

## La “storia infinita” della sentenza costituzionale n. 32/2014\*

*Ricadute della decisione e spunti di riflessione sul giudicato penale e sul principio di legalità della pena*

di Stefano Bissaro\*\*  
(13 luglio 2015)

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. La sentenza costituzionale n. 32/2014 e gli effetti di “prima generazione”: la reviviscenza della normativa previgente. 3. (Segue): gli effetti di “seconda generazione”. 4. La dichiarazione d’illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice e l’art. 30, comma IV, l. 87 del 1953. 5. (Segue): la progressiva erosione del “mito” del giudicato penale. 6. La rideterminazione *in executivis* delle pene divenute illegali a seguito della sentenza costituzionale n. 32/2014. 7. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa

Nella sentenza n. 32/2014, con cui è stata dichiarata l’illegittimità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma I, della legge 21 febbraio 2006, n. 49 (la cd. “Fini-Giovanardi”), la Corte aveva affrontato il tema dell’emendabilità parlamentare del provvedimento d’urgenza licenziato dal Governo ai sensi dell’art. 77, comma II, Cost, sanzionando *“il difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle [...] introdotte nella legge di conversione”*<sup>1</sup>.

Il motivo di censura accolto dalla Corte atteneva, pertanto, come è stato efficacemente osservato, ad un *“profilo di democrazia procedurale, ed agli equilibri istituzionali sottesi alla decretazione d’urgenza, fortemente compromessi*

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.

dall'uso improprio del decreto-legge così come dall'abuso del procedimento di conversione<sup>2</sup>.

Coerentemente con la *ratio decidendi* seguita dalla Corte, i primi commenti si erano concentrati su questioni di respiro squisitamente parlamentare: sulla natura giuridica della legge di conversione, sull'estensione del potere emendativo del Parlamento e sul ruolo delle istituzioni di garanzia di fronte alle storture delle prassi assembleari<sup>3</sup>.

In un simile contesto, il tema delle ricadute pratiche della sentenza n. 32/2014 e, in particolare, il profilo concernente l'incidenza della decisione della Corte sulle statuizioni del giudice penale, è rimasto inizialmente sullo sfondo<sup>4</sup>.

Ben presto, però, in uno con l'esplosione delle istanze di rideterminazione della pena *in executivis* fondate proprio sulla sentenza costituzionale n. 32/2014, si è compreso che la pronuncia *de qua* poteva essere apprezzata, in tutta la sua potenzialità deflagrante, anche (e soprattutto) in relazione alle sue conseguenze applicative.

---

<sup>2</sup> Cfr. V. MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "FINI-GIOVANARDI": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 marzo 2014, p. 2. Gli Autori affermano che sarebbe in ogni caso riduttivo relegare la decisione n. 32/2014 nell'ambito dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento, o magari negli scomparti del "formalismo procedurale", poiché "lo spirito della decisione, [...], attinge infatti alla sostanza stessa della forma di governo parlamentare".

<sup>3</sup> Per un'analisi puntuale del fenomeno storico dell'abuso della decretazione d'urgenza cfr. A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; per una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di emendabilità del decreto-legge in sede di conversione cfr., da ultimo, A. SIMONCINI – E. LONGO, *Dal decreto legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014; quanto alla natura della legge di conversione: in particolare, se essa costituisca una ordinaria manifestazione della funzione legislativa, tale quindi da poter assumere qualsiasi contenuto legislativo, attraverso la "novazione della fonte" delle disposizioni già adottate con decreto-legge; ovvero se essa rappresenti una fonte peculiare dal contenuto limitato, in quanto necessariamente connesso al contenuto del decreto-legge, si veda A. ALBERTI, *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2014; si veda, in relazione all'estensione del potere emendativo del Parlamento nel corso del procedimento di conversione G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. it.*, 2012, 2494; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. Cost.*, 2012, 292 ss.; R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. Cost.*, 2012, 281 ss.; ancora, in merito al ruolo della Corte costituzionale M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 835 ss.

<sup>4</sup> Per una puntuale ricostruzione delle ricadute della sentenza *de qua* si veda UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, *"Rassegna della giurisprudenza di legittimità in materia di stupefacenti dopo gli interventi della Corte costituzionale e le recenti modifiche legislative"*, relazione n. 47/2014, 16 luglio 2014; nello stesso senso, con una particolare attenzione ai profili penalistici cfr. F. VIGANO' – A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2014.

A distanza di più di un anno, l'eco della suddetta declaratoria non si è spento: i giudici penali sono tuttora chiamati a decidere incidenti d'esecuzione ad essa connessi, in un panorama giurisprudenziale tutt'altro che univoco.

Ripercorrere gli snodi fondamentali del *fenomeno giuridico* a cui ha dato origine la sentenza costituzionale n. 32/2014, lungi dall'essere un'attività meramente ricognitiva, può essere dunque utile per comprendere le concrete possibilità di intervento degli operatori giudiziari, e soprattutto, nella prospettiva nel diritto costituzionale, per verificare se (e, nel caso, come) debbano essere ripensati - alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza - i principi costituzionali che regolano la materia penale.

## *2. La sentenza costituzionale n. 32/2014 e gli effetti "di prima generazione": la reviviscenza della normativa previgente*

A ben vedere, peraltro, con la sentenza n. 32/2014, era stata la stessa Corte, dopo aver ampiamente argomentato le ragioni dell'accoglimento, a mostrare una particolare attenzione circa le ricadute della declaratoria d'incostituzionalità, interrogandosi non soltanto in relazione agli effetti cd. "di prima generazione", quali sono quelli immediatamente riscontrabili su piano ordinamentale come risultato diretto della caducazione delle norme impugnate, bensì anche in relazione agli effetti cd. "di seconda generazione", intendendo come tali quelli incidenti sui processi *a quibus* e sulle posizioni soggettive dei singoli individui.

In particolare, quanto al primo aspetto, nella parte conclusiva dell'impianto motivazionale, la Corte aveva stabilito perentoriamente che la disciplina sugli stupefacenti contenuta nel D.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, sarebbe tornata ad applicarsi *"non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo"*.

A tale conclusione, sostenuta con un richiamo espresso ad alcuni propri recenti arresti (sentenze n. 123 del 2011 e n. 361 del 2010<sup>5</sup>), la Corte era pervenuta

---

<sup>5</sup> In particolare sulla sentenza della Corte n. 361 del 2010 si veda A. RUGGERI, *Dalla giurisprudenza di fine anno una opportuna precisazione in tema di disciplina (con legge costituzionale) del sistema delle fonti. (nota a Corte cost. n. 361 del 2010)*, in

affermando l'inidoneità della normativa impugnata, in quanto affetta da un vizio radicale nel suo *iter* formativo, ad innovare l'ordinamento e, quindi, ad abrogare la precedente normativa<sup>6</sup>.

Giova evidenziare che l'effetto normativo della reviviscenza, sulla cui attivazione la Corte non aveva mostrato il minimo dubbio<sup>7</sup>, confortata in tal senso dalla sua più recente giurisprudenza (da ultimo cfr. sentenza n. 5/2014<sup>8</sup>), ancorché giustificato da ragioni d'opportunità e di coerenza sistematica (come si dirà oltre)<sup>9</sup>, non rappresentava una soluzione obbligata all'esito dello scrutinio di costituzionalità.

A questo riguardo, infatti, va rilevato che una parte autorevole della dottrina costituzionalista aveva escluso fenomeni di reviviscenza normativa come conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione

---

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011, e S. CATALANO, *Quando 'inidoneità dell'atto lesivo' significa inammissibilità degli atti regionali aventi forza di legge*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011.

<sup>6</sup> Sul punto deve evidenziarsi che la Corte assimila la situazione in commento a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali la stessa giurisprudenza costituzionale aveva già riconosciuto, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'applicazione della normativa precedente in conseguenza dell'inidoneità dell'atto impugnato a produrre effetti abrogativi (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012). Si veda sul tema F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riseva di legge in materia penale*, in *Studium Iuris*, n. 1/2015.

<sup>7</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. Giur. trecc.*, 1998, 1 ss, il quale fornisce una definizione dell'istituto in commento assai precisa: "nella successione diacronica degli atti normativi, la possibilità di 'ritorno in vita' di una norma la cui efficacia era stata precedentemente limitata, cioè l'evenienza che una norma cronologicamente depotenziata riprenda ad esplicare a pieno i suoi effetti al venir meno del fatto o dell'atto che aveva determinato tale limitazione". Va segnalato, comunque, che in favore della tesi della reviviscenza, travolgendo l'art. 136 Cost. anche l'effetto abrogativo della normativa invalidata, si esprime la prevalente giurisprudenza costituzionale. Discordemente, come si dirà oltre, parte della dottrina afferma il carattere definitivo ed irretrattabile dell'effetto abrogativo. Sul punto si veda M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Monbosco casa editrice, Pavia, 2012, 290 ss. Sull'ammissibilità della reviviscenza di fattispecie incriminatrici illegittimamente abrogate o sostituite, cfr. M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità delle opzioni punitive in malam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 428 ss.

<sup>8</sup> Si veda il commento di M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 febbraio 2014. Sul tema si veda, inoltre, M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte Costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 maggio 2011.

<sup>9</sup> Cfr. G. CENTAMORE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014. Peraltro, la stessa Corte precisa che (cfr. *Considerato in diritto* n. 5) "la materia del traffico illecito di stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. [...] Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel D.P.R. 309/90, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli art. 11 e 117, primo comma, Cost."

abrogatrice, sostenendo, da una parte, la ‘definitività’ e ‘irretrattabilità’ dell’effetto abrogativo, qualificato alla stregua di un ‘rapporto esaurito’, e dall’altra, la natura di mera ‘invalidità’ della legge (dichiarata) incostituzionale, idonea quest’ultima, in ogni caso, a produrre alcuni effetti giuridici, *in primis*, quelli abrogativi<sup>10</sup>.

Pur tuttavia, nel caso di specie, sarebbe stato difficile ipotizzare un approdo diverso da quello seguito dalla Corte, posto che il rimedio del ricorso ai principi generali e all’analogia, strumento ermeneutico utilizzabile per colmare le lacune conseguenti alla mancata reviviscenza della disciplina previgente, si appalesa nella *matière pénale* inidoneo a rispondere adeguatamente alle esigenze da fronteggiare e, in particolare, ad evitare che il principio d’eguaglianza venga compromesso<sup>11</sup>.

Anche a voler tacere di tale circostanza, comunque, nella materia degli stupefacenti esiste un obbligo positivo di penalizzazione di matrice sovranazionale (Decisione – quadro n. 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004), di talché se la Corte non avesse deciso per la ripresa immediata dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel D.P.R. n. 309 del 1990, nella formulazione precedente alla riforma del 2006, avrebbe determinato una violazione del diritto dell’Unione europea che l’Italia – come noto - è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost<sup>12</sup>.

La “riespansione” della disciplina incriminatrice di cui al testo originario dall’art. 73, prevedendo forbici edittali più miti, rispetto a quelle caducate, per gli illeciti concernenti le cd. “droghe leggere” (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni), e, viceversa, più severa per i reati concernenti le cd. “droghe pesanti” (puniti con la pena della

---

<sup>10</sup> Risalente ed illustre dottrina si era già espressa in questo senso: Cfr. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 975 ss; R. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957, I, 248 ss.; F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1971; da ultimo, come descrizione del fenomeno della reviviscenza normativa a seguito del giudizio di incostituzionalità di una norma abrogatrice, si veda, ancora, M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Monbosco casa editrice, Pavia, 2012, 294 ss.

<sup>11</sup> Già A. FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici*, in *Giur. cost.*, 1974, III, 3446, evidenzia, in proposito, che “se si negasse la reviviscenza, la certezza del diritto ed il principio di eguaglianza potrebbero essere [...] compromessi, giacché il vuoto legislativo ed il conseguente ricorso all’analogia o ai principi generali del diritto, facilmente potrebbero dar luogo alla più grande varietà di soluzioni ed a disparità di trattamento in casi analoghi”.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto n. 5*.

reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni), si presentava gravida di implicazioni, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, tanto da indurre la stessa Corte – come si vedrà – ad affrontarne esplicitamente alcuni profili.

### 3. (Segue): gli effetti di “seconda generazione”

Numerose erano infatti le criticità derivanti dalla caducazione dell’impianto punitivo previsto dalla “Fini-Giovanardi”<sup>13</sup>. La prima questione, espressamente trattata dalla Corte, riguardava l’eventualità che dalla sentenza n. 32/2014 potessero derivare effetti *in malam partem*, atteso che le disposizioni contenute nella legge “Iervolino-Vassalli” (in vigore dal 1990 al 2006, ed oggi ripristinate dalla pronuncia in commento) prevedevano per gli illeciti riguardanti le cd. “droghe pesanti” un trattamento sanzionatorio più gravoso. Sul punto, peraltro, la Corte ha cura di ribadire un principio costantemente affermato dalla sua giurisprudenza (sin dalla sentenza n. 148 del 1983), evidenziando che *“gli eventuali effetti in malam partem [...] non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all’art. 25 Cost.) di configurare nuove norme penali, siano esse incriminatrici o sanzionatorie”*<sup>14</sup>.

La possibilità di determinare la formulazione di nuove norme incriminatrici veniva comunque esclusa, nel caso di specie, in maniera categorica dalla Corte, sul presupposto che la decisione in commento – come icasticamente osservato nella motivazione – *“non fa[ceva] altro che rimuovere gli ostacoli derivanti dall’applicazione di una disciplina”* (illegittimamente introdotta) dal legislatore<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. ancora V. MANES – L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “FINI-GIOVANARDI”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *op. cit.*, 23 marzo 2014, p. 21.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto n. 6*. Sulle criticità degli interventi della Corte costituzionale in materia penale, con specifico riferimento al rispetto del principio di legalità sancito all’art. 25, comma II, Cost. cfr. M. D’AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, (a cura di) R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino, 2005, p. 1 ss.

<sup>15</sup> Secondo V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 gennaio 2015, p. 14, tale conclusione non sarebbe condivisibile in quanto la Corte, disponendo la reintroduzione della previgente disciplina, avrebbe, invero, “rosicato un’altra grossa fetta della riserva di legge”.

La Corte, infine, concludeva il suo incedere argomentativo attribuendo al giudice comune un ruolo decisivo nella perimetrazione degli effetti invalidanti della propria decisione, e, in particolare, riconoscendogli il compito di impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale andasse a detrimento della posizione giuridica dei singoli imputati<sup>16</sup>.

Deve evidenziarsi, a tal proposito, benché la sentenza operi un richiamo diretto ai principi sanciti dall'art. 2 c.p., che pare condivisibile la tesi di chi individua nella Costituzione stessa il referente normativo primario del ragionamento seguito dalla Corte<sup>17</sup>. La norma codicistica richiamata, infatti, riguarda un fenomeno, quello della successione di leggi penali nel tempo, ontologicamente diverso dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>18</sup>. Peraltro, il principio di legalità della pena, su cui si innesta il divieto per il giudice comune di infliggere una pena diversa e più grave di quella prevista al momento di commissione del fatto (tale è la sanzione relativa alle cd. "droghe pesanti" risultante all'esito dello scrutinio di costituzionalità) prima ancora che nel codice penale, trova il suo fondamento nell'art. 25, comma II, Cost.

---

<sup>16</sup> Sul punto la scelta della Corte appare coerente con un principio in via di consolidamento nella giurisprudenza costituzionale; si veda, in particolare, Corte cost., n. 28 del 2010, *Considerato in diritto n. 7*, secondo cui: "la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità". Peraltro, già con la sentenza n. 148 del 1983 la Corte aveva precisato che "le questioni inerenti alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale attengono all'interpretazione delle leggi e pertanto devono essere risolte dai giudici ordinari (cfr. le sentenze n. 155 del 1973 e n. 22 del 1975)". Sul punto si veda ancora V. MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "FINI-GIOVANARDI": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., p. 20, ove gli Autori, dopo aver analizzato i precedenti più significativi di questo filone giurisprudenziale, affermano che grazie alla sentenza 32/2014 "il processo di 'protagonizzazione' del giudice *a quo* (e del giudice comune in generale) nella messa a fuoco delle implicazioni scaturenti da dichiarazioni di illegittimità costituzionale segna, se possibile, un'ulteriore tappa".

<sup>17</sup> Così F. VIGANO' – A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2014.

<sup>18</sup> Così letteralmente Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto: "i due istituti, secondo il pacifico insegnamento della Corte costituzionale, 'si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse', l'abrogazione 'operando, come è noto, di regola *ex nunc* e non toccando perciò la validità della norma abrogata fino all'entrata in vigore di quella abrogante', la dichiarazioni di incostituzionalità 'colpendo, al contrario, la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici in corso, con conseguenze invalidanti assimilabili all'annullamento".

Invero, ancor di più che sui procedimenti penali *sub iudice* alla data di pubblicazione della pronuncia<sup>19</sup>, interessano le ricadute sui procedimenti penali conclusi con una sentenza passata in giudicato, avuto riguardo, in particolare, alle potenziali implicazioni di carattere sistematico connesse a tali ipotesi. Non può non evidenziarsi, infine, come sia stata la stessa Corte, limitandosi ad affrontare la questione relativa agli effetti della decisione sui (soli) *imputati*, non considerando la posizione (anche) dei *condannati* in via definitiva, ad aver reso – ad un tempo - difficoltoso e stimolante il lavoro dell'interprete<sup>20</sup>.

#### 4. La dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice e l'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953

La sorte delle condanne irrevocabili pronunciate sulla base di una normativa successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale costituisce un tema complesso dall'evidente natura interdisciplinare<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Va precisato, stante la notevole importanza pratica del rilievo ("la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione" – art. 136 Cost.), che la sentenza *de qua* è stata pubblicata in G.U. n. 11, 1° serie speciale, il 5 marzo del 2014. Si veda, in relazione alle problematiche connesse alla pubblicazione della sentenza costituzionale, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, 2012, 348-349.

<sup>20</sup> Secondo alcuni Autori, così V. MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "FINI-GIOVANARDI": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, op. cit., p. 29, "il riferimento ai soli imputati in effetti potrebbe trovare una esauriente spiegazione nel peculiare profilo trattato dai giudici costituzionali nel punto citato (al *Considerato in diritto* n. 6), quello ovverosia della non ostatività ad un esame nel merito della normativa impugnata di eventuali effetti *in malam partem* derivante dalla decisione della Corte, effetti che, in nessun caso, come è ovvio, potrebbero riguardare coloro che siano già stati condannati in via definitiva".

<sup>21</sup> Autorevole e risalente dottrina ne aveva già evidenziato le numerose criticità: cfr. G. AZZARITI, *L'invalidità della legge per motivi di forma e di sostanza*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 195 si poneva il seguente quesito: "l'errore del giudice che abbia applicato come valida ed efficace una legge di cui più tardi sia stata accertata la incostituzionalità costituisce motivo che possa scuotere l'autorità del giudicato medesimo"; sotto diverso profilo, altra illustre dottrina rimarcava che "i principi costituzionali da cui discendono l'inefficacia sostanziale della legge incostituzionale e l'efficacia *ex tunc* della pronuncia di incostituzionalità non postulano, di per sé, né la caduta, né la necessaria conservazione del giudicato, essendo, rispetto a tale problema, sostanzialmente indifferenti" così V. ONIDA, *Sindacato di costituzionalità e applicazione delle leggi penali*, in *Verona: Palazzo Giuliani*, 1966, p. 356 ss; in relazione specifica al tema dell'incidenza del giudicato costituzionale sul giudicato penale e sulla natura interdisciplinare delle questioni di diritto emergenti in materia cfr. S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. Pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2014, l'Autore

In via preliminare, deve certamente rimarcarsi che la materia penale ha sempre costituito un'eccezione alla tradizionale operatività degli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, non potendosi validamente sostenere, in tale ambito, che le controversie definitivamente ed irretrattabilmente concluse sul piano processuale, mediante una sentenza passata in giudicato, siano sempre e comunque insensibili - come avviene negli altri settori dell'ordinamento - alle pronunce di incostituzionalità<sup>22</sup>.

In considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, stante, di riflesso, la primaria rilevanza dei diritti costituzionali coinvolti, il legislatore ha, infatti, previsto che in taluni casi l'autorità del giudicato penale possa essere scossa al dispiegarsi di quella che è stata opportunamente definita l'*iper-retroattività* della declaratoria d'incostituzionalità, stabilendo, in particolare, all'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953, che "*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è*

---

afferma quanto segue: "se la sentenza d'incostituzionalità che annulli non una norma incriminatrice ma una norma comunque di diritto sostanziale sia potenzialmente idonea ad incidere sul giudicato penale è anzitutto una questione di diritto costituzionale", precisando poi che la stessa questione si presenta con una "natura complessa che chiama in causa a un tempo il diritto costituzionale e il diritto processuale penale". In particolare, sul valore giuridico riconosciuto dai giudici comuni alle sentenze di accoglimento della Corte, aventi ad oggetto singole e specifiche norme penali, si segnala M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolativi in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 254 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 139 del 1984, *Considerato in diritto n. 15*, "le sentenze di accoglimento, in base al disposto dell'art. 136 Cost. confermato dall'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87, operano *ex tunc* perché producono i loro effetti anche sui rapporti sorti anteriormente alla pronuncia di illegittimità sicché, dal giorno successivo alla loro pubblicazione, le norme dichiarate incostituzionali non possono più trovare applicazione (salvo quanto discende dall'art. 25 Cost. per la materia penale). Il principio, che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida. Per rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità (salvo quanto disposto per la materia penale dal cit. art. 30)". In questa prospettiva, non può non evidenziarsi, ancora, che in altri ambiti dell'ordinamento, come quello civile, per esempio, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato "fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa" (cfr. art. 2909 c.c.), ed è, pertanto, insensibile ad una eventuale - e successiva - pronuncia di incostituzionalità. Sul punto cfr. anche Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 17, con cui il massimo consesso penale ha precisato che "a differenza di quanto accade in materia civile [...] in ambito penale la forza della cosa giudicata nasce certamente dall'ovvia necessità di certezza e stabilità giuridica e dalla stessa funzione del giudizio, volto a superare l'incertezza dell'ipotesi formulata dall'accusa a carico dell'imputato per pervenire, secondo le regole del giusto processo, ad un risultato che trasformi la *res iudicanda* in *res iudicata*, ma essa deriva soprattutto dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale". Si vedano al riguardo anche Cass. Pen., Sez. VI, n. 1892 del 2004, Imp. Fontana, e Cass. Pen., Sez. U., n. 34655 del 2005, Imp. Donati.

*stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”.*

A tale norma si deve pacificamente ricondurre l'ipotesi in cui la dichiarazione di illegittimità colpisca l'intera fattispecie oggetto del provvedimento divenuto irrevocabile, atteso che l'art. 673, comma I, c.p.p., concretizzandone e specificandone le conseguenze procedurali<sup>23</sup>, stabilisce - in termini inequivoci - e propriamente nei casi in cui la declaratoria d'incostituzionalità colpisca per intero la norma incriminatrice (oltre che nei casi di espressa *abolitio criminis*), che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza di condanna o il decreto penale *“dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato”*.

Affatto diversa, oltre che lungamente controversa, si appalesa, invece, la *quaestio iuris* della incidenza sul giudicato penale della dichiarazione di incostituzionalità di norme penali sostanziali che, pur non essendo costitutive di autonomi titoli di reato, risultino comunque incidenti sul trattamento sanzionatorio, tra le quali, all'evidenza, devono annoverarsi le disposizioni del D.P.R. 309 del 1990 attinte dalla sentenza costituzionale n. 32/2014.

Giova segnalare, al riguardo, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, per lungo tempo<sup>24</sup>, aveva escluso la sussumibilità entro l'alveo applicativo del succitato art. 30, comma IV, dell'ipotesi in cui la (sopravvenuta) dichiarazione di illegittimità costituzionale avesse inciso su norme sostanziali diverse da quelle incriminatrici, sul presupposto che né l'impianto costituzionale né le specifiche norme della l. 87 del 1953 ostassero alla esecuzione della pena, quando sulla

---

<sup>23</sup> Secondo un orientamento risalente l'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953 doveva ritenersi, per effetto della entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p., implicitamente abrogato “essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera *in radice* la revoca della sentenza di condanna (e, quindi, indefettibilmente anche la cessazione della relativa esecuzione e di tutti gli effetti penali)” cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 27640 del 2012, Imp. Hamrouni, p. 10. Tale prospettiva, come si dirà oltre, è stata radicalmente superata dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 31) sul presupposto che “mentre al disposizione dell'art. 673 c.p.p., prevede che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza di condanna irrevocabile, con cancellazione del *dictum* del giudice della cognizione e, perciò, con incisione diretta sul giudicato, l'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953 esaurisce la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, invalidandone parzialmente il titolo esecutivo, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile (cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012 e n. 96 del 1996).

<sup>24</sup> Si segnala, in particolare, una delle prime pronunce della Suprema Corte in *subiecta materia*, con cui veniva, in effetti, ed in modo perentorio, stabilito che “l'ultimo comma dell'articolo 30 della legge 1 marzo 1953, n. 87, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali” (cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 296 del 1968, Imp. Manenti).

determinazione del trattamento sanzionatorio – cristallizzato dal giudicato – avesse influito una disposizione successivamente dichiarata incostituzionale.

Pertanto, in ossequio a questo risalente orientamento giurisprudenziale, l'ambito di operatività dell'art. 30, comma IV, veniva circoscritto alle sole ipotesi in cui la pronuncia della Corte costituzionale avesse determinato la radicale obliterazione del carattere (penalmente) illecito della condotta tipizzata dal legislatore<sup>25</sup>.

Ai nostri fini, è interessante notare che tale conclusione veniva sostenuta dalla Corte di legittimità principalmente con argomenti di tipo sistematico<sup>26</sup>, per i quali, in particolare, si evidenziava la totale insussistenza di violazioni del principio di eguaglianza in ragione del differente trattamento punitivo riservato, da un lato, alle condotte sanzionate con pronuncia passata in giudicato prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale (di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice) e, dall'altro, alle condotte giudicate in epoca successiva alla pronuncia ablativa del giudice delle leggi.

In questo senso, precisava la Cassazione in numerose pronunce<sup>27</sup>, la *res iudicata* costituisce un fondamento del tutto ragionevole del *discrimen* tra situazioni uguali, onde ritenere il fenomeno della caducazione di una norma penale di tipo sanzionatorio, all'esito di una pronuncia di incostituzionalità emessa dalla Corte costituzionale, analogo a quello della successione di leggi penali nel tempo, e, come tale, riconducibile alla stessa disciplina di cui all'art. 2, comma IV, c.p., la quale, come noto, determina la "doverosa" espiazione di una pena addirittura

---

<sup>25</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 27640 del 2012, Imp. Hamrouni, in particolare laddove la Suprema Corte precisa che "la norma [art. 673 c.p.p.] concerne pacificamente il caso della *abolitio criminis*, cioè della radicale obliterazione del carattere della illiceità penale della condotta, già tipizzata, per effetto della eliminazione di ogni pena relativa. *In claris non fit interpretatio!*".

<sup>26</sup> Meno rilevante, ai fini della presenta ricerca, in quanto di respiro propriamente penalistico, si presenta l'altro (principale) argomento utilizzato dalla Cassazione per il quale, in particolare, "la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna esaurisce l'applicazione di ogni norma penale incidente sul trattamento punitivo, in quanto l'esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel provvedimento che ha irrogato la sanzione, il quale, in virtù dell'efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa l'applicazione della norma definitivamente operata dal giudice". Cfr. ancora Cass. Pen., Sez. I, n. 27640 del 2012, Imp. Hamrouni.

<sup>27</sup> Tra le altre Cass. Pen., Sez. I, n. 1974 del 1970, Imp. Visconti; Cass. Pen., Sez. III, n. 1287 del 1970, Imp. Soranno; Cass. Pen., Sez. III, n. 7522 del 1972, Imp. Confalonieri; Cass. Pen., Sez. III, n. 4611 del 1973, Imp. Sgobba; Cass. Pen., Sez. II, n. 228 del 1976, Imp. De Michele; Cass. Pen., Sez. V, n. 6676 del 1985, Imp. Bossa.

superiore al massimo edittale fissato dalla (precedente) norma oggetto di un (successivo) intervento novellatore<sup>28</sup>.

In tal modo, al netto delle ipotesi tassativamente contemplate dall'art. 673 c.p.p., il giudicato penale veniva considerato alla stregua di un *limite invalicabile* e un *punto di arresto* alla espansione dalla retroattività delle sentenze della Corte costituzionale anche quando queste avessero dichiarato l'illegittimità di norme penali di tipo sanzionatorio.

Tale approdo ermeneutico, di recente contestato da alcune pronunce di legittimità di segno opposto<sup>29</sup>, espressione, come si vedrà oltre, di una mutata sensibilità giuridica<sup>30</sup>, veniva definitivamente superato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 42858 del 2014, nella nota vicenda "Gatto"<sup>31</sup>.

Con questa decisione, difatti, in modo assai puntuale, l'organo nomofilattico ha (ri)tracciato, ed una volta per tutte, i confini della sfera applicativa dell'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953, precisando - attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata della predetta norma - che essa non "*circoscrive in alcun modo, né direttamente né indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla*

---

<sup>28</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, con cui vengono enucleati precisamente tutti gli argomenti utilizzati dal (risalente) orientamento della Cassazione per il quale l'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953 deve riferirsi alla sola ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

<sup>29</sup> Cfr. in particolare Cass. Pen., Sez. I, n. 977 del 2011, Imp. Hauohu, con cui è stato sancito il principio della "non eseguibilità del giudicato di condanna per la parte in cui è riferibile all'applicazione della circostanza aggravante colpita da declaratoria d'illegittimità", muovendo le premesse proprio da una interpretazione estensiva dell'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953; condividendo le stesse valutazioni ermeneutiche cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 19361 del 2012, Imp. Teteh Assic; Cass. Pen., Sez. I, n. 26899 del 2012, Imp. Harizi; Cass. Pen., Sez. I, n. 40464 del 2012, Imp. Kabi.

<sup>30</sup> Parla espressamente di "mutamento culturale" F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. Pen. web*, 2013; evidenza ancora questa evoluzione culturale la stessa Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, p. 18.

<sup>31</sup> Giova precisare, a questo punto, il quesito di diritto sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite, che può essere enunciato nei seguenti termini: "Se, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazioni di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione della pena in sede di esecuzione". A commento di tale pronuncia si veda, *in primis*, S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. Pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2014, ed, inoltre, G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015.

condanna pronunciata 'in applicazione' di una norma penale dichiarata incostituzionale<sup>32</sup>.

Argomentando, anzitutto, che gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità non possono essere paragonati a quelli dello *ius superveniens*, poiché la pronuncia ablativa della Corte costituzionale inficia fin dall'origine la disposizione impugnata<sup>33</sup>. Ed, in effetti, come è stato puntualmente osservato<sup>34</sup>, può ritenersi oramai un dato assodato che le sentenze d'incostituzionalità, riflettendo una patologia nelle vicende della normazione, estirpano la norma annullata dal tessuto ordinamentale non solo determinandone l'inefficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte (così come suggerito dal tenore letterale dell'art. 136 Cost.) ma anche impedendone ogni possibilità di applicazione in sede giudiziaria<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Così letteralmente Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 8. Si veda, ancora, e nel medesimo senso, p. 32 della predetta sentenza: "non sussistendo alcun limite letterale nel testo dell'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953 che escluda dal suo ambito la dichiarazione d'illegittimità di norma sostanziale non incriminatrice, tale disposizione ben può – e perciò deve, al fine di riportare a legalità l'esecuzione della pena – essere interpretata nel senso di consentire l'eliminazione di qualsiasi effetto pregiudizievole derivante da condanna assunta sulla base di una norma non incriminatrice, che abbia avuto incidenza sul trattamento sanzionatorio".

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 1970, *Considerato in diritto 2*, in particolare, laddove la Corte precisa che "la declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte". Tale prospettiva è stata successivamente confermata da Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, "la pronuncia di incostituzionalità – a differenza dell'ordinario intervento normativo – inficia [...] sin dall'origine la disposizione impugnata e pertanto non è in alcun modo omologabile alla vicenda della successione di leggi nel tempo".

<sup>34</sup> Cfr. ancora S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. Pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2014, p. 3.

<sup>35</sup> Diversamente, invece, deve dirsi per quegli effetti "irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati". Al riguardo la Suprema Corte afferma, infatti, quanto segue: "l'aspetto decisivo, che segna invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché l'art. 30 legge n. 87 del 1953 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili, ossia quelli che non possono essere rimossi, perché già "consumati", come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena" (Cass. Pen., Sez. U., 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 29); su questo profilo cfr. da ultimo G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle*

Una norma, dunque, quella oggetto della declaratoria d'incostituzionalità emessa dalla Corte costituzionale, che deve considerarsi *tamquam non fuisset*, e perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi, per cui tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pur parzialmente, sulla base di una normativa (successivamente) dichiarata incostituzionale, devono essere rimossi dall'universo giuridico<sup>36</sup>.

Deve darsi atto che la stessa Corte costituzionale, con sentenza n. 210 del 2013<sup>37</sup>, aveva già affermato, e proprio in base al citato art. 30, comma IV, che il giudicato penale non impedisce di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa sia stata prevista - e, pertanto, condizionata - da una norma di cui (successivamente) sia stata riconosciuta l'illegittimità costituzionale, *rectius* convenzionale<sup>38</sup>.

E' pur vero che, in quell'occasione, la Corte aveva dovuto affrontare il problema di una pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all'esito di un procedimento qualificato dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU, ipotesi *ictu oculi* diversa da quella concernente le pene inflitte sulla base di una normativa interna dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (quale è, per l'appunto, il caso delle sentenze inflitte in forza dei parametri edittali previsti dall'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 in epoca antecedente alla pubblicazione della sentenza n. 32/2014), ciò nonostante, è altrettanto vero che non sussistono valide ragioni, né logiche né giuridiche, per ritenere flessibile e cedevole il giudicato penale (quanto al trattamento sanzionatorio) fondato su norme nazionali

---

*sentenza della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 maggio 2015, p. 34.

<sup>36</sup> Pressoché nei medesimi termini Cass. Pen., Sez. VI, n. 9270 del 2007, Imp. Berlusconi, con cui la Corte di legittimità - ancorché investita di una questione diversa da quella commentata nel presente paragrafo, quale è quella della sentenza d'incostituzionalità di una norma penale di tipo processuale (e non sostanziale) - precisava che in ogni caso "la pronuncia della Corte costituzionale opera come una sentenza di annullamento che determina la radicale cancellazione dall'ordinamento giuridico delle disposizioni dichiarate in contrasto con la Carta costituzionale, a differenza dell'istituto della abrogazione, destinato a produrre effetti solo sulle situazioni insorte successivamente al momento della eliminazione del precetto".

<sup>37</sup> Sull'importanza di questa pronuncia cfr. F. VIGANO – E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota a C. Cost. n. 210/2013)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31 marzo 2014.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 2013, che, in merito al procedimento per la rideterminazione della pena "illegale", precisava che "non è necessaria una riapertura del processo di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata dalla legge. Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione".

violatrici della CEDU e, per contro, intangibile quello fondato su norme dichiarate illegittime per violazione diretta della Costituzione.

Appare, invero, pienamente condivisibile l'impianto argomentativo della sentenza "Gatto" allorché viene precisato che condurrebbe ad un esito paradossale far derivare dalle sentenze di Strasburgo effetti più incidenti e rilevanti rispetto a quelli che derivano dalle sentenze della Corte costituzionale che abbiano accertato l'illegittimità *ex tunc* di una norma su cui si era (precedentemente) fondato il concreto trattamento sanzionatorio inflitto al condannato<sup>39</sup>. Sotto diverso profilo – ad avviso del Supremo Collegio – i principi costituzionali di personalità, proporzionalità e rimproverabilità, desumibili dall'art. 27 Cost.<sup>40</sup>, che regolano l'intervento repressivo penale, non consentono di ritenere costituzionalmente "giusta", e perciò eseguibile una pena (od anche soltanto una frazione di essa), se questa consegue all'applicazione di una norma dichiarata illegittima e, come tale, contraria a Costituzione. L'istanza di legalità della pena, in altre parole, deve ritenersi costantemente *sub iudice*, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, risultando intollerabile che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla Carta fondamentale<sup>41</sup>.

Ad ogni buon conto, giova rimarcare che questa svolta giurisprudenziale è stata indotta – e poi alimentata nel suo realizzarsi concreto – da un generale mutamento di prospettiva che ha determinato il definitivo superamento della concezione tradizionale (e totalizzante<sup>42</sup>) del giudicato penale, in favore della centralità dell'individuo e dei suoi diritti inviolabili<sup>43</sup>, onde ritenere il valore della *res*

---

<sup>39</sup> Così puntualmente Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 35.

<sup>40</sup> In particolare, per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di finalismo rieducativo e principio di proporzione, si segnala il saggio di S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997, p. 135.

<sup>41</sup> Pressoché negli stessi termini Cass. Pen., Sez. U., n. 18821 del 2013, Imp. Ercolano. A commento di questa pronuncia si veda, *ex multis*, M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 maggio 2014, con cui l'Autore abbraccia l'interpretazione estensiva dell'art. 30, comma IV, l. 87 del 1953, operata dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 42858 del 2014 "Gatto".

<sup>42</sup> Evidenza, in particolare, l'attributo "totalizzante" del principio dell'intangibilità del giudicato penale Cass. Pen., Sez. U., 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 17.

<sup>43</sup> Come evidenziato da Cass. Pen., Sez. U., n. 18821 del 2013, Imp. Ercolano, la prassi giurisprudenziale è stata indotta – in presenza di un legislatore pressoché inerte ed "insensibile alle sollecitazioni del giudice sovranazionale in ordine ad una più incisiva tutela dei diritti fondamentali" – ad esplorare inediti sentieri attraverso i quali incidere su vicende definitivamente concluse. Cfr. sul punto P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 aprile 2015, con cui l'Autore sostiene, in particolare, che la

*iudicata* recessivo rispetto al diritto alla libertà personale del condannato (in via definitiva), tutte le volte in cui si accerti che la pena da eseguirsi a carico di quest'ultimo sia stata inflitta sulla base di una norma penale sostanziale dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

##### 5. (Segue): la progressiva erosione del "mito" del giudicato penale

La "flessibilizzazione", o più marcatamente, l'"erosione" del mito del giudicato penale costituisce un fenomeno consolidato nel nostro ordinamento costituzionale, sia nella dimensione giurisprudenziale sia in quella normativa<sup>44</sup>.

Rispetto alla tradizione statutaria, infatti, in cui il giudicato penale assurgeva a simbolo illustre dell'autorità dello Stato e della sua infallibilità punitiva<sup>45</sup>, in forza del quale, peraltro, in piena coerenza con la concezione statutale al tempo dominante, l'interesse *collettivo* (alla certezza dei rapporti giuridici) risultava nettamente prevalente rispetto a qualsivoglia interesse *individuale*<sup>46</sup>, la Costituzione repubblicana ha rappresentato un momento di assoluta discontinuità. Il progressivo diffondersi dei valori costituzionali, che hanno posto in primo piano la necessità di apprestare adeguate tutele ai diritti fondamentali della persona - preminenti questi ultimi rispetto alle esigenze di stabilità e certezza degli esiti dei procedimenti giudiziari - ha via via ridimensionato il mito dell'intangibilità del giudicato penale.

Al riguardo, però, appare forse più corretto, quantomeno con riferimento ai primi anni di vigenza della Carta fondamentale, parlare proprio di "ridimensionamento"

---

"tutela dell'equità processuale e la salvaguardia della legalità penale sono divenuti [...] terreno fertile per sperimentazioni in grado di porre costantemente in crisi il dogma del giudicato".

<sup>44</sup> Utilizza la formula "erosione" del giudicato penale S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2013, p. 5; cfr., inoltre, G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015, p. 11, ove l'Autore rimarca tutte le ipotesi - normativamente previste - per superare il limite del giudicato penale, tra cui, su tutte, la rideterminazione della pena in caso di riconoscimento della continuazione o del concorso formale tra reati (art. 671 c.p.p.).

<sup>45</sup> Cfr. ancora P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., p. 1.

<sup>46</sup> Cfr. sul punto G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015, p. 12.

(in luogo di “superamento” – formula, invece, indicata dalla Sezioni Unite nella più volte citata sentenza “Gatto”<sup>47</sup>) posto che la pervicacia con cui una certa impostazione assolutizzante si è tralaticciamente riproposta, (anche) nel corso degli ultimi decenni, è resa evidente dall’interpretazione restrittiva dell’art. 30, comma IV, l. 87 del 1953 che, come prima osservato (cfr. Cass. Pen, Sez. I, n. 27640 del 2012, Imp. Hamrouni), fino a pochi anni fa, trovava accoglimento nella giurisprudenza della Cassazione. La stessa Corte costituzionale, in alcune occasioni, era sembrata aderire a questo filone interpretativo, sia pur con valutazioni *incidenter tantum*, sul presupposto che le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche richiedono che, una volta esauriti i diversi gradi di giudizio, il processo penale “*si concluda irretrattabilmente restando assorbiti nella definitività della decisioni eventuali vizi in procedendo o in iudicando*”<sup>48</sup>.

Orbene, se rimane condivisibile – oltre che assai evocativa - la metafora del Leone secondo cui così come “*le onde agitate anelano a sfociare nella riposante quiete dell’estuario*”<sup>49</sup>, allo stesso modo il processo penale, ad un certo momento – esperiti tutti i rimedi predisposti a rimuovere le cause di ingiustizia - deve cristallizzarsi nella decisione irrevocabile, maggiormente convincente e pienamente coerente con gli ultimi sviluppi giurisprudenziali appare la tesi sostenuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 1987, in forza della quale viene rimarcato come sia “*l’ordinamento stesso che é tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l’intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino*”<sup>50</sup>.

In linea con questi rilievi, infatti, ed esprimendo una netta connotazione del sistema accertativo penale, ispirato all’effettività della tutela dei diritti inviolabili della persona, il *nuovo* codice di rito del 1988, ed i successivi interventi

---

<sup>47</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 18.

<sup>48</sup> In questi termini, precisamente, Corte cost., sent. n. 136 del 1972 e Corte cost., sent. n. 224 del 1996.

<sup>49</sup> Cfr. G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1956, pp. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, vol. I, 1987, p. 63 ss. Alcuni Autori, peraltro, così G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, cit, p. 1, evidenziano l’assoluta fecondità delle riflessioni del Leone, in particolare, laddove questo illustre interprete sottolineava, già in epoca risalente, l’esigenza di “depurare” l’immutabilità della cosa giudicata “da tutti quegli elementi parossistici e irrazionali, che hanno trasformato questo che doveva essere un istituto a salvaguardia della sicurezza in una specie di castello turrito, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia”.

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 1987, *Considerato in diritto* 6.

novellistici<sup>51</sup>, hanno optato per una formula di giudicato “flessibile”<sup>52</sup>, attraverso espresse ipotesi di correzione *post iudicatum* di specifiche tipologie di errore<sup>53</sup>, riconoscendo così implicitamente che far eseguire una condanna, o una parte di essa, di fronte ad una grave “ingiustizia procedurale”, significhi violare lo spirito della Costituzione, e, nello specifico, il principio di legalità della pena<sup>54</sup>.

Invero, negli ultimi anni, la dilatazione degli spazi di permeabilità del giudicato penale è stata portata ad ulteriori traguardi in conseguenza dell'*osmosi* con il diritto europeo (eurounitario e convenzionale)<sup>55</sup>, fenomeno quest'ultimo che ha contribuito in modo determinante a qualificare l'esigenza di tutela dei diritti della persona come valore costituzionale gerarchicamente sovraordinato rispetto alla salvaguardia della stabilità della cosa giudicata.

Peraltro, l'ineludibile necessità di rimuovere gli effetti *ancora perduranti* della sentenza irrevocabile, di fronte a gravi iniquità procedurali, quali sono certamente le commisurazioni sanzionatorie successivamente invalidate da declaratorie d'incostituzionalità, si fonda, sulla scorta (anche) delle predette “sollecitazioni

---

<sup>51</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, al ricorso straordinario per cassazione (art. 625-*bis* c.p.p.), finalizzato a risolvere il giudicato e a riaprire il processo allorché, a causa di un errore di tipo precettivo (l'“errore di fatto”), sia stato leso il diritto dell'imputato - condannato con sentenza passata in giudicato - alla effettività del giudizio di legittimità. Ed, ancora, all'inedita figura della “rescissione del giudicato” (di cui al nuovo art. 625-*ter* c.p.p. introdotto dalla l. 67/2014) che consente alla Corte di Cassazione, in particolari ipotesi, di revocare la sentenza e disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, travolgendo così il giudicato di condanna.

<sup>52</sup> Sull'opzione codicistica per un giudicato “flessibile” cfr. puntualmente P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., p. 6 ss, “l'impostazione accolta dal legislatore [...] è, insomma, nel senso di considerare l'esigenza di certezza connessa al giudicato recessiva rispetto alla necessità di garantire il rispetto di fondamentali diritti individuali, quali il divieto di *bis in idem* (art. 669 c.p.p.), il principio di legalità penale (art. 671, 672 e 673 c.p.p. e art. 2, comma III, c.p.), il diritto all'effettività del giudizio di legittimità (art. 625-*bis* c.p.p.), il diritto ad essere informati della natura e dei motivi dell'accusa (art. 175, comma II, 670, comma III, e 625-*ter* c.p.p.) e, più in generale, il diritto dell'imputato alla “giustizia sostanziale della decisione”, quante volte emergano *post iudicatum* fatti nuovi in grado di palesare l'erroneità della condanna del soggetto che doveva essere prosciolto (art. 630 e ss. c.p.p.)”.

<sup>53</sup> In questa direzione opera certamente l'istituto della revisione (di cui all'art. 630 c.p.p.) che prevede, al verificarsi di alcune ipotesi tassative, di superare il vincolo del giudicato, sempre che l'errore nel giudizio abbia condotta alla condanna di un soggetto che doveva essere prosciolto”.

<sup>54</sup> Pare, infatti, condivisibile quanto evidenziato in Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 36, “se la legalità si declina soprattutto sul fronte della conformità ai principi costituzionali, far eseguire una condanna, o una parte di essa, su una norma contraria alla Costituzione, e perciò dichiarata invalida dal giudice delle leggi, significa violare il principio di legalità”. Sul principio di legalità della pena si veda per tutti M. D'AMICO, *Art. 27*, in *Commentario alla costituzione* (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 563 ss.

<sup>55</sup> Da ultimo, per una ricostruzione dei principali casi giudiziari con cui l'ordinamento interno si è conformato ai *dicta* provenienti dalle corti sovranazionali P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., p. 4 ss

sovranzionali”<sup>56</sup>, su un argomento diverso, di carattere profondamente costituzionale.

In tutti questi casi, infatti, l’esecuzione della pena deve ritenersi illegittima non solamente sotto il profilo oggettivo, derivando dall’applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo il passaggio in giudicato della sentenza, bensì anche sotto il profilo soggettivo, non potendo, almeno per una parte, essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato imposta dalla previsione dell’art. 27, comma III, Cost<sup>57</sup>.

Ed è propriamente entro tale (mutato) scenario valoriale e giurisprudenziale che deve essere inquadrata la vicenda delle condanne inflitte sulla base dei parametri edittali dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2014.

#### 6. *La rideterminazione in executivis delle pene divenute illegali a seguito della sentenza costituzionale n. 32/2014*

Il problema della rideterminazione di una pena *illegale*, in quanto irrevocabilmente irrogata sulla base di una norma penale sostanziale di tipo sanzionatorio successivamente attinta da una declaratoria d’illegittimità costituzionale, si era già posto in relazione alle pronunce della Corte costituzionale n. 249/2010 e 251/2012<sup>58</sup> nonché, *mutatis mutandis*, alla n. 210 del 2013<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> In questi termini G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015, p. 1.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, p. 5., prosegue le Cassazione in questi termini: “l’illegittimità della pena costituisce un ostacolo al perseguimento di tali obiettivi rieducativi, perché sarà avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere non già determinata dal giudice nell’esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione”.

<sup>58</sup> Cfr. M. DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità della legge “Fini-Giovanardi” e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile. A margine di G.I.P. di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 ottobre 2014, p. 4 ss, “la problematica delle modalità di rideterminazione della pena irrogata con sentenza definitiva era già emersa a seguito delle declaratorie d’incostituzionalità, *in primis*, dell’aggravante della clandestinità (sentenza n. 249 del 2010) e, successivamente, dell’art. 69, comma IV, c.p. (sentenza n. 251 del 2012) con specifico riferimento al divieto di prevalenza dell’attenuante (oggi fattispecie autonoma) del fatto di lieve entità ex art. 73, comma V, D.P.R. 309/90, rispetto alla recidiva di cui all’art. 99, comma IV, c.p.”.

<sup>59</sup> In quel caso - si trattava della ben nota vicenda “Scoppola” - alla pena dichiarata illegittima (ergastolo) si doveva sostituire quella (trent’anni di reclusione) che avrebbe dovuto infliggere il giudice della cognizione se non fosse intervenuta la norma pseudo-interpretativa, poi dichiarata

In quelle occasioni, la Corte aveva ritenuto le norme penali sottoposte al suo giudizio contrarie a singole disposizioni poste a presidio di specifici valori costituzionali, ed, in particolare, nella prima sentenza citata, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p. perché ritenuta frontalmente confliggente con l'art. 3, comma I, Cost.<sup>60</sup>; parimenti, nella seconda, il giudice delle leggi aveva sanzionato il contrasto della norma impugnata con gli artt. 3, 25, comma II e 27, comma III, Cost.<sup>61</sup>; ed ancora, nella terza, la Corte aveva accertato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma I, del decreto-legge n. 341 del 2000, perché in violazione dell'art. 117, comma I, Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU.

Ebbene, non può sfuggire come vi sia, rispetto a questi casi, un'importante nota differenziale che caratterizza in senso peculiare la vicenda delle sentenze di condanna graduate con i parametri edittali dell'art. 73 del D.P.R. 309 del 1990 dichiarati illegittimi dalla sentenza n. 32/20124. E tale divergenza certamente non si è ancora - come pure inizialmente si era sostenuto<sup>62</sup> - alla circostanza che, nella

---

incostituzionale. A commento della vicenda si segnala G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 ottobre 2013. Deve dirsi, inoltre, che le considerazioni svolte nel testo potrebbero essere riferite anche alla sentenza costituzionale n. 68 del 2012, con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 630 c.p. *"nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata [sia] diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità"*, dal momento che, pure in riferimento a tale specifica fattispecie, sono state (e vengono ancora oggi) presentate numerose istanze di rideterminazione della pena *in executivis*, sul presupposto che l'intervento del giudice delle leggi, analogamente ai casi direttamente trattati nel testo, dovrebbe giustificare in ogni caso una "rivalutazione" delle pene irrevocabilmente inflitte ai sensi dell'art. 630 c.p. (nella formulazione precedente alla pronuncia della Corte). Cfr. sul punto S. FINOCCHIARO, *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena. Cass., Sez. I, 4 dicembre 2014 (dep. 10 febbraio 2015), n. 5973, Pres. Giordano, Rel. Cassano, P.M. Romano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 aprile 2015.

<sup>60</sup> A commento della pronuncia si segnala F. RINALDI, *Con il "discriminante" (dell'aggravante di clandestinità) l'"equazione" (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi "matematica"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010.

<sup>61</sup> Con la sentenza n. 251 del 2012 la Corte aveva dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma V, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale".

<sup>62</sup> In questo senso si erano espresse le prime ordinanze emesse dalla giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Milano, Sez. XI pen., 3 aprile 2014, (ord.) Giud. Cotta, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 maggio 2014

decisione qui commentata, la Corte non avesse operato alcun giudizio di contrasto della forbice di pena prevista dalla “Fini-Giovanardi” con valori costituzionali *individuali* (quali, in ipotesi, il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost e di proporzionalità della pena ex art. 27 Cost.), avendo fondato, come già rilevato, la propria conclusione su di un vizio *in procedendo* nell’*iter* formativo della novella del 2006, senza nulla osservare in ordine alla legittimità sostanziale della scelta politico-criminale adottata al tempo dal legislatore<sup>63</sup>.

Ciò che rileva, infatti, al di là dello specifico vizio (sostanziale o procedurale) di volta in volta sanzionato dalla Corte, è la conseguenza normativa - cd. “di prima generazione” - scaturente dalla dichiarazione d’illegittimità costituzionale, consistente quest’ultima, quanto alle precedenti pronunce della Consulta, nell’espunzione dall’ordinamento penale di una singola norma sanzionatoria la cui incidenza sul *quantum* di pena concretamente inflitto al condannato era (ed è tuttora) facilmente individuabile, quanto, invece, alla sentenza n. 32/2014, nell’obliterazione e nell’automatica (ri)espansione di un’intera disciplina punitiva, onde ritenere impossibile ricostruire l’esatta porzione di pena da ritenersi “illegale” all’esito del intervento ablativo della Corte.

Nel caso delle sentenze di condanna emesse (anche) ai sensi dell’art. 61 n. 11-*bis* c.p. (successivamente dichiarato incostituzionale dalla pronuncia n. 249/2010) infatti, il giudice dell’esecuzione, quale soggetto istituzionalmente incaricato della custodia della legalità *post iudicatum*<sup>64</sup>, ben poteva accertare l’aumento di pena che era stato determinato in forza dell’aggravante poi invalidata dalla Corte, e,

---

<sup>63</sup> Cfr. V. MANES – L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “FINI-GIOVANARDI”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, op. cit., p. 2, ove i due Autori evidenziano al riguardo il fatto che con la sentenza n. 32 del 2014 non “è stata censurata [...] la scelta di accompagnare con pene draconiane la “war on drugs”, né l’opzione “politica” di parificare il trattamento sanzionatorio delle droghe pesanti e delle droghe leggere”. Peraltro, deve segnalarsi (pur con le dovute cautele) che autorevole dottrina - in tempi non sospetti – aveva prospettato l’illegittimità costituzionale della normativa in materia di stupefacenti (anche nella formulazione della legge cd. “Russo-Jervolino”, ora riattivata a seguito della sentenza della Corte n. 32 del 2014) proprio *quoad poenam*, ritenendo irragionevolmente eccessivo il minimo edittale dall’art. 73 co. 1 del D.P.R. n. 309 del 1990 previsto nella misura di otto anni di reclusione, cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997, p. 169.

<sup>64</sup> “Il giudice dell’esecuzione è il garante del rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti l’attuazione del comando esecutivo”, in questi termini L. GIORDANO, *Il Giudice dell’esecuzione*, in *Enciclopedia Treccani*, 2014, cfr. inoltre G. CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Giuffrè, 2002.

conseguentemente, attraverso un'applicazione estensiva dall'art. 673, comma I, c.p.p.<sup>65</sup>, revocare solo il segmento di pena divenuto "illegale".

Tuttavia, come anticipato, rispetto a questo sviluppo argomentativo (estendibile anche agli altri due casi prima indicati), l'ipotesi delle condanne irrevocabili in materia di stupefacenti, emesse ai sensi dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, rappresenta una evidente eccezione posto che la comparazione tra le fasce edittali previste dalla normativa dichiarata incostituzionale e quelle previgenti (riattivate per effetto della pronuncia di costituzionalità n. 32/2014) porta a ritenere in ogni caso "illegale" il trattamento sanzionatorio inflitto dal giudice della cognizione sulla base dei parametri previsti dalla "Fini-Giovanardi"<sup>66</sup>, risultando del tutto preclusa ogni attività – *chirurgica* - di segmentazione delle pena a suo tempo irrogata<sup>67</sup>.

Peraltro, deve evidenziarsi che, nei primi tempi, la giurisprudenza di merito si era orientata nel senso di assimilare le condanne *de quibus* a quelle inflitte in forza dell'aggravante di clandestinità, sul presupposto che anche le pene relative agli stupefacenti potessero essere "frazionate", individuando nella sola parte esorbitante i nuovi limiti edittali la quota "illegale", onde, pertanto, ammettere un intervento del giudice dell'esecuzione limitato, circoscritto quest'ultimo alla mera attività "ragionieristica" di riconduzione della pena entro la forbice edittale riattivata all'esito della sentenza n. 32/2014.

---

<sup>65</sup> Come già anticipato l'istituto di cui all'art. 673 c.p.p. disciplina specifiche ipotesi di revoca della sentenza di condanna: esso, infatti, prevede che "*nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti*".

<sup>66</sup> Tale affermazione risulta, a parere di chi scrive, ancor più vera ove si consideri quanto ha recentemente precisato la Suprema Corte (cfr. Cass. Pen. Sez. U., n. 22471 del 2015, Imp. El Mostafa, p. 15) "poiché, in base alla sentenza della Corte costituzionale, la norma affetta da un radicale vizio del procedimento legislativo, da un lato, cessa *ex tunc* di avere efficacia (ai sensi dell'art. 136, primo comma, Cost.), dall'altro, perde anche l'idoneità ad abrogare la disciplina precedente, poiché (e conseguentemente) tale disciplina rivive e deve quindi essere applicata (anche perché più favorevole), ne deriva, inevitabilmente, la illegittimità (originaria, sia pure accertata e dichiarata *ex post*) della determinazione della pena applicata, nel caso concreto, con riferimento alla sanzione prevista dalla norma incostituzionale".

<sup>67</sup> Deve certamente segnalarsi che le valutazioni qui offerte si riferiscono alle (sole) condanne inflitte in relazione alle cd. droghe leggere atteso che, per tali sostanze, l'intervento normativo dichiarato illegittimo "aveva comportato (a differenza di quanto previsto per le altre sostanze) un massiccio incremento dei limiti edittali della sanzione detentiva: il minimo edittale della condotta originaria era stato innalzato da 2 a 6 anni, quello della condotta attenuata da sei mesi a 1 anno; il massimo edittale era stato innalzato da 6 a 20 anni nell'ipotesi ordinaria e da 4 a 6 anni per l'ipotesi attenuata"; cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, p. 7.

Nondimeno, tale modalità aritmetica di rimodulazione delle pena, che risultava, ad avviso della giurisprudenza più prudente, l'unica capace di rispondere all'esigenza di conservazione degli equilibri (già instabili) dell'ordinamento processuale<sup>68</sup>, prestava il fianco a convincenti obiezioni, atteso che, conducendo sempre al medesimo risultato - ovverosia l'irrogazione di una sanzione coincidente con il massimo edittale della legge previgente (cd. "Russo-Jervolino") pari a 6 anni di reclusione – determinava gravi ed ingiustificate disparità di trattamento, in palese contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nel suo specifico corollario del divieto di trattare in modo uguale situazioni in concreto diverse<sup>69</sup>.

Simili rilievi critici potevano essere operati anche in relazione al particolare indirizzo ermeneutico condiviso inizialmente dal Tribunale ambrosiano<sup>70</sup>, a mente del quale la rideterminazione sanzionatoria era da considerarsi necessaria non soltanto nelle ipotesi in cui la pena finale fosse eccedente i 6 anni di reclusione bensì anche quando la pena infine irrogata, pur rientrando nella nuova forbice edittale, fosse stata calcolata (mediante le riduzioni previste nei singoli casi concreti) muovendo da una pena base superiore al massimo edittale (ri)emerso a seguito della sentenza costituzionale n. 32/2014. Per la tesi in parola, pertanto, il giudice dell'esecuzione, una volta ricondotta la sanzione entro l'alveo della legittimità costituzionale, i 6 anni di reclusione, per l'appunto, doveva limitarsi ad apportare le stesse diminuzioni operate dal giudice della cognizione, posto che, sostenevano i giudici milanesi, riproponendo un argomento oggi (forse) non più

---

<sup>68</sup> Sottolinea, in particolare, questo profilo M. DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi" e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile. A margine di G.I.P. di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 ottobre 2014, p. 6, "ulteriore pregio, sotto un profilo prettamente pragmatico, della tesi in parola, è poi costituito dalle conseguenze applicative di detta teoria in termini di alleggerimento del carico giudiziario, atteso che il giudice non dovrà esercitare il proprio potere discrezionale nel rideterminare la pena, ma dovrà emettere un provvedimento vincolato con un evidente risparmio di tempo ed energie". Tale orientamento, peraltro, risulta coerente con la tradizionale giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la pena *illegale* coincide con la sanzione non prevista dall'ordinamento ovvero con la sanzione che, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale (cfr. *ex multis* Cass. Pen., Sez. I, n. 38712 del 2013, Imp. Villirillo).

<sup>69</sup> In questo modo, infatti, fatti caratterizzati da una gravità diversa (diversità questa accertata e cristallizzata nella sentenza irrevocabile) venivano infine puniti con lo stesso *quantum* di pena. Cfr. sul punto ancora M. DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi" e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile. A margine di G.I.P. di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 ottobre 2014, p. 6.

<sup>70</sup> Cfr. Trib. Milano, Sez. XI pen., 3 aprile 2014, (ord.) Giud. Cotta, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 maggio 2014. A commento di questa ordinanza cfr. N. CANZIAN, *Il (superato) limite del giudicato e l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione a fronte dell'incostituzionalità della cornice edittale: prime pronunce a seguito della sent. n. 32/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 maggio 2014.

così persuasivo, “una illimitata possibilità di intervenire sulla valutazione della pena [...] comporterebbe una inaccettabile e arbitraria violazione del giudicato”<sup>71</sup>.

Orbene, deve certamente segnalarsi come il pericolo di un’uniformità di trattamento *quoad poenam* di situazioni sostanziali profondamente diverse tra loro non risultava scongiurato neppure in questa più raffinata elaborazione.

In senso opposto, in quanto orientate ad estendere i poteri discrezionali del giudice dell’esecuzione, si ponevano tutte quelle decisioni di merito che, riconoscendo la legittimità di una totale rivisitazione del giudicato, consentivano la possibilità di giungere ad una (ri)valutazione in punto di gravità del fatto già accertato e, conseguentemente, ad una piena rideterminazione della pena a suo tempo inflitta<sup>72</sup>.

Tale interpretazione, di tipo sostanzialistico<sup>73</sup>, si fondava su un ragionamento piuttosto semplice e lineare: dal presupposto che il giudice della cognizione, nell’esercitare il proprio potere commisurativo ai sensi dell’art. 133 c.p., aveva fatto riferimento a parametri normativi rivelatisi costituzionalmente illegittimi, da cui, pertanto, ritenere sprovvista di copertura *legale* l’intera sanzione, si inferiva la necessità di una nuova valutazione che tenesse conto dei mutamenti intervenuti e della più mite cornice edittale attualmente in vigore.

La permeabilità del giudicato è stata, dunque, affermata o negata nei singoli casi sulla base di una diversa nozione di *illegalità* della pena, interpretata talvolta, così nelle decisioni di merito che avevano adottato un criterio cd. aritmetico, in senso restrittivo, talaltra, invece, come in quelle pronunce di cognizione che avevano aderito all’orientamento cd. sostanzialistico, in senso ben più estensivo<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Così letteralmente Trib. Milano, Sez. XI pen., 3 aprile 2014, (ord.) Giud. Cotta, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 maggio 2014

<sup>72</sup> A questa categoria appartengono tutte quelle decisioni di merito che avevano adottato un criterio cd. sostanzialistico, per il quale il giudice dell’esecuzione doveva assurgere a vero e proprio organo della cognizione legittimato, in quanto tale, a compiere un nuovo accertamento di merito rivalutando il fatto concreto. Cfr. G.I.P. Trib. Pisa, 15 aprile 2014, (ord.) Giud. Bufardeci, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 maggio 2014. Si segnalano, nello stesso senso, le pronunce del G.I.P. presso il Tribunale di Lecce, 10 giugno 2014 (ord.) Giud. Gallo; G.I.P. presso il Tribunale di Rovereto, 17 aprile 2014 (ord.) Giud. Dies e G.I.P. presso il Tribunale di Vicenza, 11 giugno 2014 (ord.) Giud. Morsiani.

<sup>73</sup> Utilizza questa definizione M. DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità della legge “Fini-Giovanardi” e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile. A margine di G.I.P. di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 ottobre 2014, p. 7.

<sup>74</sup> Per completezza deve segnalarsi che alcune decisioni di merito si ponevano in una posizione intermedia rispetto ai modelli descritti. Così le pronunce del G.I.P. Trib. Rovigo, 28 marzo 2014

Rispetto a questo quadro giurisprudenziale di notevole incertezza, il massimo consesso giurisdizionale è intervenuto più volte<sup>75</sup>, recentemente, peraltro, anche a Sezioni Unite<sup>76</sup>, per dipanare i dubbi interpretativi sorti, come visto, in ordine all'esatta definizione del concetto di *illegalità* della pena e del susseguente potere di rideterminazione della sanzione da parte del giudice dell'esecuzione.

Pertanto, in forza di quanto precisato dalla Corte di Cassazione, sembra oggi possibile affermare che il trattamento sanzionatorio inflitto in ipotesi di condotta illecita concernente le cd. "droghe leggere", in un'epoca antecedente alla pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32/2014, deve ritenersi, come - per vero - già evidenziato, in ogni caso "illegale", in quanto modulato su parametri edittali dichiarati illegittimi dalla Corte.

Inoltre, dal momento che l'operazione di commisurazione della pena, codificata agli artt. 132 e 133 c.p., è frutto di una scelta che il giudice della cognizione compie, con discrezionalità guidata, in un ambito legislativamente definito tra il minimo e il massimo edittale, l'intervenuto (e radicale) mutamento di "cornice"

---

(ord.) Giud. Mondaine; G.I.P. Trib. Lecce, 17 giugno 2014 (ord.) Giud. Maritati e G.I.P. Trib. Mantova, 3 giugno 2014 (ord.) Giud. Grimaldi, con cui veniva utilizzato un criterio di rideterminazione cd. aritmetico-proporzionale in forza del quale i singoli aumenti percentuali utilizzati dal giudice della cognizione, rispetto ai parametri edittali invalidati dalla Corte, dovevano essere riprodotti da giudice dell'esecuzione in riferimento alla nuova forbice edittale.

<sup>75</sup> Cfr. in particolare, Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino e Cass. Pen., Sez. VI, n. 1409 del 2015, Imp. Minardi. Per una completa ricostruzione dei differenti orientamenti seguiti *in subiecta materia* dalla giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. Pen., Sez. U., n. 22471 del 2015, Imp. El Mostafa, 13-14.

<sup>76</sup> Ci si riferisce alle quattro decisioni adottate il 27 febbraio 2015 dalle Sezioni Unite Penali che, pur affrontando questioni solo indirettamente collegate al tema *de qua*, hanno offerto alcune significative osservazioni circa la nozione di "illegalità" della pena: in particolare, si veda la n. 22471 del 2015, Imp. El Mostafa, (Rel. Fumo) le cui motivazioni sono state depositate il 28 maggio 2015, che ha enunciato il seguente principio di diritto: "per i delitti previsti dall'art. 73 D.P.R. 9 settembre 1990, n. 309, l'aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle così dette "droghe leggere" deve essere oggetto di specifica rivalutazione da parte dei giudici di merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge 21 febbraio 2006, n. 49 (di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272) e ha determinato, in merito, la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente". Inoltre, una seconda decisione delle Sezioni Unite (Rel. Dott. G. Fidelbo, Imp. Jazouli) – le cui motivazioni ad oggi non sono state depositate – con cui veniva risolta in senso affermativo la seguente questione di diritto: "Se per i delitti previsti dall'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990, la pena applicata con sentenza di "patteggiamento" sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale debba essere rideterminata anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile"; quest'ultima costituisce certamente una questione particolare, riferendosi alla peculiare ipotesi delle sentenze di applicazione pena (per le quali, peraltro, in *executivis* è prevista una disciplina autonoma), pur tuttavia, a parere di chi scrive, la conclusione cui essa perviene consente di confermare i rilievi operati nel testo.

rende necessaria una rivalutazione piena di tale aspetto<sup>77</sup>. Di talché, non essendo mai l'individuazione della pena una operazione neutra, in quanto sempre condizionata dalla pena in astratto prevista<sup>78</sup>, anche in relazione alle sanzioni che risultassero comprese nella nuova forbice di pena, si imporrebbe necessariamente una rideterminazione *in executivis*.

Deve dirsi, però, alla luce degli ultimi arresti di legittimità, che tale attività, ritenuta oggi condivisibilmente "*doverosa ed obbligatoria*"<sup>79</sup>, deve estrinsecarsi con modalità tali da non contraddire le valutazioni di merito già effettuate dal giudice della cognizione in ordine alla sussistenza del fatto e alla valenza delle condotte per le quali è intervenuta l'affermazione di penale responsabilità del condannato. E così, nell'esercizio del potere-dovere di rideterminazione della pena il giudice dell'esecuzione non gode della stessa libertà discrezionale del giudice della cognizione, dovendo procedere nei limiti in cui gli è consentito dalla sentenza divenuta irrevocabile. A ben vedere, come, peraltro, sostenuto più volte dalla giurisprudenza milanese, militano a favore di questa soluzione condivisibili ragioni di carattere sistematico: se, infatti, fosse riconosciuta al giudice dell'esecuzione piena legittimità nel compiere operazioni escluse espressamente in sede di cognizione per ragioni di merito, si sovvertirebbero ruoli e funzioni processuali e si stravolgerebbe *ab imis* il volto stesso del processo penale.

## 7. Riflessioni conclusive

L'analisi del fenomeno giurisprudenziale originato dalla sentenza costituzionale n. 32/2014, ripercorso nelle pagine precedenti, consente di operare alcune osservazioni di carattere generale.

---

<sup>77</sup> Pressoché in questi termini Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, p. 7. Nello stesso senso cfr. anche Cass. Pen., Sez. I, n. 52981 del 2014, Imp. De Simone.

<sup>78</sup> Così il G.I.P. Trib. Rovereto, 17 aprile 2014 (ord.) Giud. Dies, "l'individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai operazione neutra, ma è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicché la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge". Nello stesso senso cfr., da ultimo, Cass. Pen., Sez. U., n. 22471 del 2015, Imp. El Mostafa, p. 17, "la valutazione discrezionale del giudice della pena in concreto da applicare non può prescindere dagli "indicatori astratti" (il minimo e il massimo edittale) che il legislatore gli ha fornito. È nell'ambito di quello spazio sanzionatorio che il giudicante deve compiere la sua valutazione".

<sup>79</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, p. 7.

Anzitutto, è possibile ritenere (oramai) approdo consolidato il principio secondo cui alla sentenza irrevocabile che abbia applicato una norma penale di tipo sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale non possa (più) opporsi l'intangibilità del giudicato.

In tale prospettiva, deve rilevarsi che la conformità della pena alla legalità costituzionale è un'istanza che va considerata costantemente *sub iudice* – anche in fase esecutiva - non essendo tollerabile che uno Stato di diritto assista inerte all'esecuzione di pene *illegali*, in contrasto con i parametri della Carta fondamentale<sup>80</sup>.

Del resto, è pacifico che la sanzione penale in tanto riceve legittimazione, in quanto, nel costituire uno strumento destinato a perseguire scopi socialmente utili, quali, su tutti, la risocializzazione del condannato, rappresenta un riflesso dei principi costituzionali. Delle due l'una, infatti, o la pena risulta provvista di copertura costituzionale per tutta la durata della sua esecuzione ed allora ben si può confidare nell'impianto rieducativo previsto dall'art. 27 Cost., oppure, se *illegale*, perché determinata sulla base di una norma dichiarata incostituzionale dalla Corte dopo il passaggio in giudicato della sentenza, essa costituisce un ostacolo insormontabile al perseguimento degli obiettivi rieducativi, dal momento che sarà avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, essendo determinata non già da un giudice nell'esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione<sup>81</sup>.

Giova, inoltre, e a questo punto, rimarcare che il principio della rieducazione del condannato di cui all'art. 27 Cost. assurge a principale parametro di riferimento per l'autorità giudiziaria procedente, oltre che – ed evidentemente - nella fase della commisurazione giudiziale della sanzione, anche, e soprattutto, nella fase dell'esecuzione della pena. E tale rilievo, però, non può ridursi all'affermazione, di per sé comunque degna di pregio, che il trattamento punitivo debba essere eseguito secondo modalità idonee a consentirne la personalizzazione e con strumenti in grado di prevenire la desocializzazione del condannato<sup>82</sup>, dovendosi,

---

<sup>80</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 2013.

<sup>81</sup> Cfr. ancora Cass. Pen., Sez. I, n. 53019 del 2014, Imp. Schettino, n. 5.

<sup>82</sup> In questi termini G. FIANDACA, *Art. 27 comma III, in Commentario della Costituzione* (a cura di) G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, 1991, p. 263. Si veda sul tema del principio della rieducazione della pena cfr. *ex multis* E. DOLCINI, *La "rieducazione" del condannato, fra mito e realtà*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1979, p. 472.

invero, evidenziare la necessità, al fine della riacquisizione da parte del *reo* della capacità di assumere le norme penali a guida della propria condotta - intesa questa come tensione ultima della giurisdizione penale - che le norme di legge, sulle quali si fonda l'imposizione del comando punitivo, siano conformi alla Costituzione per tutta la durata dell'esecuzione della pena.

Tali considerazioni, peraltro, si calano nel solco di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha via via accresciuto e valorizzato la dimensione della giurisdizione esecutiva<sup>83</sup>, tanto che il giudice dell'esecuzione si trova oggi a ricoprire un ruolo fondamentale nella stessa individualizzazione della pena, con compiti e responsabilità assai maggiori di quelli originariamente prefigurati dal codice di rito<sup>84</sup>.

La Corte di Cassazione, in questo senso, ha più volte rimarcato che al giudice dell'esecuzione devono essere riconosciuti "ampi margini di manovra", non circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma incidenti anche sul contenuto di esso, "allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano"<sup>85</sup>. E che, conseguentemente, l'incidente d'esecuzione costituisce l'unico strumento normativo con cui far valere i vizi di *illegalità* del trattamento sanzionatorio, qualora non siano direttamente riconducibili alle specifiche previsioni disciplinate dal codice di procedura penale, al fine di garantire la permanente conformità alla legge – e alla Costituzione – del fenomeno esecutivo.

Ebbene, tutto ciò vuol dire certamente molto ma forse non ancora abbastanza. Da una parte, infatti, appare pacifica l'asserzione per cui la forza cogente del principio di legalità della pena travalica i limiti del giudicato, dovendosi considerare *illegali* tutte quelle sanzioni sul cui computo abbiano inciso norme sostanziali successivamente dichiarate incostituzionali dalla Corte. Dall'altra, però, rimane ad oggi controverso il tema dei poteri configurati (o configurabili) in capo al giudice

---

<sup>83</sup> Cfr. ancora Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 40. Sul tema della "consacrazione dell'incidente di esecuzione quale rimedio all'illegittimità (lato sensu) della pena" cfr. G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 maggio 2015, p. 32.

<sup>84</sup> Cfr. G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015, p. 27.

<sup>85</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. U., n. 18821 del 2014, Imp. Ercolano.

dell'esecuzione nel pervenire alla rideterminazione di una pena integralmente *illegale* (e non soltanto di una quota di essa), della specie di quelle inflitte ai sensi dell'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990, essendo assai vaga, e, in quanto tale, foriera di interpretazioni divergenti, la formula ermeneutica sinora utilizzata dalla Suprema Corte secondo cui, in tali ipotesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione devono limitarsi a non "*contraddire quelle del giudice della cognizione*"<sup>86</sup>.

\*\* Cultore della materia in diritto costituzionale, Università di Milano.

---

<sup>86</sup> Cfr. ancora una volta Cass. Pen., Sez. U., n. 42858 del 2014, Imp. Gatto, p. 41.