

**POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE
DINANZI A DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ
DI NORMA PENALE "NON INCRIMINATRICE":
METAMORFOSI DI UNA QUESTIONE RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE?**

Nota a [Cass., Sez. I pen., 20 novembre 2013 \(dep. 31 gennaio 2013\), n. 4725,](#)
[Pres. Cortese, Est. Vecchio, Ric. Gatto](#)

di Gioacchino Romeo

Abstract. *A distanza di oltre due anni dalla prima decisione sugli effetti in executivis della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61, comma primo, n. 11-bis, c.p., e a fronte di un indirizzo frattanto consolidatosi nel senso di consentire al giudice dell'esecuzione l'eliminazione di pena imputabile alla circostanza, la prima sezione penale della Corte di cassazione rimette alle Sezioni unite la questione più generale del potere di quel giudice di rideterminare la pena quando ciò discenda da sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice, infrangendo in tal modo l'immutabilità del giudicato (nella specie, si tratta della sentenza della Corte costituzionale 15 novembre 2012 n. 251 che ha dichiarato illegittimo l'art. 69, comma quarto, c.p., nella parte in cui esclude il giudizio di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 (t.u. stupefacenti) sulla recidiva ex art. 99, quarto comma, stesso codice).*

SOMMARIO: 1. Premessa: un confronto con la cronaca. – 2. Il corno del dilemma. – 2.1. Il caso oggetto di ricorso. – 2.2. Il giudizio della prima sezione penale: la rimessione alle Sezioni unite e i motivi a sostegno. – 2.3. *Segue*: altri motivi a sostegno. – 2.4. Argomenti ulteriori. – 2.5. Un argomento dimenticato. – 3. Un non imprevedibile *novum*. – 3.1. Una prognosi ragionevole. – 4. *Post scriptum*

1. Premessa: un confronto con la cronaca.

Non sempre *repetita iuvant*; e quando, come nel caso dell'ordinanza qui annotata, pur nella dotta ed elaborata esposizione, si ritrovano ancora evocati i capisaldi di posizioni interpretative con le quali ci si rifiuta di prendere atto che il diritto, come ogni cosa della vita, è fenomeno soggetto ad evoluzione e non esente, quindi, da un sia pur modesto grado di flessibilità anche negli ordinamenti di *civil law*, non si può fare a meno di pensare che *repetita non iuvant*. Tanto più che la **questione oggi riproposta** all'esame delle Sezioni unite – **se la dichiarazione di illegittimità**

costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice comporti la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato¹– vi torna a distanza di oltre due anni dal (sostanzialmente unico) precedente di pari segno² che, come sottolinea l’odierno provvedimento, ripetendone il testo (v. punto 11), “non reputò di dover investire le Sezioni unite, ai sensi dell’articolo 618 cod. proc. pen., in relazione alla difformità incorsa nella soluzione nella medesima *quaestio iuris*, rispetto al precedente arresto Hauohu, non avendo ravvisato un vero e proprio contrasto di giurisprudenza in quanto la succitata pronuncia difforme risultava, all’epoca, affatto isolata e resistita dal costante, concorde indirizzo di questa Corte suprema”.

Di certo, singolare soluzione. Almeno perché **il preteso, concorde indirizzo della Corte suprema, attestato sulla assoluta intangibilità del giudicato**, al quale fa riferimento l’ordinanza in rassegna, è molto **datato** (essa sottolinea con enfasi di riferirsi alla giurisprudenza degli ultimi cinquanta anni, ma la più recente sentenza citata risale a venti anni fa; né ne ricorda una a Sezioni unite di un certo rilievo³ che aveva negato la possibilità di revoca della confisca in caso di dichiarazione di incostituzionalità della stessa norma incriminatrice a seguito della quale, peraltro, era stata revocata, *ex art.* 673 c.p.p., la condanna per il reato di cui all’art. 708 c.p., data la ritenuta configurabilità di una situazione da considerare esaurita); e, soprattutto, perché quell’indirizzo si era **formato in ordine a fattispecie non sempre omologabili** alla presente, **mentre**, con riguardo alla specifica vicenda – la quale poneva per la prima volta interrogativi sui compiti del giudice dell’esecuzione a fronte di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di norme diverse da quella incriminatrice (per quest’ultima dispone testualmente l’art. 673 c.p.p.) – **il precedente difforme della Corte⁴ non ignorava gli indirizzi formati in passato su temi contigui**, ma non identici, **e tuttavia giungeva a conclusioni di opposto segno**.

Si dirà che la circostanza di una pronuncia di segno contrario non obbligava a rimettere alle Sezioni unite il ricorso, anche soltanto in funzione di prevenzione di futuri contrasti. E il rilievo sarebbe del tutto corretto, non imponendo tale esito l’art. 618 c.p.p.; ma è certamente sorprendente che *illo tempore*, rilevata l’esistenza di una soluzione opposta su questione **assolutamente identica**, il collegio non avesse avvertito la necessità di una riflessione più approfondita sia sulle prospettive “nuove” schiuse all’interpretazione dal precedente di opposto segno, sia sulla pertinenza delle

1 Nella specie la dichiarazione di illegittimità costituzionale è quella riguardante l’art. 69, comma quarto, c.p., di cui a [Corte cost., 15 novembre 2012 n. 251, in questa Rivista, 16 novembre 2012](#), nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall’art. 73.5 t.u. stup. sulla recidiva *ex art.* 99, comma quarto, stesso codice.

2 Cass., sez. I pen., 19 gennaio 2012 n. 27640, in *C.e.d. Cass.*, n. 253383.

3 Cass., Sez. un. pen., 28 gennaio 1998 n. 2, in *Foro it.*, 1998, II, c. 462.

4 Cass., sez. I pen., 27 ottobre 2011 n. 977/2012, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2012, con commento di [SCOLETTA, Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell’esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all’aggravante costituzionalmente illegittima.](#)

pronunce antecedenti evocate, continuando a sostenere l'inesistenza di un contrasto che era invece attuale.

Poco male, ad ogni modo. Cinque mesi più tardi ci aveva pensato altro collegio a rimettere alle Sezioni unite un ricorso che poneva lo stesso problema⁵. Sfortunatamente il ricorso non era di quelli idonei a dare soluzione al problema, se il Primo presidente restituì alla sezione gli atti, come si legge nell'ordinanza (punto 12), "per la rivalutazione della rilevanza della questione, in quanto il ricorrente, nelle more della decisione, aveva espiato la pena, sicché si prospettava «il sopravvenuto difetto di interesse al ricorso» (quindi, in effetti, positivamente scrutinato con sentenza n. 19544 del 30/12/2012 [*recte*: n. 49544 del 30.11.2012] - dep. 20/12/2012, non massimata)."

Racconto, però, non del tutto esatto. In realtà, in quel procedimento, il ricorrente, condannato per resistenza a pubblico ufficiale aggravata *ex art.* 61 n. 11-*bis* c.p. risultava essere "stato scarcerato il 2 maggio 2011 dopo avere interamente espiato le pene irrogate con le sentenze ricomprese nel provvedimento di cumulo, compresa la porzione di pena riconducibile al riconoscimento della sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., successivamente dichiarata incostituzionale"⁶.

Qui il primo collegio si era distratto, perché il ricorso per cassazione era stato depositato a gennaio 2012 e perciò la carenza di interesse alla sua definizione non poteva dirsi sopravvenuta. Ciò avrebbe dovuto comportarne l'immediata dichiarazione di inammissibilità con condanna alle spese e alla sanzione pecuniaria. Ma la soluzione più indulgente con la quale fu, poi, definita la procedura può anche essere compresa, perché era stato già il giudice *a quo* a non rilevare l'inammissibilità dell'istanza proposta dal p.m. e intesa ad ottenere l'eliminazione della porzione di pena imputabile all'aggravante dichiarata incostituzionale quando, con ordinanza 12 agosto 2011 (e quindi a pena interamente espiata), in veste di giudice dell'esecuzione, l'aveva rigettata sul rilievo che la intervenuta declaratoria di incostituzionalità, "inquadrabile nella successione di leggi penali nel tempo disciplinata dall'art. 2, comma 4, c.p., trovava un limite *ex lege* nel giudicato formatosi"⁷.

2. Il corno del dilemma.

Ma **veniamo alla lettura di questa ordinanza**. Anch'essa cade in un momento sfortunato, quanto meno per la soluzione dello specifico problema sollevato, destinato a ridimensionarsi per effetto del diritto sopravvenuto. **A dodici giorni di distanza dal suo deposito** è intervenuto, infatti, **il comunicato stampa della Corte costituzionale inerente alla declaratoria di incostituzionalità** degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. 30

5 Cass., sez. I pen., 21 giugno 2012 n. 29755, inedita, depositata a ridosso della citata sentenza 27640/2012, unica evocata in motivazione in favore di uno dei due indirizzi in contrasto.

6 Così la sentenza di inammissibilità 30 novembre 2012 n. 49544 della prima sezione penale, inedita.

7 Così sempre la sentenza citata alla nota precedente.

dicembre 2005 n. 272, come convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006 n. 49⁸.

Non – sia chiaro – che, con questa “sovrapposizione” *in itinere*, le cose cambino di molto, almeno per quanto riguarda la questione di diritto sottoposta all'esame del Supremo Collegio.

Intanto è da dire che il comunicato stampa, di per sé, non ha alcuna rilevanza ai fini del problema qui in discussione, stabilendo l'art. 136 Cost. che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Ma la circostanza non appare di particolare rilievo, tenuto conto che, prevedibilmente, la Corte costituzionale depositerà la motivazione in tempi brevi.

Tuttavia, **una volta ripristinato il testo dell'art. 73 t.u. stup.** nella versione *ante* legge Fini-Giovanardi, le questioni inerenti alla eventuale modificazione *in executivis* del giudizio di equivalenza tra attenuante prevista dal comma 5 e recidiva reiterata potrebbero assumere un significato decisamente diverso da quello originariamente prospettatosi alla sezione rimettente, perché non **si tratterebbe più di affidare al giudice dell'esecuzione**, alla luce dell'interpretazione del giudicato, **il compito** di fissare il “peso” *hinc et inde* dell'una o dell'altra, quanto, piuttosto, di **graduare la pena in riferimento ai limiti minimo e massimo ridefiniti** dalla Corte costituzionale.

Il condizionale è d'obbligo perché non sono ancora note le motivazioni della sentenza della Consulta; e rimandiamo al seguito una possibile ipotesi ricostruttiva.

Ma rimane il *rebus*: perché **comunque**, pur se in termini diversi (non più, o non più solo, un giudizio di comparazione tra circostanze, ma, più in generale, la determinazione del *quantum* di pena da eseguire, in considerazione dei “nuovi” limiti edittali di pena per lo spaccio di stupefacenti), **resta centrale il ruolo del giudice dell'esecuzione** di fronte a una sentenza irrevocabile di condanna a pena inflitta in base a disposizioni da considerare come mai esistite perché radicalmente viziate da un'invalidità originaria, e quindi con efficacia *ex tunc*.

La decisione annotata, nel segnalare il contrasto di giurisprudenza, pur a fronte di un *trend* stabilizzatosi da tempo in senso contrario, prende appassionatamente e strenuamente partito per l'opposta opzione a difesa dell'intangibilità del giudicato. Vediamo in quali termini.

8 Il comunicato stampa, che si può leggere in questa *Rivista*, 12 febbraio 2014, è del seguente testuale tenore: “La Corte costituzionale, nella odierna camera di consiglio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 77, secondo comma, della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti legge – degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006 n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (Testo unico in materia di stupefacenti).”

2.1. Il caso oggetto di ricorso.

Convorrà prendere le mosse dalla fattispecie esaminata.

Il 16 gennaio 2013 il p.m. presso il tribunale di Napoli chiede al giudice dell'esecuzione la rideterminazione della pena inflitta con sentenza divenuta irrevocabile due settimane prima della pubblicazione della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, comma quarto, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73.5, t.u. stup., (fatto di lieve entità) sulla recidiva di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p.⁹.

Nel caso di specie il giudice di merito aveva riconosciuto tale attenuante, dichiarandola equivalente alla recidiva, ma non aveva potuto fare a meno di irrogare la pena, calibrata sul minimo edittale, di sei anni di reclusione e 26.000 euro di multa, stante la pratica inefficacia della circostanza attenuante, pur dinanzi a un fatto ritenuto lieve.

Di qui la richiesta del p.m., che muove dalla più volte citata sentenza costituzionale e mira ad ottenere dal giudice dell'esecuzione un adeguamento della sanzione all'effettiva gravità del reato (in sostanza chiedendogli di compiere, ora per allora, un'operazione che il giudice della cognizione non aveva potuto eseguire, pur avendo chiaramente manifestato la volontà di infliggere il minimo della pena).

Il giudice dell'esecuzione dichiara *de plano* inammissibile la domanda, ostandovi, a suo avviso, il tenore dell'art. 673 c.p.p. che non consente di intervenire a discapito dell'intangibilità del giudicato se non in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di norma incriminatrice, qui non ricorrente.

2.2. Il giudizio della prima sezione penale: la rimessione alle Sezioni unite e i motivi a sostegno.

A partire da questa premessa, **la pronuncia in esame passa in rassegna**, con dovizia di particolari, **Costituzione, leggi e giurisprudenza**, secondo un modulo già sperimentato nella citata sentenza n. 27640 del 2012.

È un *déjà vu*; e poiché anche la sentenza capofila dell'opposto orientamento sopra citata e pubblicata in questa *Rivista* se ne era fatta carico, possiamo ritenerci esonerati dal soffermarci su di essi¹⁰.

⁹ Corte cost., 15 novembre 2012 n. 251, cit.

¹⁰ Sullo specifico tema dell'aggravante incostituzionale di "clandestinità", a favore dell'orientamento che esclude possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione, nella giurisprudenza di legittimità si registra solo sez. I pen., 19 gennaio 2012 n. 27640, *cit.*; a sostegno dell'opposto orientamento, invece, possono annoverarsi sez. I pen., 27 ottobre 2011 n. 977/2012, *cit.*, sez. I pen., 24 febbraio 2012 n. 19361, in *C.e.d. Cass.*, n. 253338; sez. I pen., 9 luglio 2012 n. 26899, *ivi*, n. 253084; sez. I pen., 27 marzo 2012 n. 23758, inedita (in motivazione); sez. I pen., 12 giugno 2012 n. 40464, in *Rivista nel diritto*, 2013, I, p. 122; sez. VI pen., 16 maggio 2013 n. 21982, in *C.e.d. Cass.*, n. 255674.

Ma già sez. VI pen., 17 novembre 2010 n. 40836, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1348, con nota di GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento*, aveva disposto l'annullamento senza rinvio di una sentenza di patteggiamento

Qualche chiosa meritano osservazioni ulteriori, non incontrovertibili.

La prima: **la Corte di cassazione si sarebbe già espressa¹¹ con riferimento a una situazione del tutto simile (dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 630 c.p., intervenuta con sentenza n. 68 del 2012 della Consulta, nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita, quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità) e avrebbe "negato, tuttavia, la possibilità di verun intervento del ridetto giudice (scil.: giudice dell'esecuzione), ai fini della rideterminazione della pena irrogata alla stregua della norma dichiarata costituzionalmente illegittima *in parte de qua*".**

Ma la citata sentenza della Corte di cassazione l'avevamo citata in una ricognizione della giurisprudenza di legittimità¹² e non ci era parsa di quelle idonee a sbarrare la strada, al di là della soluzione del caso concreto, alla possibilità di infrangere il giudicato di fronte a modificazioni del quadro normativo intervenute per effetto di sentenze della Corte costituzionale dichiarative dell'illegittimità di norme penali non incriminatrici.

Vale la pena riprodurre il passaggio *clou*: "la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione l'attualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un'incursione nel merito di causa che non sia *tout court* apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali". Notavamo, in quell'occasione, che essa "non pare chiudere definitivamente la porta all'eventualità che sia comunque 'possibile', nei congrui casi, un intervento sul giudicato. Difatti, sia pure *a contrario*, pare ammessa una sua frattura, allorché sia apprezzabile direttamente dalla lettura della decisione, senza che siano richiesti ulteriori apprezzamenti discrezionali, la già ritenuta sussistenza, da parte del giudice della cognizione, di elementi tali da configurare l'attenuante di cui all'art. 311 c.p."

Per incidens notiamo anche che in quel caso la situazione appariva più complessa di quella odierna. Se non altro perché in esso la sentenza della Consulta **introduceva nel tessuto normativo un'attenuante dapprima inesistente, mentre nel nostro aveva fatto cadere un limite alla piena efficacia di un'attenuante già esistente.**

pronunciata all'esito di un accordo ritenuto illegittimo per essere fondato sull'equivalenza tra l'aggravante di clandestinità contestata e le attenuanti generiche; e sez. VI pen., 11 febbraio 2011 n. 8720, in *C.e.d. Cass.*, n. 249816, aveva affermato che la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante in questione determina l'annullamento della sentenza limitatamente al relativo aumento di pena, che può peraltro essere eliminato direttamente dalla Corte suprema anche quando su detto aumento sia stata effettuata la riduzione "secca" per il rito abbreviato.

Infine, in motivazione, sez. VI, 15 ottobre 2013 n. 2295/2014, inedita, resa sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, comma quarto, c.p., benché riguardi la (pacifica) applicabilità nel giudizio di cognizione dell'*ius superveniens* più favorevole rappresentato dalla sentenza della Consulta, ha avuto modo di evocare, sia pure in *obiter*, il principio generale che la decisione di incostituzionalità è idonea ad infrangere anche il giudicato.

¹¹ Cass., sez. I pen., 23 aprile 2013 n. 28468, inedita.

¹² [ROMEO, Giudicato penale e resistenza alla lex mitior: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013, in questa Rivista, 1° ottobre 2013.](#)

Ad ogni modo, l'ordinanza qui in commento sventola la decisione sopra ricordata come un vessillo in favore dell'immutabilità del giudicato. Rispettabile opinione; ed è come quella di chi vede il bicchiere mezzo vuoto, invece di vederlo mezzo pieno.

Ancora. Scrivono i giudici della Corte suprema: “nella disciplina del diritto intertemporale della legge penale [...] (fatta salva la eccezione stabilita dall'articolo 2, comma terzo, cod. pen.), la pena inflitta colla condanna irrevocabile resta affatto insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali, c.d. *lex mitior* (articolo 4, comma quarto, cod. pen.), con la conseguenza – in ipotesi – della doverosa espiazione di una pena addirittura superiore al massimo edittale fissato dalla norma incriminatrice successivamente novellata”.

Ci eravamo permessi di segnalare, sempre nello scritto appena citato, con riferimento a quel feticcio che sembra essere diventato per molti l'art. 2 c.p. e sull'altare del quale, con indifferenza, e qualche volta con cinismo, vengono sacrificati diritti fondamentali della persona, il caso di un reato per il quale sia intervenuta una modificazione legislativa che preveda una pena detentiva massima inferiore a quella minima in vigore all'epoca del fatto e del processo, interrogandoci, sia in una prospettiva *de iure condendo*, sia – per chi non l'avesse ben compreso – in quella attuale della compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali alla luce della CEDU, se la soluzione offerta dalla citata disposizione fosse davvero al passo con i tempi.

Ora abbiamo la risposta: lo è. *Dura lex, sed lex*. E sarà pur vero; ma sappiamo anche che *summum ius, summa iniuria*. Ed è inevitabile la domanda: *quid iuris* se la questione fosse sollevata a Strasburgo? Rischieremmo, o non, un'ulteriore reprimenda?

2.3. Segue: altri motivi a sostegno.

C'è un altro punto “forte” delle argomentazioni esibite. E riguarda le cosiddette situazioni esaurite.

L'ordinanza concede che “sebbene comprensibili incertezze caratterizzino la individuazione delle situazioni giuridiche esaurite (in specie nella materia processuale), è, tuttavia, ben certo che il giudicato rappresenta “il punto di arresto” alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale, salvo che concernano la norma incriminatrice.”

Aggiunge che con la “pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna, si esaurisce la «applicazione» di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione dalla sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la «applicazione» della norma definitivamente operata dal giudice. Sicché *in executivis* non si pone – alla evidenza – alcuna questione di (ulteriore) applicazione della norma penale in parola.”

Al *clou*, quindi, c'è la spiegazione di tutto e trova conferma l'affermazione fatta nell'*incipit* della presente nota, e cioè che più che di resistenza del giudicato ad assetti

normativi modificatisi *in melius*, si è solo di fronte alla resistenza di certe idee ad entrare nel circuito del comune sentire dei giuristi.

Ritenere “situazione esaurita” la vicenda processuale definita con la sentenza irrevocabile poteva essere affermazione incontrovertibile alcune decine di anni fa.

Oggi non è più così, neanche a una lettura formalistica dell’apparato normativo il quale riconosce al giudice dell’esecuzione poteri che incidono pacificamente sul giudicato e sulla sua esecuzione e consente riaperture del processo fino a qualche tempo fa neanche immaginabili (alle quali deve conseguire anche l’applicabilità delle frattanto intervenute decisioni di illegittimità costituzionale). Superflue, perché troppo note, le citazioni. E illustreremo più in là qualche ulteriore dettaglio.

Infine, un argomento molto suggestivo: quello ricavato dalla lettera dell’art. 30.4 della legge n. 87 del 1953 secondo il quale “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, è stata pronunciata sentenza di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”.

A giudizio della Corte, la limitazione della norma in esame alle (sole) norme incriminatrici sarebbe suffragata dall’analisi dell’oggettiva disciplina giuridica stabilita dalla disposizione.

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

Da queste premesse, secondo l’ordinanza, discenderebbe come corollario, per effetto dell’entrata in vigore dell’articolo 673 c.p.p., che l’art. 30.4 della legge n. 87 del 1953 deve ritenersi implicitamente abrogato: conclusione che è in aperto contrasto con quanto recentemente enunciato dalla Corte costituzionale¹³ e che segnala quanto essa, e naturalmente le premesse da cui muove, sia affidabile.

Ora, a prescindere dal rilievo che, contrariamente a quanto ritenuto dall’ordinanza in commento, il citato art. 30 citato testualmente evoca le sentenze di condanna, e non le sole sentenze irrevocabili di condanna, se si volesse accedere all’idea che le norme non incriminatrici sono escluse dalla formula usata, si aprirebbe comunque il problema di una possibile interpretazione estensiva dell’art. 673 c.p.p. o di una *quaestio legitimatis* di esso.

Quanto alla prima, essa non è esclusa dalla costante giurisprudenza di legittimità: ad es., l’abrogazione della norma incriminatrice intervenuta in fase esecutiva comporta la revoca della sentenza di patteggiamento, che pure non è una sentenza di condanna¹⁴ e nel concetto di abrogazione si deve far rientrare anche quella

¹³ Da ult., [Corte cost., 18 luglio 2013 n. 210, in questa Rivista](#), e [12 ottobre 2012 n. 230, ivi, con commento di NAPOLEONI](#).

¹⁴ Cass., sez. I pen., 19 ottobre 2007 n. 42407, in *C.e.d. Cass.*, n. 237969.

conseguente a sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che abbia ravvisato l'incompatibilità con la normativa comunitaria di norme incriminatrici interne¹⁵ o quella conseguente all'esito favorevole di *referendum* abrogativo¹⁶.

Quanto alla seconda, è opportuno guardare ai precedenti.

E allora non si può dimenticare che la Consulta¹⁷, in un caso nel quale la Corte di cassazione dubitava della compatibilità con l'art. 3 Cost. dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui esso non avrebbe consentito al giudice dell'esecuzione – in ipotesi di revoca per *abolitio criminis* di sentenze di condanna che avevano impedito la sospensione condizionale della pena inflitta per un diverso reato – di concedere tale beneficio, già ebbe a dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, utilizzata come “strumento volto ad ottenere l'avallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma”.

E successivamente la possibilità di infrangere il giudicato in un'ipotesi del genere, riconoscendo al giudice dell'esecuzione, sulla base del solo art. 673 c.p.p., il potere di ordinare la sospensione condizionale della pena non concessa dal giudice della cognizione a causa di pregresse condanne per reati poi depenalizzati, **fu ammessa dalle Sezioni unite** della Corte di cassazione¹⁸.

Non sembrava conclusione facile, giacché l'*abolitio criminis* riguardava reati diversi da quello per cui era stata inflitta condanna non condizionalmente sospesa, da eseguire, e quindi non appariva semplice riferire ad essa i “provvedimenti conseguenti”, non appartenendo al giudice dell'esecuzione il potere di concedere un beneficio affidato alla discrezionale valutazione del giudice della cognizione.

Ma la strada appariva anche segnata, o incoraggiata, **dal giudice delle leggi** il quale aveva ritenuto plausibile l'interpretazione intesa a consentire al giudice dell'esecuzione la rimozione degli “effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili” (leggi: pena non espiata): forse questo testuale passaggio rappresenta, a una visione retrospettiva del problema, il migliore avallo, sul piano formale, della plausibilità della soluzione maggioritaria data dalla Corte suprema di cassazione al problema della rideterminazione *in executivis* della pena inflitta (anche) per effetto di un giudizio di bilanciamento delle circostanze costituzionalmente illegittimo.

Superfluo notare quanto sia anacronistico e riduttivo, a fronte della prospettiva appena evocata, il discorso sulle “situazioni esaurite”, con la tralattizia elencazione dei casi, cui si è poc'anzi accennato.

A voler trarre delle conclusioni, non è detto, dunque, che, approdando alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., sollevata per risolvere, al banco giudiziario, il problema della rideterminazione della pena inflitta in

¹⁵ Cass., sez. I pen., 29 aprile 2011 n. 20130, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3763.

¹⁶ Cass., sez. IV pen., 30 gennaio 1996 n. 255, in *C.e.d. Cass.*, n. 205304.

¹⁷ Corte cost., 23 maggio 2005 n. 211.

¹⁸ Cass., Sez. un. pen., 20 dicembre 2005 n. 4687/2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 521, con nota di LEO, *La sospensione condizionale della pena in fase esecutiva*.

virtù di una normativa “incostituzionale” dopo il passaggio in giudicato della condanna che ne abbia tenuto conto, essa non venga dichiarata inammissibile per ragioni analoghe a quelle ora esposte.

2.4. Argomenti ulteriori.

Due ultime notazioni per sottolineare quanto siano fragili altri argomenti spesi nell’ordinanza. La prima: **il riferimento della prima sentenza sull’aggravante incostituzionale** alla dichiarazione di **illegittimità consequenziale dell’art. 656**, comma 9, lett. a) c.p.p. contenuta nella sentenza 5 luglio 2010 n. 249 della Corte costituzionale non può essere sbrigativamente liquidato con l’affermazione che “è affatto ovvio che, se la legge connette uno specifico effetto, riguardo alla disciplina della esecuzione, al titolo del reato per quale è stata inflitta la pena espianda, in relazione ad una determinata aggravante ritenuta nella sentenza di condanna (come appunto stabiliva l’articolo 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., escludendo dalla sospensione della esecuzione le condanne per reato aggravato ai sensi dell’articolo 61, comma 1, numero 11-bis, codice penale), la declaratoria della illegittimità costituzionale della disposizione, recante la previsione della aggravante, osta alla applicazione di ogni ulteriore norma che richiami quella incostituzionale (e ne comporta la declaratoria di illegittimità in via consequenziale)”.

Se, infatti, la declaratoria “consequenziale” fosse una mera ovvietà (sostanzialmente superflua, comportando comunque la sentenza di incostituzionalità l’effetto di eliminare dal mondo delle norme ogni disposizione contenente riferimenti all’art. 61, comma primo, n. 11-bis, c.p.), non si spiegherebbe perché, tra le varie disposizioni di legge in cui quel riferimento è presente, sia stata selezionata proprio e solo quella dell’art. 656 c.p.p., la cui rubrica – non va dimenticato – è intitolata alla *esecuzione delle pene detentive*: a leggere in filigrana, non pare un’eresia che l’interprete colga un significato ulteriore rispetto all’ipotesi di una burocratica estensione degli effetti della sentenza *ex art. 27 della legge n. 87 del 1953*.

E se il giurista non avverte mai l’impulso a concepire quelle che possono *prima facie* apparire eresie e però alla fine schiudono orizzonti interpretativi nuovi a una disciplina normativa calata nel reale che non lo mostri come chiuso in una torre d’avorio di logiche puramente formalistiche, quali progressi mai si potranno esigere da una scienza che, prima di ogni altra cosa, ha da essere una “scienza umana”?

Col poeta, potremmo dirgli: “E se non piangi, di che pianger suoli?”

Il magistero punitivo incide su beni di primaria importanza per i singoli e che l’ordinamento deve avere particolarmente a cuore. Non è un caso che tutta la discussione “teorica” qui sciorinata verta nella sostanza su un molto concreto e doloroso problema: quello del sovraffollamento carcerario, dovuto a leggi profondamente ingiuste e criminogene, che hanno finito, con meccanismi perversi, per riempire le patrie galere in gran parte di appartenenti a un mondo di derelitti ed emarginati. Restare indifferenti a questa realtà con il pretesto che ad altri appartiene il

compito di occuparsene, non è proprio del patrimonio culturale di un giudice che non può mai evitare di interrogarsi sugli effetti delle sue decisioni. Specie quando, come nel caso esaminato nell'ordinanza che si annota, la pena inflitta appare largamente sproporzionata al fatto commesso.

Lasciamo volentieri a Berkeley, per il quale *esse est percipi*, l'affermazione che "diecimila uomini uccisi da un colpo di cannone non sono che diecimila percezioni del nostro intelletto"¹⁹.

La seconda notazione riguarda l'evocazione del principio di uguaglianza, in relazione allo sperequato trattamento sanzionatorio di analoghe condotte, secondo che la pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale (diversa da quella incriminatrice), incidente sulla determinazione della pena, intervenga prima ovvero dopo la formazione del giudicato.

È ben vero che il "tempo che scorre" è un elemento idoneo a giustificare differenze di trattamento²⁰.

Ma c'è un interrogativo che, specie in un caso come il presente, nel quale la sentenza della Corte di cassazione è intervenuta a dire la parola "fine" al processo due settimane prima della sentenza della Consulta dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, c.p., non può essere eluso: davvero una circostanza occasionale come le date delle udienze (spesso rinviate per disfunzioni dell'ufficio o dilazionate artificiosamente dall'imputato) possono determinare effetti così gravi? E per di più dinanzi a una pronuncia che pone nel nulla con efficacia retroattiva uno dei parametri in base al quale è stato reso il giudizio?

2.5. Un argomento dimenticato.

Nella diligente rassegna dei precedenti si registra una rilevante omissione. E riguarda tutte quelle sentenze della Corte di cassazione che, prima della nota ordinanza con la quale le Sezioni unite investirono della relativa questione la Corte costituzionale²¹, decidendo sui casi riguardanti i cosiddetti "fratelli minori" di Scoppola, avevano unanimemente ritenuto che, a seguito della sentenza 17 settembre 2009 della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Scoppola contro Italia, il condannato con sentenza irrevocabile alla pena dell'ergastolo avesse diritto di ottenere la revoca della condanna e la conseguente riduzione della pena *ex art. 442 c.p.p.*, una volta chiesta l'applicazione del rito abbreviato, secondo le modalità più favorevoli esistenti anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000,

¹⁹ BERKELEY, *Trattato sui principi della conoscenza umana*, Laterza, 1984, p. 47.

²⁰ *Ex multis*, Corte cost., 3 maggio 2002 n. 150; 12 aprile 2002 n. 108.

²¹ [Cass., Sez. un. pen., 19 aprile 2012 n. 34472, Ercolano, in questa Rivista, 11 settembre 2012, con commento di VIGANÒ.](#)

convertito in l. n. 4 del 2001²²: una clamorosa frattura del giudicato che, a voler seguire l'impostazione dell'ordinanza in commento, non sarebbe stata consentita da alcuna norma del codice di rito.

Sentenze errate o spericolate? Qualunque sia il giudizio che se ne intenda dare *in iure*, sentenze sicuramente giuste, fattesi carico dei problemi dei detenuti che stavano spiando ingiustamente la pena perpetua (e che hanno applicato *ante litteram* il *dictum* della Consulta, interpretando in termini più che estensivi l'art. 673 c.p.p.²³).

3. Un non imprevedibile *novum*.

Ma il discorso non finisce qui, perché, come abbiamo accennato, **nelle more dell'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite**, fissato con decreto del Primo presidente della Corte in data 17 febbraio 2014 per l'udienza del 29 maggio 2014, è **sopraggiunto un comunicato stampa della Corte costituzionale**.

Come pure si è scritto, **non sono note le motivazioni che sorreggono la decisione del giudice delle leggi; ma è agevole desumere** dagli accenni del comunicato sopra riportato **che essa è stata originata** verosimilmente **dalla circostanza** che, in sede di conversione del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi), **sono state introdotte norme eterogenee rispetto al suo contenuto originario** (quelle delle quali qui si discute), evidentemente ritenute estranee alla materia disciplinata dal decreto legge, e quasi certamente prive di quel requisito di necessità e di urgenza, già scrutinato positivamente dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto con riferimento alle sole disposizioni originarie (e quindi con un *vulnus* palese alle prerogative presidenziali).

Ma se ciò è vero, le conseguenze di ordine pratico sono quelle della reviviscenza del precedente testo dell'art. 73 t.u. stup. e, per quanto qui interessa, il ripristino del comma 5 nei termini che seguono:

“Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 2.582 (lire cinque milioni) a euro 25.822 (lire cinquanta milioni) se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, ovvero le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 (lire due milioni) a euro 10.329 (lire venti milioni) se si tratta di sostanze di cui alle tabelle II e IV.”

²² A partire da Cass., sez. I pen., 2 novembre 2011 n. 8689/2012, in *C.e.d. Cass.*, n. 252211, della stessa sezione, *ex aliis*, le sentenze 10 gennaio 2012 n. 25227, *ivi*, n. 253093; 11 gennaio 2012 n. 5134, *ivi*, n. 251857; 13 novembre 2012 n. 48329, *ivi*, n. 254096; 17 maggio 2013 n. 23931, *ivi*, n. 256257.

²³ Corte cost., 18 luglio 2013 n. 210, *cit.*

La questione che, quindi, si impone all'esame delle Sezioni unite non dovrebbe essere più quella descritta in principio della presente nota, quanto la seguente: "se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale riferita all'entità della sanzione (nella specie l'art. 73 t.u. stup.) comporti la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato".

Ma nella sostanza, essa non sembra molto dissimile, *mutatis mutandis*, dall'originaria **sul merito del problema**. Difatti, a voler ritenere consentito l'intervento del giudice dell'esecuzione sul giudicato, l'applicazione della sentenza della Corte costituzionale non dovrebbe rivelarsi di sicuro più favorevole negli esiti. Essa, infatti, consentirebbe, per i casi di spaccio di stupefacenti di cui alla tabella I (come nel nostro caso), di graduare la pena in un *range* che va da uno a sei anni di reclusione e multa da 2.600 a 26.000 euro, secondo il testo del previgente art. 73.5 t.u. stup., che sarebbe ripristinato nella sua versione originaria; ma anche la semplice possibilità di affidare al giudice dell'esecuzione il compito di ritenere, in base alla sentenza n. 251/2012 della Consulta, la circostanza attenuante di cui all'art. 73.5 prevalente, anziché equivalente, alla recidiva reiterata, consentirebbe di rientrare nella medesima forbice di sanzioni edittali. È corollario del vigente testo dell'art. 69 c.p. che, in caso di prevalenza delle attenuanti, prevede non si debba tener conto degli aumenti di pena stabiliti per le aggravanti, ma soltanto far luogo alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti (comma secondo) e, su un piano più generale, che le sue "disposizioni si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole [...] e a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato" (comma quarto).

E dunque, almeno nel caso all'esame delle Sezioni unite, l'oggettiva diversità, ai fini del trattamento punitivo complessivo, tra "peso" di una circostanza e "peso" della pena principale, non sembra avere conseguenze di rilievo.

Prima di tentare una previsione sulle possibili soluzioni della questione, qualche osservazione spicciola può essere di aiuto.

Non può, anzitutto, sfuggire che il comunicato stampa – non usuale nelle prassi che seguono i giudici della Consulta, ma in materia penale utilizzato anche in un recente precedente concernente l'art. 147 c.p.²⁴ – sia da ricondurre all'esigenza di avvertire con tempestività le istituzioni dello Stato e gli operatori del diritto di un esito destinato a incidere sullo *status libertatis* di tante persone detenute, sia in custodia cautelare, sia in espiazione di pena.

Né può essere taciuto che un filo rosso lega il più recente comunicato stampa a quello precedente appena ricordato. Dopo i continui moniti al legislatore rimasti inascoltati, dopo i pressanti inviti del Presidente della Repubblica a intervenire sul

²⁴ In occasione della [sentenza 22 novembre 2013 n. 279](#), in questa *Rivista*, 25 novembre 2013, con commento di LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore* e di DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire, ibidem*, 19 dicembre 2013.

tema, anche per dare esecuzione a note pronunce della Corte EDU, rimasti egualmente lettera morta, dopo una decisione di inammissibilità assunta tre mesi prima, nella quale si concludeva nel senso che non sarebbe stato tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al problema del sovraffollamento carcerario, è inevitabile che la Consulta non sia potuta più rimanere insensibile al grido di dolore che si leva da tanti esponenti della società civile, delle pubbliche istituzioni, di associazioni, di giuristi.

Essendo pacifica l'applicazione della decisione ai procedimenti in corso (e quindi, per questa parte, di rilievo secondario l'iniziativa del comunicato assunta dalla Corte), si può allora ragionevolmente ritenere che essa sia intenzionalmente diretta a dare un avviso alle autorità pubbliche (giudiziarie e non) per i detenuti in espiazione di pena.

Con ciò – sia chiaro – non si intende dire che le Sezioni unite debbano ritenersi condizionate, nella soluzione del problema qui posto, da esigenze che con l'applicazione corretta delle regole possono non avere nulla a che fare, ma solo sottolineare che esse non possono trascurare i segnali che proprio all'applicazione delle regole fanno riferimento, come appunto quelli provenienti dalla Corte costituzionale.

Una seconda osservazione nasce dalla fissazione dell'udienza di discussione del ricorso ad oltre cento giorni di distanza: anche questo è inusuale, specie se si ha riguardo al "tema" scottante che è al centro del ricorso e alle ricadute molto probabili sulla decongestione degli istituti di pena e, soprattutto ai precedenti della Corte di cassazione (in un solo caso, del quale si dirà subito, la fissazione dell'udienza avvenne, come ora, a tre mesi e mezzo di distanza dal decreto di assegnazione).

Ma la dilazione lunga è provvida decisione. Quanto meno perché consente alle Sezioni unite di potere, con larga probabilità, conoscere le motivazioni che la Consulta frattanto avrà depositato sulle questioni decisive per le quali ha ritenuto di emettere il comunicato stampa più volte citato. E non è detto che una soluzione chiara non debba venire proprio dalla motivazione del giudice delle leggi.

Frattanto sarà difficile che le sezioni semplici non rinviino ricorsi aventi ad oggetto la medesima questione, in attesa dell'orientamento che il massimo organo di nomofilachia assumerà su di essa; e quindi è altamente improbabile che si formino orientamenti interpretativi di legittimità sul problema sottoposto alle Sezioni unite. Ma non è pensabile che solo per questo motivo le Sezioni unite declinino il giudizio per un *commodus discessus* che potrebbe essere costituito da una restituzione alla sezione di provenienza. Non sarebbe consentito: lo impedisce l'art. 172 disp. att. c.p.p.

Tuttavia, poiché già in altra occasione ciò è accaduto²⁵ e in una contingenza analoga (una *lex superveniens* che apriva all'interpretazione ampi e mai esplorati spazi: art. 6, comma 6, legge 26 marzo 2001 n. 128, introduttiva dell'art. 625-*bis* c.p.p.), è opportuno ripeterlo, al fine di scongiurare esito simile: con l'assegnazione del ricorso – va ribadito – si determina quell'irreversibilità della procedura, che impone al massimo consesso la decisione nel merito della questione devolutagli: non a caso le stesse

²⁵ Con Cass., Sez. un. pen., 30 maggio 2001 n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3380.

Sezioni unite²⁶ hanno ritenuto che “il meccanismo di assegnazione, identico per la singola sezione, come per le Sezioni unite, induce a ritenere che nel sistema legislativo queste altro non siano che una sezione, seppure composta da magistrati provenienti dalle varie sezioni ‘semplici’, sicché l’assegnazione riguarda la decisione sul ricorso, e non su una o più questioni tra quelle dedotte con il ricorso o con i ricorsi.”

E la restituzione alla sezione rimettente, consentita entro ristretti limiti in sede extragiurisdizionale (la dispone il Primo presidente a norma dell’art. 172 disp. att. c.p.p.), non può mai essere deliberata in sede di esercizio della giurisdizione.

3.1. Una prognosi ragionevole.

E allora: quale la prognosi sul merito della questione? Non è semplice; sappiamo che *habent sua sidera lites* e ragioni di prudenza inducono sempre ad astenersi da facili previsioni.

Ma allo stato appare molto difficile che l’eroica difesa del giudicato assunta da un orientamento giurisprudenziale rigorista e minoritario possa fare breccia nel più alto livello della giurisdizione penale; e quindi riterremmo improbabile che le Sezioni unite dichiarino inammissibile il ricorso.

Molto più probabile il suo accoglimento che però apre, per necessità di cose, il problema dei limiti dei poteri del giudice dell’esecuzione – da adire, ovviamente, con incidente – nel rideterminare il *quantum* di pena da espiare in sostituzione di quella inflitta con la sentenza irrevocabile di condanna, per effetto di una sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sanzionatoria applicata.

Allorché dalla motivazione della sentenza sia possibile ricostruire l’esatta determinazione del giudice della cognizione (caso di scuola, ma non impossibile), *nulla quaestio*²⁷; in caso contrario, dovrebbe essere rimessa al prudente apprezzamento discrezionale del giudice dell’esecuzione la rivisitazione della sentenza esclusivamente *quoad poenam*. D’altro canto, già accade, in sede di applicazione della continuazione *in executivis* – nella quale il giudice è *dominus* della decisione con ampi poteri discrezionali²⁸ – che il giudicato possa essere modificato in termini quanto meno eccessivi rispetto ai confini segnati dall’art. 671 c.p.p.: si è, infatti, affermato che non costituisce violazione del giudicato la statuizione del giudice dell’esecuzione il quale, nell’applicare la disciplina della continuazione, disponga la sospensione condizionale della pena, già concessa senza obblighi con sentenza irrevocabile per uno dei reati in

²⁶ Cass., Sez. un. pen., 21 giugno 2000 n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, p. 69.

²⁷ Con riferimento all’aggravante della clandestinità, Cass., sez. I pen., 12 giugno 2012 n. 40464, *cit.*, in un caso nel quale il giudice della cognizione aveva esattamente determinato il *quantum* di pena riferibile all’aggravante ha annullato senza rinvio la sentenza limitatamente alla circostanza, eliminando la porzione di pena illegittimamente inflitta.

²⁸ Cass., sez. I pen., 10 marzo 1997 n. 481, in *C.e.d. Cass.*, n. 207041.

continuazione, subordinandola all'eliminazione delle conseguenze dannose dei reati commessi²⁹.

Residuerrebbe, in astratto – *ça va sans dire* – la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione, nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale diversa da quella incriminatrice, adotti i provvedimenti conseguenti di modifica del giudicato.

Ma, per quanto si è scritto in precedenza e anche considerando i precedenti della Consulta, la questione sarebbe esposta, come già accennato, al rischio dell'inammissibilità, in quanto surrettiziamente intesa a conseguire un intervento interpretativo estraneo ai confini della giurisdizione costituzionale.

Alla fine delle presenti osservazioni sia consentito formulare un auspicio: quello che, qualunque sia la soluzione delle Sezioni unite, se non interlocutoria, essa sia condivisa senza riserve. Non è un auspicio retorico e superfluo, perché, se è vero che il ricrearsi di difformità interpretative, anche dopo interventi autorevoli del più alto Collegio, è stato nel passato frequente e diffuso, recando danni non indifferenti a quella certezza del diritto che la Corte, nel suo complesso, deve assicurare, a maggior ragione questo deve valere in un settore – come quello dell'espiazione della pena, e quindi della più intensa forma di restrizione della libertà personale – che oggi, per quanto riguarda il nostro Paese, è sotto i riflettori, e *pour cause*, di mezza Europa.

4. *Post scriptum.*

Quando questo testo era stato già consegnato per la pubblicazione, è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale* della Repubblica la legge 21 febbraio 2014 n. 10, di conversione del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, che ha riformulato l'art. 73, comma 5, t.u. stup., nei seguenti termini: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000*».

Norma sopravvenuta che, per quanto riguarda il nostro problema, a prescindere dai limiti edittali di pena, non rileva in sede esecutiva.

²⁹ Cass., sez. I pen., 22 gennaio 1999 n. 594, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 285.

In riferimento all'aggravante della "clandestinità", nei casi in cui non sia direttamente desumibile dalla sentenza di condanna il *quantum* di pena imputabile alla circostanza (nella specie, per ritenuta equivalenza delle generiche alla circostanza aggravante), Cass., sez. I pen., 24 febbraio 2012 n. 19361, *cit.*, ha disposto annullamento della sentenza stessa con rinvio al giudice dell'esecuzione, con obbligo per lo stesso di ridurre la pena inflitta nella misura ritenuta equa.