



*Rivista Trimestrale - 1/2014*

**DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO**

**Ricordando Giorgio Marinucci**  
AA.VV.

**Il dilemma del dolo eventuale**  
Interventi di M. Donini, L. Eusebi, A. Aimi

**Carcere e diritti fondamentali**  
Interventi di A. Pugiotto e D. Pulitanò

EDITORE  
Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE  
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI  
Gian Luigi Gatta,  
Guglielmo Leo,  
Luca Luparia

COMITATO SCIENTIFICO  
Emilio Dolcini, Novella Galantini,  
Roberto Bartoli, Fabio Basile,  
Silvia Buzzelli, Elena Maria Catalano,  
Massimo Ceresa Gastaldo,  
Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella,  
Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo,  
Stefano Manacorda, Vittorio Manes,  
Luca Maserà, Anna Maria Maugeri,  
Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda,  
Chantal Meloni, Claudia Pecorella,  
Marco Pelissero, Gioacchino Romeo,

Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,  
Domenico Pulitanò, Marco Scoletta,  
Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis,  
Antonio Vallini, Alfio Valsecchi,  
Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

SEGRETERIA DI REDAZIONE  
Anna Liscidini, Alberto Aimi, Susanna Arcieri,  
Ignacio Castillo Val, Irene Gittardi,  
Marco Montanari, Tommaso Trinchera,  
Alessandra Verri, Stefano Zirulia



**Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

#### *Peer review*

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### *Elenco dei revisori*

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618  
Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

|                                    |   |     |
|------------------------------------|---|-----|
| EDITORIALE                         | <b>In questo numero</b><br>Francesco Viganò   | 1   |
| IN MEMORIA DI UN<br>GRANDE MAESTRO | <b>Ricordando Giorgio Marinucci</b><br>AA.VV.   | 4   |
| IL DILEMMA DEL<br>DOLO EVENTUALE   | <b>Dolo eventuale e colpa cosciente:<br/>il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite</b><br>Alberto Aimi  | 49  |
|                                    | <b>Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza</b><br>Massimo Donini   | 70  |
|                                    | <b>Verso la fine del dolo eventuale?</b><br>(Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)<br>Luciano Eusebi   | 118 |
| CARCERE E<br>DIRITTI FONDAMENTALI  | <b>L'urlo di Munch della Magistratura di sorveglianza</b><br>Andrea Pugiotto  | 129 |
|                                    | <b>Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali</b><br>Domenico Pulitanò  | 136 |
| L'OBIETTIVO SU...                  | <b>Il "nemico" e il "partigiano"</b><br>Andrea Apollonio  | 149 |
|                                    | <b>Rien ne va plus? Le garanzie Cedu "incontrano" (e si scontrano con)<br/>l'azione civile e la prescrizione dell'ordinamento francese: alla ricerca di<br/>check and balances interni all'art. 6</b><br>Eleonora Guido | 160 |
|                                    | <b>O fundamento da pena criminal</b><br>Marcelo Almeida Ruivo   | 176 |

GIURISPRUDENZA IN  
PRIMO PIANO

---

|   |     |
|---|-----|
| <b>Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale</b><br>Alessandra Galluccio  | 190 |
| <b>L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi":<br/>gli orizzonti attuali della democrazia penale</b><br>Vittorio Manes e Luisa Romano                | 215 |
| <b>Elusione, progressione criminosa e specialità:<br/>due passi avanti e uno "a lato" su tre <i>topoi</i> in materia</b><br>Luca Troyer e Stefano Cavallini                 | 237 |
| <b>Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia<br/>delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola</b><br>Francesco Viganò | 250 |

# PENA ILLEGITTIMA E GIUDICATO. RIFLESSIONI IN MARGINE ALLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE CHE CHIUDE LA SAGA DEI “FRATELLI MINORI” DI SCOPPOLA

*Nota a Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821,  
Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Ercolano*

Francesco Viganò

1.

*Se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima; e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta.*

Questo, in estrema sintesi, il messaggio fondamentale lanciato dalle Sezioni Unite nella pronuncia che, a distanza di due anni dalla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 7 co. 1 d.l. 341/2000<sup>1</sup>, trae ora le naturali conseguenze dalla sentenza n. 210/2013 dei giudici delle leggi<sup>2</sup>, disponendo che la pena dell'ergastolo inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale “non può più essere concretamente eseguita”, e che “il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato”.

Si chiude così la vicenda dei “fratelli minori” di Scoppola, che passano dallo *status* di “figli di un dio minore”<sup>3</sup> a quelli di figli a pieno titolo di uno Stato che si fonda sul rispetto dei diritti fondamentali della persona: tra cui *in primis* quello, “inviolabile”, alla libertà personale – un diritto del quale, certo, si può essere privati in conseguenza di una condanna pronunciata da un tribunale conformemente alla legge, ma soltanto alla condizione che si tratti di una legge essa stessa *legittima*, e non già di una legge *invalida*.

Al tempo stesso, le Sezioni Unite tracciano le coordinate di fondo entro cui dovrà svolgersi il grande dibattito destinato ora ad aprirsi su fronti diversi, e interessanti una cerchia assai più vasta di persone rispetto alla ristretta famigliola di Scoppola e fratelli: e cioè l'autentico esercito di condannati in via definitiva – per reati in materia di stupefacenti, ma anche per sequestro di persona a scopo di estorsione, ricettazione, violenze sessuali e addirittura per alterazione e soppressione di stato – la cui pena è stata determinata, in sede di cognizione, sulla base di norme ora dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, e che chiedono oggi ai giudici dell'esecuzione di tutta Italia che le rispettive pene siano ricondotte a una dimensione legittima.

2.

Inutile ripercorrere ancora una volta la complessa vicenda sulla quale le Sezioni Unite hanno posto il suggello, bastando qui rinviare all'analitica ricostruzione dei suoi precedenti

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), n. 34472, Pres. Lupo, Est. Milo, Imp. Ercolano, in questa *Rivista*, con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012.

<sup>2</sup> In questa *Rivista*, 19 luglio 2013.

<sup>3</sup> Si consenta ancora il riferimento a VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in questa *Rivista*, 10 aprile 2012.

passaggi già svolta in un precedente lavoro<sup>4</sup>, oltre che ai numerosi provvedimenti e commenti pubblicati dalla nostra *Rivista*. *L'esito finale* era d'altronde, a questo punto, *scontato*, dopo che la Corte costituzionale – su sollecitazione delle stesse Sezioni Unite – aveva dichiarato illegittima la norma sulla cui base era stata inflitta ai ricorrenti la pena dell'ergastolo, anziché quella – applicabile nel momento in cui i ricorrenti avevano formulato la richiesta di rito abbreviato – di trent'anni di reclusione. L'accoglimento della questione di legittimità costituzionale presupponeva, infatti, una valutazione di *rilevanza* della relativa questione nel giudizio *a quo*, rappresentato da un incidente di esecuzione, nell'ambito del quale dunque tanto la Cassazione quanto la Corte costituzionale davano per scontato che si potesse procedere alla rideterminazione della pena irrogata in fase di cognizione.

L'unico problema rimasto in qualche modo aperto concerneva l'individuazione dell'esatto *fondamento giuridico del potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena*, in assenza di una norma che gli attribuisca espressamente questo potere nella specifica ipotesi che qui viene in considerazione.

La Corte costituzionale si era limitata ad affermare come al fine di rideterminare la pena nel caso di specie non fosse adeguato il rimedio della revisione del processo ai sensi dell'art. 630 c.p.p. quale risultante dalla sentenza n. 113/2011, occorrendo qui “più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge”. Operazione, quest'ultima, per la quale secondo la Consulta “è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (che infatti è stato attivato nel caso oggetto del giudizio principale), specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)”.

Vediamo, allora, come le Sezioni Unite hanno affrontato lo spinoso problema.

### 3.

La premessa è il riconoscimento della “portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici”, dotate di rilievo assieme costituzionale e convenzionale. Tuttavia, osserva la Corte, “*vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima*”.

Conviene qui seguire letteralmente la trama dell'argomentazione: “*l'istanza di legalità della pena [...] 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. Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma secondo, 23, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento [...]. E allora, s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della 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*”.

Ed ancora: “*il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona [...]. Eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi*”.

Si noti: le affermazioni che precedono non sono affatto scontate, da parte di autorevole dottrina essendosi anche di recente ripetuto – come le stesse Sezioni Unite sottolineano – che nell'ambito dell'incidente di esecuzione l'unica norma applicabile sarebbe la stessa sentenza di condanna, fattasi ormai “norma del caso concreto”, con conseguente espulsione dall'orizzonte conoscitivo del giudice della norma generale e astratta sulla quale la condanna si è fondata<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> LAMARQUE-VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo*, in questa *Rivista*, 31 marzo 2014.

<sup>5</sup> Così, in particolare, CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 271. L'osservazione è, da ultimo, ripresa anche Cass., Sez. I pen., ord. 20 novembre 2013 (dep. 31 gennaio 2013), n. 4725, Pres. Cortese, Est. Vecchio, Ric. Gatto, in questa *Rivista* con nota di G. ROMEO,

Ciò tuttavia, replicano giustamente le Sezioni Unite, non può valere allorché quella stessa norma generale e astratta si riveli *ex post* illegittima, determinando così, a cascata, l'illegittimità dell'esecuzione della pena che in quella norma trovava la sua "base giuridica". In una tale situazione, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, "la giurisdizione non può ignorare o eludere il problema di cui si discute e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti".

Vero è, infatti, che nessuna norma prevede espressamente la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena in seguito a una pronuncia di illegittimità costituzionale: l'art. 673 c.p.p. dispone, infatti, che il giudice dell'esecuzione debba *revocare la sentenza di condanna*, dichiarando che il fatto non è previsto come reato e adottando i provvedimenti conseguenti; mentre l'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87 prevede la *cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna*. Entrambe le disposizioni sono evidentemente costruite attorno all'ipotesi della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice nella sua parte precettiva, e non della o delle norme dalle quale dipende la specie e la misura della sanzione di un'incriminazione che resta in sé legittima, come nel caso ora all'esame.

Tuttavia, osservano le Sezioni Unite, rientra certamente nella *ratio* dell'art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953<sup>6</sup> "l'impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale", in conformità del resto con il principio – già più volte formulato in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità<sup>7</sup> – secondo cui "la conformità a legge della pena, e in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione".

Ed allora, sono i *principi generali sottesi al procedimento di esecuzione* a soccorrere l'interprete. Funzione essenziale del giudice dell'esecuzione è, in effetti, proprio quella di "garantire il rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti l'attuazione del comando esecutivo"; e l'*incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p.* "è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza e alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo", allo scopo – per l'appunto – di "garantire la persistente conformità a legge del fenomeno esecutivo".

Del resto, osservano acutamente le Sezioni Unite, non può che essere l'*incidente di esecuzione* – in assenza di altra disposizione processuale *ad hoc* – la sede in cui dovrà effettuarsi la rideterminazione della pena, nella particolare ipotesi di cui all'art. 2, comma terzo, c.p., inserito dalla legge n. 85/2006, ove si prevede che la pena detentiva inflitta con sentenza definitiva debba convertirsi nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede soltanto quest'ultima. A questa ipotesi dovrebbe dunque accostarsi "in via analogica" la situazione ora all'esame, in cui parimenti sussiste un'esigenza di modificare la pena concretamente inflitta con sentenza passata in giudicato, conseguente a un accadimento sopravvenuto al giudicato stesso (il *novum* legislativo in un caso, la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sulla cui base è stata commisurata la pena nell'altro).

In conclusione (e in sintesi): analogamente a quanto dovrebbe accadere nel caso previsto dall'art. 2 co. 3 c.p., *spetterà al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di un procedimento ex art. 670 c.p.p.* avente ad oggetto una questione di legittimità della "esecuzione" (nell'accezione specifica di "concreta attuazione") del titolo esecutivo, rideterminare la pena sulla base della disciplina che avrebbe dovuto essere applicata dal giudice della cognizione – e cioè, nel caso concreto, della disciplina più favorevole prevista dalla legge n. 479/1999, anziché di quella dichiarata

*Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale 'non incriminatrice': metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?*, 24 febbraio 2014.

<sup>6</sup> Che il Collegio conferma doversi considerare come norma ancora vigente, e non invece implicitamente abrogata come sostenuto recentemente da Cass., Sez. I pen., 20 novembre 2013, cit. alla nota precedente.

<sup>7</sup> Cfr. in particolare Cass., Sez. I pen., 27 ottobre 2011 (dep. 13 gennaio 2012), n. 977, Pres. Giordano, Rel. Di Tomassi, ric. P.M. in c. Hauohu, in questa *Rivista* con nota di SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, 19 gennaio 2012; Cass. Pen., Sez. I, sent. 24 febbraio 2012 (dep. 22 maggio 2012), n. 19361, Pres. Giordano, Rel. Caiazzo, Ric. Teteh, *ibidem*, con nota di GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*, 29 maggio 2012.

incostituzionale di cui al d.l. 241/2000 –, sulla base del principio, desunto non dalla lettera ma dalla *ratio* dell'art. 30 co. 4 della legge n. 87/1953, secondo cui occorre in ogni caso impedire che una pena, inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, venga ingiustamente sofferta dal condannato.

Un esito, come è agevole intendere, nella sostanza sovrapponibile a quello cui era giunta la Corte costituzionale, anche se qui assai più densamente argomentato.

## 4.

Appare naturale, a questo punto, chiedersi se la via ora tracciata dalle Sezioni Unite possa essere percorsa anche in relazione alle altre questioni aperte, cui accennavo in apertura, che parimenti concernono la necessità di rideterminare una pena ormai in esecuzione.

Come è noto, il prossimo 29 maggio le stesse Sezioni Unite dovranno esaminare la questione “*se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012) comporti la rideterminazione della pena, vincendo la preclusione del giudicato*”<sup>8</sup>; ossia, *in claris*, la questione se si debba oggi rideterminare la pena nei confronti di tutti i condannati in via definitiva per reati concernenti gli stupefacenti rispetto ai quali il giudice non ha potuto applicare la pena attenuata prevista dal quinto comma dell'art. 73 t.u. stup., stante la preclusione di cui all'art. 69 co. 4 c.p. che vietava in linea generale la prevalenza delle circostanze attenuanti in presenza delle ipotesi di recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p.: disposizione dichiarata, appunto, costituzionalmente illegittima dalla **sentenza n. 251/2012**, limitatamente alla parte in cui esclude la possibilità di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 t.u. stup.

La **sentenza n. 32/2014** della Corte costituzionale<sup>9</sup>, intervenuta nelle more della decisione, ha peraltro moltiplicato le ipotesi problematiche concernenti le pene in esecuzione per delitti in materia di stupefacenti, ponendo più in generale il problema della sorte delle condanne pronunciate sulla base della disciplina sanzionatoria prevista dal d.l. n. 272/2005 come convertito dalla l. 49/2006 (c.d. Fini-Giovanardi), ora dichiarata illegittima con conseguente reviviscenza della previgente disciplina, caratterizzata da un quadro sanzionatorio più favorevole almeno per ciò che concerne il trattamento delle c.d. droghe ‘leggere’.

Al di là poi della disciplina degli stupefacenti, i problemi aperti concernono la sorte delle pene inflitte con sentenza definitiva in una serie di ulteriori ipotesi oggetto di recenti sentenze della Consulta<sup>10</sup>, e più in particolare

- della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale per i delitti di cui agli artt. 267 e 266 c.p. (alterazione e soppressione di stato) divenute definitive prima delle **sentenze n. 31/2012 e 7/2013**, che hanno dichiarato l'illegittimità dell'automatismo di tale pena accessoria in caso di condanna per i reati in questione, con conseguente preclusione per il giudice di compiere una valutazione in concreto dell'interesse del minore<sup>11</sup>;

- delle pene detentive inflitte per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex* art. 630 c.p. prima della **sentenza n. 68/2012**, che ha esteso a tale delitto la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., già applicabile al sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione di cui all'art. 289 *bis* c.p.;

- delle pene detentive per i delitti di ricettazione e di violenza sessuale inflitte con sentenza passata in giudicato nei confronti di recidivi reiterati prima delle (recentissime) **sentenze n. 105 e 106/2014**, che hanno anche in questo caso dichiarato illegittimo l'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui escludeva che potesse riconoscersi la prevalenza delle attenuanti di cui, rispettivamente, all'art. 648 co. 2 c.p. (fatto di particolare tenuità) e all'art. 609-*bis* co. 3 c.p. (fatto di lieve entità) sull'aggravante di cui all'art. 99 co. 4 c.p.

Dovrà, in tutti i questi casi, il giudice dell'esecuzione procedere ora alla rideterminazione della pena sulla base della disciplina oggi vigente, così come ricondotta alla “legalità costitu-

<sup>8</sup> Rimessa con l'ordinanza citata alla nota 5.

<sup>9</sup> Su cui cfr. MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in questa *Rivista*, 23 marzo 2014; DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in questa *Rivista*, 27 febbraio 2014; .

<sup>10</sup> Cfr. su tutti questi problemi l'ampia analisi di ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in questa *Rivista*, 1 ottobre 2013.

<sup>11</sup> Su tali sentenze cfr. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale ‘non incriminatrice’: metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?*, in questa *Rivista*, 24 febbraio 2014.

zionale” dalle citate sentenze della Corte?

## 5.

Le nette (e, direi, del tutto condivisibili) affermazioni di principio su cui si fonda la pronuncia delle Sezioni Unite qui all’esame mi pare orientino con decisione verso una risposta affermativa. *Se la pena è stata inflitta sulla base di una disciplina illegittima* (che, come tale, mai sarebbe dovuta venire ad esistenza, e che è stata ora eliminata – per effetto della sentenza della Consulta – con effetto *ex tunc*), *l’esecuzione oggi di quella pena non può che connotarsi anch’essa in termini di illegittimità*: situazione, questa, che uno Stato di diritto non può tollerare.

Pensiamo, alla *ratio* delle tre sentenze (la n. 251/2012 e le n. 105 e 106/2014) con cui la Corte costituzionale ha iniziato a demolire il divieto di prevalenza di attenuanti rispetto alla recidiva reiterata, introdotto dalla sciagurata legge “ex Cirielli” (la n. 251/2005) nell’ultimo comma dell’art. 69 c.p. Un tale divieto, in materia di stupefacenti, comporta secondo la Corte il rischio di attribuire alla risposta punitiva i connotati di una pena “*palesemente sproporzionata*” e, dunque, “*avvertita come palesemente ingiusta dal condannato*”: in violazione non solo dell’art. 3 *Cost.*, ma anche e soprattutto dell’art. 27 *co. 3 Cost.*, che è la disposizione su cui la giurisprudenza costituzionale radica ormai saldamente il principio di proporzionalità della pena, non espresso a chiare lettere dalla Costituzione ma riconosciuto univocamente dallo *human rights law* internazionale (in forza dell’esplicito riconoscimento di cui all’art. 49 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, relativamente all’ambito di applicazione del diritto UE, e della sua riconduzione interpretativa all’alveo dell’art. 3 CEDU ad opera, in particolare, della sentenza *Vinter c. Regno Unito*, pronunciata dalla Grande Camera nel luglio dello scorso anno).

La medesima prospettiva è sviluppata nelle sentenze n. 105 e 106, pubblicate soltanto poche settimane fa, ove la Corte insiste sul *carattere gravemente sproporzionato*, per il recidivo reiterato che abbia commesso un fatto di *ricettazione di particolare tenuità*, di un minimo edit-tale di 48 volte superiore a quello applicabile ad ogni altro condannato, nonché di una pena minima di cinque anni di reclusione (anziché di un anno e otto mesi) per il recidivo reiterato condannato per un fatto di *violenza sessuale di lieve entità*.

La previsione legislativa di tali trattamenti sanzionatori – ci dice la Corte – è contraria a principi costituzionali di somma importanza, e contraddice il senso stesso della sanzione penale. *A fortiori*, anche la loro esecuzione non potrà che ritenersi contraria alla Costituzione, e pertanto connotata dallo stigma di una radicale illegittimità.

Lo stesso discorso vale, a ben guardare, anche per ciò che concerne le ricadute della sentenza n. 32/2014. Vero è, che in questo caso, la Corte giunge alla declaratoria di illegittimità non perché abbia ritenuto sproporzionato il trattamento sanzionatorio introdotto dalla legge Fini-Giovanardi, bensì per vizi inerenti al *procedimento* di approvazione di tale legge. Ma in uno Stato di diritto la forma – e il procedimento – è anche sostanza: il vizio procedimentale non può che tradursi nell’illegittimità del prodotto di tale procedimento. Il legislatore non aveva, nel caso di specie, il potere di modificare *in peius* il trattamento sanzionatorio in materia di stupefacenti nell’ambito di una legge di conversione di un decreto legge che aveva, tra i propri scopi dichiarati, soltanto quello di introdurre misure volte a “favorire il recupero sociale dei tossicodipendenti”: le conseguenti modifiche sanzionatorie sono, anch’esse, *costituzionalmente illegittime*, perché non attuate in esito al consueto procedimento legislativo, che garantisce – o dovrebbe garantire – una particolare ponderazione su scelte di tale portata, che toccano niente meno che la libertà personale degli individui. *Ergo*, le pene nel frattempo inflitte sulla base di tali disposizioni sono anch’esse illegittime, e dovranno essere in qualche modo rimosse.

A meno che, naturalmente, non si ritenga che il valore sotteso al giudicato – la “certezza dei rapporti giuridici” – abbia una tale importanza da giustificare, in un complessivo bilanciamento, il sacrificio dei diritti fondamentali su cui la pena – e, più concretamente, le pene sproporzionate, o comunque illegittime, di cui è qui discorso – incide. Ma sul punto sono le stesse Sezioni Unite a rispondere, oggi, in modo assai netto: per quanto gli interessi sottesi al giudicato abbiano anch’esso rango costituzionale, tali interessi non possono che cedere a fronte delle superiori istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona che qui sono in gioco<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Per più ampie considerazioni sul punto, cfr. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 18 aprile 2012.

## 6.

Chiarito l'obiettivo, l'unico problema resta quello di determinare i *mezzi* con cui tale obiettivo possa essere raggiunto. Problema anch'esso delicatissimo, a fronte del generale principio di legalità che informa il 'giusto processo' nel nostro ordinamento (art. 111 Cost.), e più in generale del generale vincolo del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost.

Ma, come è ovvio, fedeltà alla legge e legalità processuale non significano che il giudice non possa, e non debba, utilizzare tutti gli strumenti ermeneutici a propria disposizione per realizzare obiettivi di tutela dei diritti fondamentali della persona. E tra tali strumenti si annovera certamente l'*analogia, legis e iuris*: non vietata in materia di diritto processuale<sup>13</sup>, e che costituisce anzi strumento fondamentale per assicurare completezza al sistema, colmandone le lacune lasciate inevitabilmente aperte dal legislatore.

L'unico, vero ostacolo all'analogia potrebbe essere l'esistenza di una inequivoca volontà contraria del legislatore, espresso attraverso una norma il cui dato letterale costituisca un ostacolo insuperabile rispetto a una data soluzione ermeneutica. Ma di tale insuperabile ostacolo testuale, che si opponga alla possibilità per il giudice dell'esecuzione di ricondurre la pena a una dimensione legittima, davvero non vi è traccia nel sistema processuale vigente.

Non costituisce ostacolo – tanto meno insuperabile – a tale soluzione il disposto di cui all'art. 2 co. 4 c.p., indicato purtroppo (si direbbe *per incuriam*) dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2014 quale criterio regolatore delle conseguenze intertemporali della sentenza medesima. In realtà, l'art. 2 c.p. nel suo complesso *disciplina soltanto l'ipotesi di successione di leggi penali tutte legittime*, e non l'ipotesi – radicalmente eterogenea – in cui la vicenda successoria sia determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma<sup>14</sup>, e dalla conseguente riespansione o reviviscenza di altra norma (contestualmente vigente o previgente). In quest'ultima ipotesi, in effetti, la norma dichiarata incostituzionale *scompare dall'ordinamento*, e ai sensi dell'art. 30 co. 3 l. 87/1953 non potrà più essere trovare applicazione – nemmeno ai fatti pregressi! – dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte sulla *Gazzetta Ufficiale*, salvo che nel caso particolare in cui si tratti di norma più favorevole, e l'imputato abbia commesso il fatto nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della norma e la dichiarazione della sua illegittimità costituzionale: dovendosi in tal caso far prevalere (in forza dei principi costituzionali e convenzionali in materia di responsabilità penale: art. 25 co. 2 e art. 7 CEDU) la tutela dell'incolpevole affidamento del cittadino nella (almeno apparente!) vigenza della norma, e nella sanzione da essa prevista, sul contrapposto principio della caducazione *ex tunc* della norma incostituzionale. Ma la disciplina dell'art. 2 co. 4 c.p. risulterà senz'altro *inapplicabile* nell'ipotesi in cui l'imputato abbia commesso il fatto *prima* dell'entrata in vigore della norma poi dichiarata incostituzionale: una tale "*lex intermedia*" non troverà qui applicazione, ancorché in ipotesi più favorevole per l'imputato, proprio perché espunta con effetto *ex tunc* dall'ordinamento anche con riguardo ai fatti pregressi, e non essendovi d'altra parte alcun affidamento da tutelare in capo all'imputato<sup>15</sup>.

Se dunque l'art. 2 c.p., e in particolare il suo quarto comma, non disciplina l'ipotesi della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, che trova invece *aliunde* la propria regolamentazione – e in particolare nei principi generali che regolano gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale, nonché nello stesso principio costituzionale e convenzionale di legalità in materia penale –, nessuna preclusione potrà essere dedotta dall'inciso finale contenuto in tale norma ("*salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*") rispetto alla possibilità di modificare il trattamento sanzionatorio in senso più favorevole per il condannato in via definitiva, allorché la norma sulla cui base la condanna è stata pronunciata sia stata per l'appunto dichiarata incostituzionale, e per ciò stesso espunta dall'ordinamento con

<sup>13</sup> E la cui praticabilità deve, dunque, essere attentamente vagliata *prima* di porsi il problema di investire la Corte costituzionale per colmare eventuali lacune, l'intervento del giudice delle leggi risultando necessario soltanto nella misura in cui – come si dirà immediatamente nel testo – la *lex scripta* opponga un ostacolo invalicabile al riempimento della lacuna per via interpretativa.

<sup>14</sup> Così anche, da ultimo, GAMBARELLA, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi"*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, p. 5, al quale rinvio anche per ult. rif. Sulla distinzione tra successione tra norme legittime e dichiarazione di illegittimità di una norma in materia penale, cfr. anche Cass., sez. VI pen., 16 febbraio 2007 (dep. 5 marzo 2007), n. 9270, Pres. Lattanzi, Rel. Paoloni, Ric. Berlusconi.

<sup>15</sup> La situazione è qui, piuttosto, sovrapponibile a quella che si verifica nel caso di mancata conversione di un decreto legge più favorevole rispetto alla disciplina previgente: ipotesi, per l'appunto, rispetto alla quale l'estensione della disciplina di cui all'art. 2 c.p., originariamente prevista dal legislatore, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con una ormai risalente sentenza, proprio per impedire che la disciplina del decreto legge – la cui mancata conversione ne determina il travolgimento con effetti *ex tunc*, esattamente come accade per le leggi dichiarate incostituzionale – trovi comunque applicazione ai fatti pregressi, salvo che per quelli soli commessi nel lasso temporale dalla sua entrata in vigore alla scadenza del termine per la conversione, lasso temporale nel quale il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nella vigenza del decreto legge prevale sullo stesso principio costituzionale di cui all'art. 77 Cost.

effetto *ex tunc*.

In una simile situazione, d'altra parte, ostinarsi a tener fermo il giudicato significherebbe *continuare a dare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale*, nel momento dinamico dell'attuazione concreta delle conseguenze sanzionatorie da essa previste: in palese contrasto rispetto alla lettera e allo spirito dell'art. 136 co. 1 Cost. ("*Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*") nonché a quelli della legge ordinaria che dà immediata attuazione al precetto costituzionale, e cioè dell'art. 30 comma terzo l. 87/1953 ("*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*"). Norma, quest'ultima, sulla cui portata rispetto al tema che ci occupa forse ancora troppo poco si è riflettuto<sup>16</sup>, l'attenzione concentrandosi in genere sul comma quarto dello stesso art. 30, che disciplina l'ipotesi *specificata* in cui in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale debba addirittura farsi integralmente cessare l'esecuzione della pena e tutti gli effetti penali della condanna.

Il *terzo comma* dell'art. 30 l. 87/1953 esprime, in effetti, il *principio generale* secondo cui dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza la legge dichiarata incostituzionale non può più trovare applicazione: senza che sia lecito distinguere tra l'*applicazione* della norma compiuta dal giudice della cognizione, e quella che si attua durante l'*esecuzione della pena*, che ne rappresenta – giorno per giorno – la concretizzazione sulla persona (e sulla pelle) del condannato. Come è noto, a tale principio la giurisprudenza, pur senza esplicita base testuale nell'art. 30, ha opposto il limite delle situazioni giuridiche *esaurite*, rispetto alle quali non sarebbe possibile ripristinare lo *status quo ante*. Comunque però si voglia intendere tale limite, come giustamente rilevano le Sezioni Unite nella sentenza ora in esame, non potrà in alcun modo ritenersi situazione giuridica "esaurita" quella nella quale la pena inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale è *ancora in esecuzione*. Ogni nuovo giorno di pena costituisce una nuova concretizzazione del comando astratto contenuto nella norma sanzionatoria dichiarata incostituzionale; e rappresenta, così, una perdurante *applicazione* della norma stessa, in frontale contrasto con gli artt. 136 co. 1 Cost. e 30 co. 3 l. 87/1953.

La *lex scripta*, dunque, non solo non contiene alcun ostacolo alla necessità di modificare il giudicato per adeguare la pena ad una dimensione di legalità, facendo venir meno i perduranti effetti di una norma penale illegittima; ma anzi spinge fortemente l'interprete verso questa direzione, motivandolo a colmare la lacuna nella normativa processuale vigente con tutti i mezzi a propria disposizione, per evitare che si ripeta ancora una volta il paradosso del *summum ius, summa iniuria*, indegno di uno Stato fondato sul rispetto dei diritti fondamentali della persona.

## 7.

Ed allora, a me pare che le Sezioni Unite traccino oggi limpidamente il percorso da seguire anche per il prossimo futuro.

L'ordinario *incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p.* costituisce – ci dicono oggi le Sezioni Unite – la naturale sede processuale in cui fare valere la *sopravvenuta illegittimità del titolo esecutivo nella sua dimensione dinamica di fondamento dell'esecuzione della pena*, e per rimuovere conseguentemente tale illegittimità, riconducendo la pena alla sua dimensione (costituzionalmente) legittima. Operazione questa non prevista espressamente da alcuna norma, ma imposta – così mi pare di poter concludere – dai *principi sottesi all'art. 136, primo comma, Cost. e all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87/1953*, declinati in relazione alle peculiarità delle ipotesi che qui vengono in considerazione<sup>17</sup>.

Contro tale soluzione potrebbe, invero, obiettarsi che, mentre rispetto ai 'fratelli minori' di Scoppola il giudice sarebbe chiamato ad una *operazione automatica* di sostituzione della pena di trent'anni di reclusione a quella dell'ergastolo originariamente inflitta, senza alcuna valutazione discrezionale sulla concreta misura della pena, in tutti i casi problematici di cui ora è discorso occorrerebbe invece procedere a una nuova commisurazione della pena: operazione che esulerebbe dal limitato orizzonte conoscitivo e, conseguentemente, decisionale del giudice

<sup>16</sup> Le considerazioni che seguono, sul punto, sono peraltro in larga parte riprese da ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corr. merito*, n. 5/2011, p. 512 ss., cui si rinvia anche per ogni approfondimento e per gli indispensabili rif. dottr. e giur.

<sup>17</sup> Senza, dunque, alcuna necessità di investire la Corte costituzionale – ad es. – di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 673 c.p.p., come talvolta proposto in dottrina (cfr., per tutti, GAMBARDELLA, *Qualche considerazione*, cit., p. 7).

dell'esecuzione<sup>18</sup>.

A prendere sul serio tale obiezione, e posto che – per le ragioni sin qui sviluppate – non è pensabile rassegnarsi alla prospettiva di continuare a eseguire pene illegittime, occorrerebbe probabilmente immaginare quale possibile rimedio una *questione di legittimità costituzionale* avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p. (e il contiguo art. 631), mirante a introdurre una nuova ipotesi di revisione (parallela a quella introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011) finalizzata questa volta a conferire ad un giudice di cognizione il potere non già – come di consueto – di rivalutare il giudizio di colpevolezza dell'imputato, bensì unicamente di modificare la commisurazione della pena.

Ma ne varrebbe davvero la pena? E' proprio ineluttabile la conclusione che il giudice dell'esecuzione non disponga strutturalmente degli strumenti per rideterminare le pene di cui ora si discute, al punto da dover ipotizzare il ricorso a un rimedio eccezionale, ed estremamente macchinoso, come la revisione del processo, al solo fine di individuare un giudice – e un giudice, di suo, già notoriamente ingolfato di procedimenti come la corte d'appello – in grado di effettuare le valutazioni di merito sottese alla commisurazione della pena?

Riflettiamo. Così come rammentano oggi autorevolmente le Sezioni Unite, non è vero – anzitutto – che il giudice dell'esecuzione non disponga di poteri istruttori, dei quali far uso se necessario: l'art. 666 co. 5 c.p.p. stabilisce, in effetti, che *“il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio”*. Disposizione, questa, che potrebbe rivelarsi preziosa nella rivalutazione – ad es. – dell'effettiva rispondenza all'interesse del minore della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale conseguente alle passate condanne (che immagino essere peraltro essere numericamente assai esigue) per delitti di alterazione o soppressione di stato.

Ma nella stragrande maggioranza delle ipotesi che si presenteranno alla prassi, i giudici dell'esecuzione potranno stare tranquilli: la nuova commisurazione della pena non richiederà alcun particolare adempimento istruttorio, i fattori rilevanti a tal fine risultando quasi certamente dalla stessa sentenza di condanna. Si pensi alle condanne per reati concernenti le sostanze stupefacenti: un giudice esperto sarà in grado di evincere immediatamente dalla mera lettura dei capi di imputazione e dalla motivazione della sentenza *le (poche) variabili che egli stesso, in sede di cognizione, utilizzerebbe per determinare la pena sulla base della normativa oggi in vigore* – natura della sostanza, quantitativo della stessa e principio attivo, unicità o reiterazione della condotta, presenza o assenza di precedenti, e pochissime altre –; e di procedere quindi, senza alcuna difficoltà, alla rideterminazione della pena all'interno del nuovo quadro edittale, nonché alla valutazione relativa alla possibile prevalenza delle attenuanti sulla eventuale recidiva reiterata. Lo stesso vale, fors'anche a maggior ragione, per le ipotesi di ricettazione di particolare tenuità, o ancora di fatti di violenza sessuale e sequestro di persona a scopo di persona di lieve entità, già dalla formulazione del capo di imputazione potendo agevolmente comprendersi se, ad esempio, la privazione di libertà sia durata poche ore con la finalità magari di ottenere il pagamento di un vecchio debito per droga, o si sia invece protratta per mesi o anni con conseguente grave pregiudizio per l'integrità fisica e psichica dell'ostaggio.

Le considerazioni che precedono mostrano, mi pare, quanto siano infondate le preoccupazioni che stanno alla base di una *proposta di soluzione 'compromissoria'*, assistita da un crescente successo nella discussione sulle conseguenze della sentenza n. 32/2014: quello, cioè, di *ricognoscere al giudice dell'esecuzione il potere di incidere sulle pene 'illegittime'* – intendendosi per tali soltanto le pene detentive *superiori ai nuovi massimi edittali* per il fatto di reato corrispondente –, riconducendole alla dimensione 'legittima' rappresentata... dal nuovo massimo edittale<sup>19</sup>. Le preoccupazioni legate all'asserita estraneità all'incidente di esecuzione di valutazioni discrezionali, quali quelle che presiedono alla commisurazione della pena, sono, dicevo, infondate: qualsiasi giudice è in grado di commisurare la pena che *oggi* sarebbe ritenuta di giustizia per un reato concernente gli stupefacenti sulla base delle poche variabili che davvero contano, e che si evincono certamente dal capo di imputazione e dalla sentenza. Ma, quel che più conta, l'*esito*

<sup>18</sup> Su questa difficoltà, cfr. anche MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale*, cit., p. 30 s.

<sup>19</sup> Ritengono *almeno* questa soluzione “doverosa sul piano assiologico (perché il frammento di maggior pena è illegittimo) quanto percorribile sul piano logico (perché si sostituisce con l'attuale massimo)” MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale*, cit., p. 31, riconoscendo tuttavia alla pagina successiva che si tratti di soluzione *inappagante*. Gli AA. esplorano, pertanto, la possibilità di una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 673 c.p.p., ponendo peraltro perspicuamente in luce tutte le difficoltà di una simile opzione.

dell'operazione che si propugna non rende certo un buon servizio ai diritti fondamentali del condannato, che si vedrà costretto a subire senza alcun valida ragione una pena pari al massimo edittale oggi consentito, e dunque una pena con tutta probabilità *sproporzionata* rispetto alla effettiva gravità del fatto commesso, incompatibile come tale con la finalità rieducativa che tale pena dovrebbe connotare. Senza contare i macroscopici profili di diseguaglianza di trattamento rispetto a chi abbia la fortuna di essere giudicato, oggi, per un fatto del tutto identico, per il quale sarà punito con ogni probabilità con una sanzione assai inferiore.

Né mi convincono le proposte di una *riduzione meccanicamente proporzionale della pena* in ragione, ad esempio, del nuovo minimo edittale (secondo lo schema seguente: 7 anni di reclusione inflitti concretamente dal giudice stanno al minimo di 6 anni di reclusione previsti dalla legge Fini-Giovanardi come, oggi, la pena X sta al minimo di 2 anni di reclusione oggi previsto per le droghe 'leggere') ovvero del nuovo massimo. L'insostenibilità di tale approccio si coglie sol che si consideri che la decisione del giudice di cognizione di attenersi al minimo edittale, o di discostarsi di poco da esso, potrebbe essere stata motivata – rispetto a una normativa che, come la Fini-Giovanardi, non distingueva tra droghe 'pesanti' e 'leggere' – proprio dalla natura di droga 'leggera' della sostanza oggetto materiale della condotta; mentre tale circostanza, oggi rilevante già ai fini della determinazione del quadro edittale applicabile, non potrà più essere nuovamente considerata al momento in cui si debba commisurare concretamente la pena all'interno del corrispondente quadro edittale. Si che, ad es., ben potrebbe immaginarsi la rideterminazione della pena per la detenzione di un chilo di marijuana, originariamente fissata in 6 anni di reclusione proprio in considerazione della *tipologia* di droga 'leggera' della sostanza, in quella di 3 o 4 anni di reclusione – e dunque in una misura marcatamente superiore al nuovo minimo edittale – in considerazione della significativa *quantità* della sostanza posseduta.

La fantasia dei pratici potrebbe ulteriormente sbizzarrirsi: ma del tutto inutilmente, posto che a dover essere contestato – in radice – è il presupposto da cui muove la ricerca di soluzioni 'a rime obbligate' per il giudice dell'esecuzione: e cioè la presunta insuperabile refrattarietà dell'incidente di esecuzione a qualunque valutazione discrezionale del giudice in materia di commisurazione della pena. Affermazione, quest'ultima, contraddetta a tacer d'altro dalla disciplina di cui all'art. 671 c.p.p., che consente espressamente al giudice dell'esecuzione non solo di apprezzare la sussistenza di un concorso formale o della continuazione tra più reati giudicati in procedimenti distinti, e di rideterminare conseguentemente (in maniera tutt'altro che meccanica!) la pena complessiva; ma anche di valutare – teoricamente anche sulla base delle prove assunte ai sensi del citato art. 666 co. 5 c.p.p. – se concedere la sospensione condizionale e la non menzione della condanna, nonché di adottare ogni altro provvedimento conseguente.

Perché mai di simili poteri discrezionali il giudice dell'esecuzione non possa far uso anche nei casi ora in discussione, resta per me semplicemente un mistero.

## 8.

Due ultime considerazioni, prima di concludere.

L'intera linea argomentativa qui sviluppata a proposito di "pena illegittima" – nel senso ampio di pena inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, nella sua parte precettiva o sanzionatoria – è funzionale a supportare soltanto modifiche *in melius* del trattamento sanzionatorio in fase esecutiva; non già modifiche *deteriori* per il reo.

La ragione è intuitiva, ma conviene forse esplicitarla per evitare equivoci – nonché affrettate obiezioni di incoerenza logica della tesi. Si tratta, in effetti, della medesima ragione per cui, rispetto ai processi ancora in corso, l'imputato ha diritto all'applicazione della norma dichiarata incostituzionale, nell'ipotesi in cui essa risulti più favorevole di quella che risulta a seguito della dichiarazione di incostituzionalità: e cioè la tutela dell'incolpevole *affidamento* dell'imputato medesimo sulla vigenza della norma, che – ancorché rivelatasi *ex post* invalida – gli *appariva* come valida al momento della condotta. Un trattamento sanzionatorio *più grave* di quello che era stabilito da quella norma era per lui *imprevedibile*, sicché la sua applicazione, poco importa se da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, determinerebbe una violazione del principio di legalità in materia penale, come declinato – in particolare – dall'art. 7 CEDU, come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il condannato, dunque, alla pena di *sei anni* di reclusione per traffico di droghe 'pesanti' potrà pertanto dormire sonni tranquilli, anche se la pena minima per tale reato avrebbe dovuto essere – in base all'art. 73 co. 1 t.u. stup., nella versione "Iervolino-Vassalli", mai validamente

abrogata dalla Fini-Giovanardi – pari a *otto anni* di reclusione. La norma applicata dal giudice della cognizione era, infatti, quella che ragionevolmente appariva in vigore all'epoca dei fatti, e sulla quale egli aveva diritto di riporre un affidamento tutelato dall'ordinamento.

D'altra parte, non è un caso che tutti i casi di modifica del giudicato ad opera del giudice dell'esecuzione disciplinati dal codice di procedura penale concernano modifiche *favorevoli* al condannato: una modifica deteriore per il condannato del trattamento sanzionatorio si porrebbe in via generale in contrasto con un altro diritto fondamentale, quello al *ne bis in idem*, tutelato dall'art. 4 Prot. 7 alla CEDU; e cioè al diritto fondamentale che sta dietro il principio dell'intangibilità del giudicato *a sfavore del reo*, ma che ovviamente non si oppone – proprio in quanto diritto pensato in chiave di tutela del singolo contro la potestà punitiva statale – a modifiche *in melius* del trattamento stesso, come quelle di cui in questa sede si è discusso<sup>20</sup>.

## 9.

*Last but not least*, l'ultima considerazione.

Il prossimo 27 maggio scade il termine fissato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza pilota *Torreggiani c. Italia*, per porre rimedio alla insostenibile di sovraffollamento nelle carceri italiane, che conduce a sistematiche violazioni del diritto dei detenuti a non subire trattamenti inumani e degradanti. Sarebbe davvero un peccato che i giudici italiani non cogliessero l'occasione offerta dalle sentenze della Corte costituzionale di cui sin qui è discusso per fornire il loro contributo – attraverso un'operazione interpretativa comunque imposta da esigenze di tutela di *altri* diritti fondamentali dei condannati – all'adempimento degli obblighi fissati a carico dello Stato italiano dalla Corte europea.

Sono stato a lungo incerto se spendere anche questo argomento, in chiusura di questo breve intervento, essendo ben consapevole delle reazioni di rigetto che esso suscita regolarmente in molti magistrati: svuotare le carceri – questa l'obiezione rivoltami anche in occasione di pubblici dibattiti – è compito del legislatore, non della magistratura; e comunque i giudici non sono autorizzati a piegare l'interpretazione del diritto vigente in funzione del perseguimento di uno scopo, come questo, di natura schiettamente *politica*.

Non posso però che esprimere il mio fermo dissenso rispetto a simili obiezioni: l'obbligo di alleviare la situazione di sovraffollamento delle carceri italiane grava su tutti gli organi e poteri dello Stato italiano, *compresa la magistratura*, alla quale la Corte rivolge del resto l'esplicito invito (§ 95 della sentenza *Torreggiani*) di *“recourir aussi largement que possible aux mesures alternatives à la détention et à réorienter leur politique pénale vers un moindre recours à l'enfermement dans le but, entre autres, de résoudre le problème de la croissance de la population carcérale”*. Ciascuno nell'ambito delle propria competenze, dunque: ma le competenze della magistratura sono, per l'appunto, quelle di interpretare e di applicare il diritto vigente in modo il più possibile conforme agli obblighi di natura internazionale che gravano sul nostro paese, tra i quali si iscrive a pieno titolo quello – fissato dalla Corte europea – di *“risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria”*.

Risolvere il sovraffollamento carcerario è, dunque, un obbligo *giuridico*, che grava *anche* sui giudici, i quali sono oggi chiamati, come tutti, a fare la propria parte: quanto meno non rifuggendo dalla prospettiva di ricondurre a una dimensione legittima pene attualmente in esecuzione palesemente sproporzionate, ed infitte sulla base di leggi incostituzionali.

<sup>20</sup> Cfr. ancora, sul punto, VIGANÒ, *Giudicato penale*, cit., p. 5 s.