto dalla previgente legge più favorevole, ma anche quando abbia ritenuto di attenersi ai minimi edittali in vigore prima della dichiarazione di incostituzionalità"⁵³; invero, dalla lettura della decisione emerge chiaramente che il principio affermato riguarda una fattispecie differente, in quanto non viene in rilievo il problema della tangibilità del *giudicato*; nel caso deciso dalla Corte di Cassazione, infatti, si trattava di un accertamento di responsabilità non ancora irrevocabile, in quanto soggetto a gravame⁵⁴, in ordine al quale è stato affermato il

⁵¹ In tal senso, espressamente, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit.: "quando il negozio di patteggiamento abbia preso in considerazione un valore di pena compatibile con i limiti edittali ripristinati dalla Consulta (cioè, in sostanza, la reclusione per sei anni), la pena stessa non possa considerarsi «illegale», e dunque non possa considerarsi nulla, per questa causa, la sentenza giudiziale resa ex art. 444 cod. proc. pen. . L'assunto concerne, com'è ovvio, l'identificazione della «pena base», e non il risultato finale ottenuto (...)".

⁵² In tal senso, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 23.1.2013 n. 38712, Villirillo: "In sede esecutiva l'illegittimità della pena può essere rilevata solo quando la sanzione irrogata non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero quando, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale"; la medesima pronuncia chiarisce come "anche in sede di esecuzione, possa essere rilevata l'illegittimità della pena, ma solo quando la stessa sia una pena non prevista dall'ordinamento giuridico oppure eccedente per specie e quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 cod. pen. ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato (V. Sez. 5 sentenza n. 809 del 29.4.1985, Rv. 169333). Si deve precisare, però, che si è di fronte ad una pena illegale solo nei limiti sopra indicati, con riferimento al reato per il quale è stata pronunciata condanna ed alla pena inflitta per detto reato, così come indicata nel dispositivo della sentenza, mentre non può essere riconsiderato in sede esecutiva il calcolo attraverso il quale il giudice è pervenuto a determinare la pena (a meno che non sia frutto di un errore macroscopico, senza che vi sia stata una qualche valutazione sul punto da parte del giudicante; cfr. Sez. 1 sentenza n. 12453 del 3.3.2009, Rv. 243742), essendo detto calcolo modificabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza".

⁵³ Cass. pen., sez. VI, 20.3.2014 n. 15152, Murgeri.

⁵⁴ È questo l'orientamento pacificamente seguito dalla IV sezione della Corte di Cassazione, competente per i reati in materia di sostanze stupefacenti, nei casi di ricorsi riguardanti procedimenti non ancora definitivi, per i quali, dunque, viene in rilievo l'applicazione della disciplina più favorevole al reo propria del fenomeno successorio; *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 16.10.2014 n. 46395, Zarouq: "In tema

principio del trattamento più favorevole al reo, non sussistendo un profilo di contrasto tra il valore del *giudicato* e il valore della *legalità della pena*.

Secondo l'orientamento che valorizza il concetto di illegalità in concreto della pena, dunque, non bisogna provvedere alla rideterminazione della pena in tutti i casi di condanna irrevocabile relativa a "droghe leggere", occorrendo, al contrario, valutare caso per caso la *concreta legalità* della pena inflitta in rapporto alla ripristinata forbice edittale.

L'opzione interpretativa, naturalmente, si rivela densa di significati, anche di carattere sistematico, e di riflessi applicativi: la tesi della *pena illegale in astratto* (o "*incostituzionale*"), invero, oltre a comportare la necessità di un riallineamento generalizzato delle sanzioni inflitte con sentenze ormai irrevocabili⁵⁵, ed un'iniziativa in tal senso degli uffici di Procura⁵⁶, sembra connotare il relativo potere del giudice dell'esecuzione più in termini di vera e propria *rideterminazione della pena*; la tesi della *pena illegale in concreto*, al contrario, implicando una "rideterminazione" delle pene soltanto nei casi di concreta divergenza rispetto al ripristinato quadro edittale, sembra connotare il potere nei più angusti limiti di una *dichiarazione di non applicabilità della (porzione di) pena illegale*.

Le questioni interpretative sollevate con riferimento alla rideterminazione della pena in conseguenza della sentenza 32/2014, del resto, appaiono suscettibili di vaglio ad opera della giurisprudenza di legittimità proprio in relazione al profilo della illegalità in concreto o in astratto della pena da rideterminare; invero, essendo emerso un orientamento sostanzialmente unanime in ordine alla rideterminabilità della pena *in executivis*, l'unico profilo rilevante suscettibile di essere impugnato dinanzi alla Corte di Cassazione appare, allo stato, quello dell'ammissibilità o meno della rideterminazione di pena in concreto non illegale, ma determinata sulla base di un quadro edittale dichiarato incostituzionale.

di stupefacenti, per i reati commessi prima della data di entrata in vigore del D.L. 20 marzo 2014, n. 36, conv. con mod. dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, che ha ridotto i limiti edittali della sanzione irrogabile per il fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma quinto, del d.P.R. n. 309 del 1990, l'accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice in epoca precedente alla indicata modifica normativa comporta l'applicazione di una pena illegale, di talché va annullata senza rinvio la relativa sentenza di patteggiamento"; analogamente, Cass. pen., sez. IV, 9.10.2014 n. 47329, Taouafe; Cass. pen., sez. IV, 25.9.2014 n. 44131, Sinisi.

In tal senso, in procedimento definito con sentenza di patteggiamento, ma non irrevocabile, anche Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit.

⁵⁵ Per una serie di considerazioni critiche, cfr. ancora Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit.

⁵⁶ Secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite Gatto (29 maggio/14 ottobre 2014), seppur con riferimento specifico alla rideterminazione della pena all'esito di un nuovo giudizio di comparazione: "in situazioni siffatte, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., compete al pubblico ministero, nell'ambito delle sue funzioni istituzionali di vigilanza sulla «osservanza delle leggi» e dello specifico compito di promozione dell'esecuzione penale «nei casi stabiliti dalla legge» (art. 73, primo comma, ord. giud.), di richiedere al giudice dell'esecuzione, sia all'atto di promovimento dell'esecuzione sia (...) nel corso di questa, l'eventuale rideterminazione della pena inflitta, all'esito del predetto giudizio di valenza" (par. 12).

Ed appare significativo che proprio tale profilo riguardante il concetto di *pena illegale* sia già stato oggetto di ben due ordinanze di rimessione della questione alle Sezioni Unite, in ragione della divaricazione giurisprudenziale registrata e dell'esigenza nomofilattica prepotentemente emersa in una materia particolarmente sensibile⁵⁷.

Il dubbio ermeneutico è dunque fondato sulla tangibilità del giudicato soltanto in caso di *pena illegale*, o anche in caso di *pena incostituzionale*.

È evidente che l'opzione interpretativa della pena illegale in concreto rischia di determinare disparità di trattamento, o, comunque, iniquità sanzionatorie.

Tuttavia, ove non si versi in una ipotesi di pena illegale *in concreto*, non sembra che il giudicato possa essere travolto sulla sola base di (pur fondate) considerazioni ed esigenze equitative, connesse all'irragionevole trattamento sanzionatorio precedentemente in vigore, ed al rischio di concrete disparità di trattamento tra chi ottiene la "rideterminazione" della sanzione, in quanto la pena base era stata, in concreto, fissata in un limite di poco superiore al minimo (oggi massimo) edittale, e chi non la ottiene, in quanto la pena base era contenuta nei limiti edittali vigenti (in precedenza e all'attualità).

Nel caso di pena comunque compatibile con il ripristinato quadro edittale non vi è una violazione della disciplina sostanziale del trattamento sanzionatorio, come tale suscettibile di integrare un'ipotesi di *illegalità* della pena (dimensione sostanziale), ma, al più, una eventuale irregolarità del procedimento (sotto il profilo della motivazione sulla congruità della pena), che, in alcuni casi (i procedimenti non ancora definiti con decisioni irrevocabili), può riflettersi sulla legittimità della sentenza (dimensione processuale)⁵⁸.

Fermo il rispetto dei principi costituzionali, allorquando non si ritenga ricorrere una pena illegale (secondo la concezione *in concreto*), va dunque considerato che

⁵⁷ La prima ordinanza di rimessione è stata emessa da Cass. pen., sez. III, 2.12.2014 (dep. 22.12.2014) n. 53157, Sebban, con la proposizione della seguente questione: "se in reati ex art. 73 DPR 309/1990, aventi ad oggetto (anche) droghe c.d. leggere, il giudice di merito, giudicando in epoca antecedente a Corte Costituzionale 32/2014, abbia applicato una pena che tuttora rimane entro i limiti edittali, ciò costituisca o meno pena illegale, anche in relazione all'aumento per la continuazione".

La seconda ordinanza (già richiamata *infra* nota 50) è stata emessa da Cass. pen., sez. VII, 8.1.2015 n. 40, Jazouli, che ha rimesso alle Sezioni Unite due questioni di diritto coinvolgenti il concetto di illegalità della pena: la prima concerne la rilevanza d'ufficio o meno dell'illegalità della pena anche in caso di inammissibilità del ricorso per cassazione (su cui sono emersi tre orientamenti); la seconda concerne l'invalidità o meno delle sentenze di patteggiamento allorquando la pena sia contenuta comunque negli attuali limiti edittali ripristinati all'esito della declaratoria di incostituzionalità.

Nel considerare la rarità delle questioni sollevate dalla VII Sezione (deputata al filtro di ammissibilità), circostanza che ancor più evidenzia la rilevanza della questione interpretativa, va osservato che entrambe le questioni – la prima riguardante un giudizio abbreviato, a seconda un patteggiamento – verranno decise all'udienza delle Sezioni Unite del 26 febbraio 2015.

⁵⁸ In senso analogo, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit.: "una logica siffatta attiene alla legittimità della *sentenza*, e non alla legalità della *pena*; riguarda la regolarità del procedimento (sotto il profilo della motivazione) e non la disciplina sostanziale del trattamento sanzionatorio. Tanto che, in ipotesi (...), una identica pena potrebbe essere inflitta od applicata con diversa motivazione".

l'intangibilità del giudicato resta pur sempre un valore costituzionalmente tutelato, recessivo soltanto nel bilanciamento con principi costituzionali *individuali*, quale la libertà personale (in quanto lesa da una porzione di pena illegale); e, nell'ambito di tale quadro, rammentando che il nostro ordinamento non è fondato sulla regola dell' "equità", non sembra ricorrere una lesione dei diritti della persona allorquando la pena, pur commisurata al precedente quadro edittale dichiarato incostituzionale, risulti comunque compresa negli attuali limiti edittali legali⁵⁹.

6.2. *Rideterminazione e patteggiamento.*

Qualche perplessità è comprensibilmente sorta a proposito della rideterminabilità della pena *in executivis* allorquando la pena "incostituzionale" sia stata inflitta all'esito del rito alternativo dell'applicazione su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.).

Nel caso del c.d. patteggiamento, infatti, la sanzione penale inflitta è frutto di un accordo delle parti processuali, in merito al quale il giudice (della cognizione) ha il solo dovere di verifica della legalità e della congruità della pena.

Ammettere una "rideterminazione" della pena, già frutto dell'accordo delle parti, ad opera del giudice dell'esecuzione rischia dunque di determinare un effetto fagocitante dell'originario "negozio" processuale, con una "novazione" della volontà processuale delle parti ad opera di quella del giudice.

Tuttavia, non appare ammissibile negare la potestà di rideterminazione della pena *in executivis* soltanto in presenza di sentenze di patteggiamento irrevocabili; ciò che determinerebbe una grave compromissione del principio di uguaglianza ed una evidente disparità di trattamento, con esecuzione di pene "incostituzionali" in ragione soltanto del rito prescelto.

Del resto, se il giudicato sull'accertamento resta integro, ciò che viene in rilievo, nella potestà di rideterminazione del giudice dell'esecuzione, è soltanto il trattamento sanzionatorio inflitto con una sentenza che, a prescindere dall'ampiezza della *cognitio*, assume la natura di titolo esecutivo di una pena potenzialmente "incostituzionale"; in questi termini va pertanto ammessa la c.d. rideterminazione della pena anche nei casi di sentenza irrevocabile di patteggiamento⁶⁰.

⁵⁹ Al riguardo, viene in rilievo il secondo interrogativo posto da S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., p. 11 ss., sui limiti di incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale; risolta positivamente la questione (di diritto costituzionale) dell'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale, occorre infatti porre la questione (di diritto penale) della necessità e/o automaticità di tale incidenza, ed infine la questione (di diritto processuale penale) delle modalità di incidenza.

Alla stregua di tale scansione, non sembra che il giudicato costituzionale sul quadro edittale determini necessariamente ed automaticamente una incidenza sul giudicato penale, allorquando la pena sia *in concreto* legale.

⁶⁰ Nella giurisprudenza di merito finora formatasi non risultano, per quanto consta, decisioni di rigetto delle istanze di "rideterminazione" motivate dalla circostanza dell'intangibilità dell'accordo processuale

E', dunque, sul problema dell'individuazione del "novellato" trattamento sanzionatorio che occorre soffermarsi⁶¹.

Invero, l'esigenza, nei casi di rideterminazione della pena inflitta con sentenza di patteggiamento, è quella di (almeno tendenzialmente) salvaguardare le opzioni proposte dalle parti processuali nell'accordo raggiunto in sede di cognizione (e già verificate, sotto il profilo della legalità e della congruità, dal giudice); in tal senso, la potestà di rideterminazione della pena non potrà prescindere dagli aspetti valutativi già oggetto del negozio processuale verificato dal giudice della cognizione, e riguardanti il riconoscimento (o meno) della continuazione, di circostanze aggravanti e/o attenuanti, della recidiva.

Ciò che diviene suscettibile di "rideterminazione" è dunque soltanto il trattamento sanzionatorio, che, in caso di pena "incostituzionale", va ricondotto nei confini legali del ripristinato quadro edittale.

Ebbene, a maggior ragione con riferimento alle pene inflitte con sentenze di patteggiamento, è emerso un orientamento (anche di legittimità⁶²) che, esprimendo una condivisibile esigenza di contenimento della discrezionalità giudiziaria e di tendenziale salvaguardia dell'accordo originario delle parti, ha sostenuto la necessità di una mera **trasposizione aritmetica del calcolo proposto dalle parti** (e "ratificato" dal giudice)⁶³.

Il criterio di rideterminazione della pena "a rime obbligate", peraltro, non è stato condiviso dall'orientamento, prevalente nella giurisprudenza di merito, secondo

sotteso alla sentenza di patteggiamento. Come si vedrà, divergenze si registrano in merito ai criteri di rideterminazione.

Nella giurisprudenza di legittimità è stata ammessa la rideterminazione in sede di esecuzione della pena applicata con una sentenza di patteggiamento da Cass. pen., sez. I, 25.11.2014 (dep. 12.12.2014) n. 51844, Riva.

⁶¹ In argomento, in generale, cfr. *infra* § 7.

⁶² In tal senso, Cass. pen., sez. I, 25.11.2014 (dep. 12.12.2014) n. 51844, Riva, cit., secondo cui la necessità di coniugare il principio di conservazione del negozio giuridico processuale con la regola della ineseguibilità della pena nella parte in cui deriva dall'applicazione di parametri edittali dichiarati costituzionalmente illegittimi "induce a ritenere che la volontà negoziale delle parti irrevocabilmente espressa, e la susseguente valutazione di congruità della pena concordata espressa dal giudice della cognizione, siano meglio salvaguardate procedendo, secondo un *criterio oggettivo di tipo aritmetico proporzionale*, alla trasposizione, all'interno della nuova cornice edittale risultante dalla reviviscenza del trattamento sanzionatorio stabilito per le droghe "leggere" " della pena inflitta sulla base dei parametri edittali dichiarati costituzionalmente illegittimi; la Corte, utilizzando il criterio aritmetico proporzionale, giunge peraltro ad affermare che alla rideterminazione può procedere la stessa Cassazione, ai sensi dell'art. 620 lett. l) c.p.p. .

Sul punto, di contrario avviso, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit., che, negando "ogni automatismo fondato su pretese simmetrie", esige "una rinnovata valutazione del giudice di merito circa la pena più adeguata al caso concreto"; pur riguardando una sentenza di patteggiamento non irrevocabile, la decisione richiamata espressamente chiarisce che la rinnovata valutazione "dovrà intendersi rimessa al giudice dell'esecuzione nel caso di sentenze di patteggiamento divenute irrevocabili e relative a pene illegali nel senso proprio del termine", escludendo, dunque, la rideterminabilità, alla stregua di un criterio aritmetico, da parte della stessa Corte di Cassazione.

⁶³ GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati, cit.; in tal senso, anche GIP Mantova, 3.6.2014, Giud. Grimaldi, cit.; GIP Bologna, 27.5.2014, Giud. Giangiacomo, cit.

il quale – sul presupposto che, nella vigenza del precedente regime sanzionatorio “unitario”, l’irragionevolezza del trattamento previsto per le c.d. droghe leggere veniva “temperato”, nell’applicazione giudiziale, dall’individuazione della pena base per il calcolo della sanzione da irrogare sempre in coincidenza (o in prossimità) della soglia minima edittale – l’automatica riduzione proporzionale delle pene non consentirebbe una congrua “individualizzazione” della sanzione, mediante adeguamento del *quantum* alla concreta gravità del fatto ed alla personalità del reo⁶⁴.

Una differente opzione ermeneutica ha tentato di bilanciare l’esigenza di salvaguardare l’originario accordo delle parti con l’esigenza di “individualizzazione” della pena da rideterminare; in tal senso, si è applicato, in via estensiva (*recte*, analogica, trattandosi di situazione processuale ontologicamente diversa), l’**art. 188 disp. att. c.p.p.** (che regola il riconoscimento della continuazione o del concorso formale in esecuzione tra più sentenze di patteggiamento), invitando il P.M. e la difesa a depositare una “*proposta di accordo sulla pena in sede esecutiva*”⁶⁵.

Per quanto suggestiva e apprezzabile sotto il profilo del bilanciamento tra le diverse esigenze che vengono in rilievo nella rideterminazione della pena inflitta con sentenza di patteggiamento, la tesi non appare tuttavia esente da dubbi interpretativi; invero, l’art. 188 disp. att. c.p.p. disciplina, parallelamente all’art. 671 c.p.p., il riconoscimento della continuazione o del concorso formale in sede esecutiva, con particolare riferimento, nel primo caso, alle pene inflitte con sentenze di patteggiamento; si tratta, dunque, di un potere di rideterminazione espressamente previsto e disciplinato dalle norme processuali, che, in caso di sentenze di patteggiamento, prevedono la conclusione di un “nuovo” accordo processuale.

Tuttavia, come la norma di cui all’art. 671 c.p.p. non può essere invocata quale “strumento” processuale per la rideterminazione della pena “incostituzionale”⁶⁶, così non appare facilmente invocabile la parallela norma di cui all’art. 188 disp.att. c.p.p. per i casi di pene “illegali” inflitte con sentenze di patteggiamento; oltre alla natura eccezionale della norma, che disciplina un’ipotesi precisamente delineata, sembra mancare altresì l’*eadem ratio* e la lacuna normativa.

⁶⁴ In tal senso, GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, cit.; Tribunale Torino, 16.9.2014, Giud. Arata, cit.; *contra*, Cass. pen., sez. I, 25.11.2014 (dep. 12.12.2014) n. 51844, Riva, cit.

⁶⁵ In tal senso, Tribunale Torino, 16.9.2014, Giud. Arata, cit.

Non può ascriversi a tale orientamento Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit., che, nonostante nell’informazione provvisoria diffusa dopo la camera di consiglio ([pubblicata in questa Rivista, 11 dicembre 2014](#)) si legga “il giudice che rileva la nullità (della sentenza di patteggiamento) non può procedere alla rideterminazione della pena, ma deve rimettere le parti nella posizione processuale antecedente all’accordo, restando libere le parti medesime di concordare una nuova pena”, riguarda invece un annullamento, con rinvio al giudice di merito, di sentenza di patteggiamento non definitiva, per l’eventuale applicazione della *lex mitior* ripristinata, e non già un caso di rideterminazione *in executivis*; una decisione, sul punto, nel solco dell’orientamento (già richiamato *infra* nota 54) della IV Sezione della Cassazione.

⁶⁶ Cfr. *infra* § 8.

Un terzo orientamento, allo stato prevalente, riconosce dunque, anche nel caso di sentenze di patteggiamento, un **autonomo potere discrezionale di determinazione della pena** in capo al giudice dell'esecuzione⁶⁷.

Sulla base della emersione di una duplice dimensione del giudicato – sull'accertamento e sulla pena –, invero, una volta riconosciuta la permeabilità del giudicato sulla pena alle “vicende” del trattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione, in assenza di norme processuali che disciplinino diversamente l'ipotesi, si “riappropria” del potere di rideterminazione della pena “incostituzionale”, attraendola nuovamente nella legittima cornice edittale.

Naturalmente, la potestà di rideterminazione dovrà essere esercitata dal giudice dell'esecuzione con maggiore rigore nei casi di pene “incostituzionali” inflitte con sentenze di patteggiamento, nel senso che, pur non essendo vincolato da rigidi parametri aritmetici, non potrà non tenere in considerazione il quadro sanzionatorio contenuto nell'originario accordo delle parti.

7. I limiti del potere di “rideterminazione” del giudice dell'esecuzione.

Nella *reductio ad aequitatem* del trattamento sanzionatorio, residuano altri due problemi interpretativi: in primo luogo, vanno individuati i poteri di rideterminazione del giudice dell'esecuzione, astrattamente delimitabili, da un lato, da una trasposizione aritmetica dei calcoli effettuati in sede di cognizione, e, dall'altro, da un potere di rivalutazione (non già della gravità del fatto e delle circostanze, bensì soltanto) della pena concreta da individuare nell'ambito della diversa forbice edittale; in secondo luogo, va individuato lo “strumento” processuale per disporre la non esecuzione della porzione di pena illegale (o, secondo diversa, ma non “inerte”, terminologia, la rideterminazione della pena).

Ebbene, quanto al problema dei **criteri di rideterminazione della pena**, un primo orientamento ha sostenuto la necessità di una mera **trasposizione aritmetica del calcolo** effettuato in sede di cognizione; secondo tale tesi, invero, il Giudice dell'esecuzione avrebbe margini limitatissimi nella rideterminazione della pena, dovendo seguire un “*percorso meramente aritmetico*”, basato su un “calcolo proporzionale che individui la pena oggi costituzionalmente corretta, sulla base dei limiti minimi e massimi edittali previsti dalla fattispecie astratta nella sua formulazione precedente alla modifica dichiarata incostituzionale, applicando una pena che

⁶⁷ Per tale orientamento, con riferimento alle pene inflitte con sentenza di patteggiamento, GIP Trento, 18.4.2014, Giud. Ancona; GIP Perugia, 11.6.2014, Giud. Semeraro; GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, cit.

Nella giurisprudenza di legittimità, espressamente, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit. (*amplius infra* nota 62).

corrisponda – in proporzione – all’entità di pena applicata in sentenza commisurata all’epoca in rapporto tra i minimi ed i massimi edittali”⁶⁸.

Il **criterio di rideterminazione della pena “a rime obbligate”**, pur esprimendo una condivisibile esigenza di contenimento della discrezionalità giudiziaria, non appare tuttavia condivisibile; né, del resto, è imposto da alcuna norma, che, anzi, in sede di esecuzione, consente al giudice margini di discrezionalità nella commisurazione della sanzione (ad es. in tema di riconoscimento della continuazione).

Inoltre, l’adozione del mero criterio matematico di riduzione (nella misura orientativa di 2/3 per la pena detentiva minima) non appare convincente, perché l’originaria valutazione di congruità della pena irrogata (nella commisurazione della sanzione effettuata in sede di giudizio di colpevolezza, ovvero nel giudizio di congruità rimesso al giudice in caso di “patteggiamento”) era strettamente connessa alla diversa forbice edittale, unica per tutti i tipi di sostanze stupefacenti; è acquisizione comune che, nella prassi, l’individuazione della pena base per il calcolo della sanzione da irrogare sia avvenuta sempre in coincidenza (o in prossimità) della soglia minima edittale, allorquando la contestazione riguardava le c.d. “droghe leggere”; un criterio automatico di riduzione proporzionale non potrebbe tener conto della concreta gravità dei fatti e della personalità del reo – come già valutati, in ordine all’*an*, dal giudice della cognizione –, ai fini della rideterminazione del *quantum* di corrispondente sanzione.

Del resto, come è stato condivisibilmente osservato, “l’individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai operazione neutra, ma è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicché la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge”⁶⁹.

E proprio la necessaria “individualizzazione” del trattamento sanzionatorio nella fase commisurativa (ovvero, in caso di “patteggiamento”, nella fase di valutazione della congruità) esclude ogni automatismo, “che implicherebbe la definitiva applicazione di una pena senza accertamento del fatto”⁷⁰.

Al contrario, anche sulla base della emersione di una duplice dimensione del giudicato – sull’accertamento e sulla pena –, una volta riconosciuta la permeabilità del giudicato sulla pena alle “vicende” del trattamento sanzionatorio, ne consegue il riconoscimento di un **autonomo potere discrezionale di determinazione della pena** in capo al giudice dell’esecuzione⁷¹; ferma restando l’intangibilità dell’accertamento di

⁶⁸ GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati, cit.; in tal senso, anche GIP Mantova, 3.6.2014, Giud. Grimaldi, cit.; GIP Bologna, 27.5.2014, Giud. Giangiacomo, cit. In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, 25.11.2014 (dep. 12.12.2014) n. 51844, Riva, cit.

⁶⁹ GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies, cit.

⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit., par. 11.

⁷¹ Per tale orientamento, GIP Pisa, 15.4.2014, Giud. Bufardecchi; GIP Trento, 18.4.2014, Giud. Ancona; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; GIP Vicenza, 11.6.2014, Giud. Morsiani; GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati; GIP Perugia, 11.6.2014, Giud. Semeraro; GIP Treviso, 18.6.2014, Giud. Vettoruzzo; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies; GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, cit.

Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014 (dep. 14.1.2015), n. 1409, Minardi, cit., par. 11.

merito, e dunque il riconoscimento di aggravanti, attenuanti, benefici, eventuali prognosi positive o negative di recidiva.

La tesi del potere discrezionale, del resto, appare ora confortata dalle Sezioni Unite “Gatto”, che, al di fuori dell’ipotesi di una rideterminazione “a rime obbligate”, connotata da un “provvedimento a contenuto predeterminato” (come nel caso dell’aggravante della clandestinità, ovvero della sostituzione dell’ergastolo con la pena di trenta anni di reclusione nella “saga Scoppola”), ha affermato l’esistenza di un autonomo potere valutativo del giudice dell’esecuzione che, allorquando non si sovrapponga a quello (già esercitato, e dunque consumato) del giudice della cognizione, può formulare un giudizio di prevalenza dell’attenuante speciale sulla recidiva; in tal caso, ontologicamente non sarebbe ipotizzabile una trasposizione aritmetica dei calcoli operati in sede di cognizione.

8. Lo “strumento processuale” per la rideterminazione.

L’ultimo profilo interpretativo da affrontare concerne lo **strumento processuale** da adottare per la “rideterminazione” della pena eseguibile.

Questione non meramente speculativa, ma con significativi riflessi applicativi, da essa dipendendo, tra l’altro, il tenore dei provvedimenti, ed i poteri del giudice dell’esecuzione di riconoscere eventuali benefici⁷².

Ebbene, un **primo orientamento** sostiene che lo strumento processuale per la rideterminazione sia costituito dall’**art. 673 c.p.p.**⁷³; l’applicazione, “estensiva” o “analogica”, della norma processuale, viene sostenuta sulla base della natura di norma non eccezionale, della lacuna normativa esistente nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di norma penale diversa da quella incriminatrice, e dell’*eadem ratio* rispetto all’incostituzionalità della “norma incriminatrice”.

La conseguenza di tale opzione ermeneutica risiede essenzialmente nella possibilità di concedere, in sede di esecuzione, la **sospensione condizionale della pena**; potere previsto espressamente dal solo art. 671 c.p.p., e, implicitamente, dall’art. 673 c.p.p. (“*adotta i provvedimenti conseguenti*”), secondo l’interpretazione patrocinata dalle Sezioni Unite⁷⁴.

La giurisprudenza di legittimità, formatasi sia sull’aggravante della clandestinità che sulla “saga Scoppola”, nonché, infine, le Sezioni Unite “Gatto”, hanno

⁷² Per tale sottolineatura, GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies, cit.; GIP Avellino, 1.7.2014, Giud. Riccardi, cit.

⁷³ In tal senso, GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; Tribunale Milano, Sez. XI, 26.1.2011, Giud. Corbetta, a proposito dell’aggravante della clandestinità.

In dottrina, seppur auspicando una “sentenza addittiva” della Corte Costituzionale o una modifica legislativa, e non già attraverso una proibita (per mancanza di lacuna normativa) applicazione analogica, GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 29, sostiene che l’art. 673 c.p.p. rappresenti la “strada maestra”.

⁷⁴ Cass. pen., Sezioni Unite, 20.12.2005 n. 4687, Catanzaro.

escluso l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., per la ritenuta natura di norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica, e sostenendo che il giudice dell'esecuzione non deve procedere ad alcuna revoca (neppure parziale) del giudicato di condanna, ma soltanto limitarsi ad individuare la porzione di pena non eseguibile, perché illegale⁷⁵.

In merito allo strumento processuale, dunque, la giurisprudenza ha oscillato tra l'individuazione di un **potere atipico**, fondato sulla **diretta applicabilità dell'art. 30 comma 4 L. 87/53 e sui generali poteri del giudice dell'esecuzione** (artt. 666 ss. c.p.p.), e l'individuazione dello "strumento" disciplinato dall'art. 670 c.p.p. .

In tale ultimo senso si sono pronunciate le Sezioni Unite "Ercolano", che, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., hanno affermato che lo strumento processuale da attivare vada individuato nell'**art. 670 c.p.p.**⁷⁶: "l'incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 cod. proc. pen., pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo".

La tesi del "**potere atipico**", implicito nelle competenze valutative attribuite al giudice dell'esecuzione dall'**art. 665 c.p.p.** e dall'insieme delle norme in materia di esecuzione, sembra invece essere stata sostenuta dalle **Sezioni Unite "Gatto"**, che, pur richiamando il precedente "Ercolano", e sviluppando sul punto un'argomentazione meno stringente, hanno enunciato il secondo principio di diritto nel senso che "il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666, comma 1, cod. proc. pen. e in applicazione dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante (n.d.r.: di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90), sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione".

Al riguardo, va osservato che l'art. 673 c.p.p. non appare applicabile, in via analogica o estensiva, alla "rideterminazione" della pena eseguibile in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità del mero trattamento sanzionatorio, perché disciplina una situazione processuale che, sebbene presenti analogie, resta diversa: nel caso di rideterminazione della pena, il reato continua ad esistere nell'ordinamento giuridico, e dunque non è possibile ipotizzare una "*revoca della sentenza di condanna*"; in tal modo, si giungerebbe ad un mutamento, *rectius* ad una "*novazione*", del titolo dell'esecuzione, che non sarebbe più costituito dalla *sentenza* di condanna, ma

⁷⁵ Cass. pen., 27.10.2011, n. 977, Hauohu, cit.

⁷⁶ Cass. pen., Sezioni Unite, 24.10.2013 n. 18821, Ercolano, cit.: "Il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di sostituzione della pena dell'ergastolo inflitta con sentenza irrevocabile in applicazione dell'art. 7, comma primo, D.L. n. 341 del 2000, dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 7, par. 1, della Convenzione Edu, con quella temporanea di anni trenta di reclusione, ove riconosca il diritto del condannato a beneficiare di tale trattamento più favorevole, previsto dall'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999, deve provvedere, incidendo sul giudicato, alla sollecitata sostituzione, avvalendosi dei poteri previsti dagli artt. 665, 666 e 670 cod. proc. pen".

dall'*ordinanza* emessa nel procedimento di esecuzione, in assenza di una norma di disciplina (analoga a quella dell'art. 673 c.p.p.).

Ipotesi, all'evidenza, problematica, ove si consideri che il giudicato sull'accertamento resta fermo e intangibile, ed è fondato sull'originaria sentenza⁷⁷.

Né vale a superare l'obiezione la replica secondo la quale la revoca può essere solo parziale: lo strumento di cui all'art. 673 c.p.p. prevede, infatti, che, con la "*revoca della sentenza di condanna*", venga altresì dichiarato "*che il fatto non è previsto dalla legge come reato*".

Dunque, un rimedio non pertinente, perché i provvedimenti adottabili con tale strumento sarebbero eccentrici rispetto alla situazione da regolare.

Maggiormente duttile appare lo strumento di cui all'**art. 670 c.p.p.**, pure accreditato dalla giurisprudenza di legittimità, sebbene l'applicazione analogica della norma appaia fondata essenzialmente più sul tenore generale ed onnicomprensivo della rubrica ("*questioni sul titolo esecutivo*"), che non sul tenore delle disposizioni contenute nella norma.

Tale soluzione, fondata sul potere generale del giudice dell'esecuzione di "*conoscere dell'esecuzione di un provvedimento*" (art. 665 comma 1 c.p.p.), limita, peraltro, il potere del giudice ad una mera "*rideterminazione della pena eseguibile*", con dichiarazione della porzione di pena "*illegalmente*" inflitta da non eseguire.

Il riflesso applicativo di tale tesi traluce nella conseguente **impossibilità di concedere**, pur ove ne ricorrano i limiti ed i presupposti, **la sospensione condizionale della pena**; beneficio che può essere riconosciuto solo in fase di cognizione, ovvero, nei casi tassativamente indicati, in fase di esecuzione (artt. 671 e 673 c.p.p.), richiedendo una prognosi, e dunque una valutazione di merito del fatto e della personalità del reo che, salvo diversa disposizione di legge, non può essere rimessa al giudice dell'esecuzione, anche per l'assenza di elementi a tal fine rilevanti.

Allorquando non lo preveda espressamente una norma, infatti, il giudice dell'esecuzione resta "*cieco*" rispetto al fatto ed al reo, potendo "*vedere*", ormai, soltanto la pena.

L'affermarsi di tale tesi, che appare preferibile rispetto a quella del "*potere atipico*", che delinea una informale potestà priva di limiti e di regole, non sarebbe, peraltro, di ostacolo alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale, con lo scopo di ottenere, in via "*additiva*", la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena in sede esecutiva anche nei casi di rideterminazione di pena illegale; ovvero ad una modifica normativa che introduca espressamente una norma processuale di disciplina della "*rideterminazione*" *in executivis*, con delimitazione dei poteri e delle valutazioni rimesse al giudice dell'esecuzione.

⁷⁷ In senso analogo, Cass. pen., Sezioni Unite, 29 maggio/14 ottobre 2014, Gatto: "non c'è infatti alcun motivo per revocare un giudicato di condanna la cui parte essenziale, ossia l'accertamento del fatto costituente reato e la sua attribuzione alla persona condannata, rimane ferma perché non coinvolta, neppure indirettamente, da una declaratoria di incostituzionalità limitata al trattamento sanzionatorio" (par. 9).

Ciò che sembra pronosticabile, in generale, è un processo di ulteriore valorizzazione e giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione, sempre più momento centrale dell'individualizzazione della pena, e di ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione, al quale, in prospettiva, riconoscere maggiori possibilità di "vedere" anche il fatto e il reo.

Viceversa, è auspicabile che la "flessibilizzazione" del giudicato non diventi un utile grimaldello per scardinare, in un sistema giudiziale lacerato dalla esasperata conflittualità politica, i pilastri dell'accertamento penale, magari per soddisfare occulti ed inconfessabili interessi di parte.