

## Giudicato penale

### Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione

E. Nadia La Rocca

#### La decisione

**Esecuzione penale - Pena - Illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante - Incidente di esecuzione - Revoca parziale della condanna - Ammissibilità** (Cost., art. 136; l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30; C.p.p., art. 673).

*Gli artt. 136 Cost. e 30, co. 3 e co. 4, Legge n. 87 del 1953 (Norme sul funzionamento della Costituzione e della Corte costituzionale), ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima. Spetta, di conseguenza, al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze.*

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 13 gennaio 2012 (c.c. del 27 ottobre 2011)- GIORDANO, *Presidente* - DI TOMASSI, *Relatore* - GALASSO *P.M. (diff.)*- P.M. in proc. Hauohu, ricorrente.

#### Il commento

1. Con la sentenza in commento la Corte di legittimità si è occupata della complicata questione relativa alla sorte delle sentenze di condanna passate in giudicato che avevano applicato la c.d. "aggravante della clandestinità" (art. 61 n. 11 *bis* c.p.) dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 249 del 2010. Le difficoltà interpretative risiedevano nella individuazione dello strumento normativo in grado consentire la riduzione del *quantum* di pena irrogata in applicazione della circostanza dichiarata illegittima, revocando parzialmente la sentenza di condanna.

È, invero, pacifico che, il meccanismo della revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p. è consentito solo «*nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice*», ove per «*norma incriminatrice*» si intende, generalmente, fattispecie che prevede un autonomo titolo di

reato, con esclusione di qualsiasi norma penale che possa, comunque, incidere sulla punibilità o sulla pena.

Più in particolare, quello di cui all'art. 673 c.p.p. rappresenta il mezzo per ottenere quanto stabilito dal Legislatore in tema di successione di leggi penali nel tempo (art. 2, co. 2, c.p., per il quale «*nessuno può esser punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*») ed a proposito degli effetti della declaratoria di incostituzionalità disciplinata dalla Legge n. 83 del 1957 (art. 30, co. 4, secondo cui «*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*»). Ed è proprio sulla scorta della norma appena richiamata che la Suprema Corte risolve, in maniera evolutiva, la questione sottoposta al suo sindacato, superando i limiti della lettera dell'art. 673 c.p.p. e la sua circoscritta applicabilità ai casi di *abolitio criminis* in senso stretto, mantenendone l'interpretazione tradizionale in base alla quale la norma «*non si presta ad essere interpretata nel senso di consentire la scissione del singolo capo d'accusa e la risoluzione del giudicato formale in relazione ad aspetti meramente circostanziali, o sanzionatori, ad esso interni*». Di conseguenza, fermo restando il riferimento dell'art. 673 c.p.p. alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato ed istitutive di specifiche fattispecie incriminatrici, quando la pena costituisca il risultato dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata incostituzionale, al fine di non mantenere condanne illegittime, deve applicarsi direttamente il dettato normativo del suddetto art. 30, Legge n. 83 del 1957, che nei commi 3 e 4 rispettivamente dispone - richiamando il contenuto dell'art. 136 Cost. - che «*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*» e che «*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*». L'art. 30 citato si presta ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell'esecuzione, e cioè quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima, ove il concetto di "norma" può essere inteso in relazione a qualsia-

si tipologia di norma penale sostanziale, senza le limitazioni tipiche e proprie della lettera dell'art. 673 c.p.p.

Al giudice dell'esecuzione, dunque, il compito di [ri]aprire il giudicato -sulla scorta di un potere inedito e non procedimentalizzato- per rimodulare il *quantum* di pena, individuandone la porzione riferibile all'aggravante, ormai senza effetto, e dichiararla non eseguibile.

2. La soluzione adottata dalla Suprema Corte non può che essere condivisa e, soprattutto apprezzata nella parte in cui offre importanti spunti per riflettere sul concetto di "giudicato" e sulla sua, ormai assodata, "tangibilità".

È risaputo: il diritto penale del passato, con i suoi rivolti processuali aveva originato una concezione del giudicato penale caratterizzata da staticità ed irremovibilità, al fine di assicurare la garanzia della certezza dei rapporti giuridici<sup>1</sup>. Tutti valori, questi, a tal punto esaltati e difesi da suscitare fra gli studiosi e gli operatori del diritto una sorta di venerazione per la «sacralità del giudicato»<sup>2</sup>. Non sembra questa la sede opportuna per ripercorrere le tappe di un'evoluzione che ha lentamente abbandonato la rigida visione della cosa giudicata penale. Basti evidenziare che evoluzione c'è stata e che la decisione in commento rappresenta solo l'ultimo passo di un percorso in continua evoluzione e volto a dare il giusto peso alle statuizioni giurisdizionali, mai intangibili e - a quanto pare- spesso suscettibili di ripensamenti, in una molteplicità di situazioni.

Ad oggi il principio dell'irrevocabilità della *res iudicata* deve necessariamente mettere in conto che si possano stabilizzare condizioni di disuguaglianza tra situazioni identiche, conseguenze di errori o valutazioni differenti da parte dei giudici, non più rimediabili con gli ordinari mezzi di impugnazione ordinaria e, talvolta, neanche attraverso la revisione ex artt. 629 e ss. c.p.p.. Ed allora, diviene fondamentale il ruolo del giudice dell'esecuzione che assurge a con-

---

<sup>1</sup> Sulla nozione di «giudicato» si fondava non solo la definitività dell'accertamento («res iudicata pro-  
veritate habetur»), ma anche la certezza per il condannato circa il tipo e la durata della sanzione da subire

<sup>2</sup> Per opportuni approfondimenti sulla concezione del giudicato sacrale e intangibile v. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e Limiti*, Milano, 2009, 5 e ss; LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 167.

trollore della perdurante legalità ed adeguatezza della decisione di merito, pur scongiurando il pericolo di un processo continuo che, attraverso la moltiplicazione dei fenomeni erosivi delle situazioni pregresse, attenui la stabilità di quella che va considerata e difesa come una garanzia precauzionale: la definizione del procedimento e la correlata realizzazione di un interesse dell'ordinamento<sup>3</sup>. Si rende, allora, necessario, ancora una volta, quel delicato bilanciamento tra due opposte esigenze: da una parte, la salvaguardia del giudicato penale, già abbastanza indebolito dalle recenti evoluzioni esegetiche, ma dietro il quale si colloca una serie di interessi – tutti unificabili sotto l'egida della “certezza dei rapporti giuridici” – di indubbio rilievo costituzionale; dall'altro, l'obbligo a carico del giudice di trovare il rimedio a pene illegittime derogando al principio di irrevocabilità del giudicato stesso. Ed infatti, quando l'ingiustizia di una decisione va colta «non già mediante il riesame del materiale di giudizio, bensì mediante nuovi elementi di giudizio», non si scorre pericolo alcuno per la sicurezza giuridica poiché «anzi, questa stessa esigenza si capovolge e si profila... come urgenza di ristabilire la giustizia offesa», mentre «la coscienza sia dei consociati sia degli stessi soggetti più direttamente interessati... non saprebbe accettare di dare prevalenza al giudicato su nuovi elementi atti da soli o congiuntamente ai precedenti a dimostrare la ingiustizia della sentenza irrevocabile»<sup>4</sup>.

3. Preso atto di tali, seppur brevi, ma necessarie, premesse, la questione decisa con la decisione in commento impone inevitabili considerazioni sui meccanismi processuali che l'assetto codicistico pone a disposizione dell'individuo destinatario di una decisione definitiva ma totalmente, o anche solo parzialmente, contrastante con il principio di legalità della pena.

Come risulta pacifico, in ogni ramo dell'ordinamento, non può che considerarsi contrario al principio di ragionevolezza, e cioè ad un fisiologico equilibrio tra sistema legislativo e valori costituzionali, il «permanere di un effetto

---

<sup>3</sup> In senso analogo GAITO, *Impugnazioni e altri controlli verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, 24. V. anche CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 216.

<sup>4</sup> Sono tutte osservazioni, ancora attuali, di LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., 168.

ove giuridicamente annullata la sua premessa»<sup>5</sup>. In tale prospettiva l'art. 673 c.p.p. attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere, preso atto della volontà abrogativa sopravvenuta al giudicato, di revocare la sentenza di condanna o il decreto penale, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adottare i provvedimenti conseguenti, senza in alcun modo poter interferire sulla meritevolezza o meno della volontà abrogatrice. La norma sembra concretizzare le necessarie conseguenze dei principi consacrati nell'art. 2 c.p., nell'art. 7 C.e.d.u. e nell'art. 136 Cost., volendo realizzare quelle esigenze di eguaglianza e ragionevolezza sottese alla retroattività in *bonam partem* della legge penale. Il tutto, però, con dei limiti. Stando all'attuale configurazione dell'art. 673 c.p.p., le decisioni suscettibili di revoca dal giudice dell'esecuzione sono quelle che hanno avuto ad oggetto la cognizione di una norma penale incriminatrice poi dichiarata costituzionalmente illegittima. È risaputo, e la decisione in commento ne costituisce ultimo esempio, che non è possibile, e nemmeno utile, promuovere il procedimento di cui all'art. 673 c.p.p. nel caso di una successione -alla formazione del titolo di condanna- di una normativa sanzionatoria più favorevole<sup>6</sup>. Lo stesso è a dirsi per il caso di introduzione, successiva alla formazione del giudicato, di un'attenuante in precedenza non prevista<sup>7</sup> o dell'abrogazione di un'aggravante già applicata. Di conseguenza, tutte le decisioni di illegittimità costituzionale di norme penali non incriminatrici non sono capaci di scalfire un giudicato definitivo in materia penale. V'è, allora, da chiedersi se l'importanza di un valore come la libertà possa in qualche modo essere suscettibile di valutazioni di colpevolezza che si disinteressano di elementi che, pur non incidendo sulla liceità intrinseca del comportamento -che di per sé rimane illecito- ne modifichino quella estrinseca, e cioè quella parametrata a tutti gli elementi che condizionano la punibilità ed il *quantum* di pena.

---

<sup>5</sup> In tal senso GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. Cost.*, 1996, 892; più di recente v. anche RANALDI, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, in *Giur. It.*, 2007, 727.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 17 marzo 1998, Priolo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 603; Cass., Sez. I, 2 ottobre 1996, Bruno, in *Giust. Pen.*, 1997, 377.

<sup>7</sup> Così Cass., Sez. VI, 8 aprile 1994, De Angelis, in *Riv. Pen.*, 1994, 1232.

La risposta deve fermamente essere negativa. Posta l'esigenza politica di interesse pubblico a conseguire e mantenere stabilità e certezza dei provvedimenti giudiziari, non può sottovalutarsi l'interesse individuale di libertà a non subire limitazioni che sarebbero ingiustificate ed arbitrarie se ancorate a fatti o circostanze che la "Ragion di Stato" non ritenga più socialmente riprovevoli<sup>8</sup>. Non può certo ritenersi ammissibile che il sindacato di costituzionalità in materia penale continui, per espressa disposizione di legge, ad avere come barriera invalicabile, per gli effetti retroattivi delle pronunce d'accoglimento, il giudicato penale, qualora l'incostituzionalità non abbia per oggetto una norma-reato ma altre disposizioni penali sostanziali non necessariamente incriminatrici<sup>9</sup>: le sentenze della Corte costituzionale in materia penale, per originare istanze di giustizia ed equità, non necessariamente devono avere ad oggetto norme-reato, ma anche quell'insieme di disposizioni che, gravitando attorno a quest'ultime, ne modificano la portata e l'incisività, contribuendo a formare e completare l'intero ordinamento penale sostanziale e processuale. È necessaria, invece, una maggiore consapevolezza dell'importanza del valore «libertà personale» al fine di realizzarne una tutela concreta e più ampia di fronte alle molteplici forme e situazioni in cui esso può essere, nel singolo caso giudiziario, messo in pericolo dall'operare di una normativa che, *a posteriori*, si può dimostrare incostituzionale.

Come è stato da tempo evidenziato, «la stabilità della decisione processuale ha ragione d'essere solo fino a quando non si scontri in una superiore ragione di opportunità o necessità sociale»<sup>10</sup>. Tanto la stabilità, quanto l'apertura del giudicato costituiscono la conseguenza di opzioni di sistema e subiscono, in maniera irrimediabile, l'influenza delle concezioni politiche, costituenti riferimento ideale circa il ruolo dello Stato nella società e gli scopi

---

<sup>8</sup> Cfr., DE VERO, *La legge penale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Palazzo, Paliero, Torino, 2011, 1, 50.

<sup>9</sup> In tal senso GIANNOTTI, *Sentenze interpretative e manipolative della Corte costituzionale ed abolitio criminis per incostituzionalità*, in *Giur. It.*, 2002, 4.

<sup>10</sup> Così PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 568.

dell'amministrazione della giustizia<sup>11</sup>. Ne deriva che l'erosione sostitutiva dell'idea di Stato interventista, ed il progressivo consolidamento di una concezione di esso inteso quale mero regolatore di conflitti e custode dell'equilibrio sociale, militano -anche in prospettiva evolutiva - affinché si estendano, diffusamente, le opportunità di rescissione *in bonam partem* del giudicato: infatti, se v'è un'esigenza politica, di interesse pubblico, a conseguire una stabile certezza sul provvedimento giudiziario, v'è, del pari, un interesse individuale di libertà che non deve subire limitazioni ingiustificate e, tanto più, basate su norme incostituzionali<sup>12</sup>.

4. Ebbene. La decisione annotata sembra essersi adeguata a tutto questo, dando atto dei limiti propri dell'art. 673 c.p.p., e rintracciando la possibilità di rimediare alla sopravvenuta arbitrarietà della pena, per declaratoria di illegittimità di una circostanza aggravante, nell'art. 30 della citata Legge n. 87 del 1953 che, più di ogni altra norma, realizza l'intento di eliminare le conseguenze di un provvedimento giurisdizionale che presuppone una norma illegittima attraverso la rescissione *in bonam partem* del giudicato. La soluzione non può che condividersi.

Secondo l'art. 30, co. 3, della Legge n. 87 del 1953, come si è detto, le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla decisione. Viene a crearsi, invero, una situazione giuridica in cui la disposizione di legge dichiarata contraria a Costituzione è priva di una disciplina e non può spiegare alcun effetto. A norma del quarto comma dello stesso art. 30, le sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme in applicazione delle quali siano state pronunciate sentenze irrevocabili di condanna «cessano [di avere] applicazione ed effetti penali. La Corte di cassazione traccia la differenza tra l'art. 30, co. 4, Legge n. 87 del 1953, e l'art. 673 c.p.p., che non risiede soltanto nel riferimento alle norme penali sostanziali o

---

<sup>11</sup> Al riguardo v. RANALDI, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, cit., 728.

<sup>12</sup> In proposito, v. LUPACCHINI, *La risoluzione della cosa giudicata penale tra etica e diritto*, in *Giur. It.*, 1996, I, 102; RANALDI, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, cit., 729.

incriminatrici, ma nel fatto che l'art. 673 stesso, prevedendo che il giudice dell'esecuzione, nel revocare la sentenza di condanna, dichiarare che il fatto non è previsto come reato, limita evidentemente quel riferimento alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato, e cioè norme che non possono ritenersi solo in senso lato incriminatrici, ma che istituiscono specifiche fattispecie incriminatrici. Una limitazione, questa, che, come è stato rilevato nella decisione annotata, non è imposta invece dalla lettera dell'art. 30 citato, che non circoscrive in alcun modo, né direttamente né indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla condanna pronunciata "in applicazione" di una norma penale dichiarata incostituzionale, e che si presta perciò ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell'esecuzione: quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima.

Tale soluzione inconsapevolmente rimarca gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sviluppatasi attorno all'art. 7 C.e.d.u., che sancisce non solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa<sup>13</sup>.

Così rintracciato, in maniera più che apprezzabile, il fondamento sostanziale della non eseguibilità della frazione di pena corrispondente ad una circostanza aggravante costituzionalmente illegittima, non può farsi a meno di evidenziare la carenza sistematica di uno specifico strumento processuale che offra al condannato il potere di adire il giudice dell'esecuzione affinché proceda alla sostanziale rideterminazione della risposta punitiva. Invero, seppure la Corte di legittimità abbia, con la decisione in esame, attribuito al giudice dell'esecuzione tale inedito potere, per eliminare la frazione di pena corrispondente all'aumento in applicazione dell'aggravante illegittima, si tratta di un potere che non trova esplicita disciplina nell'assetto codicistico e v'è da domandarsi se ciascun giudice sia grado di farlo proprio onde evitare tratta-

---

<sup>13</sup> E lo ha rilevato da ultimo C. eur. dir. uomo, Grande Sez., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia. V., in dottrina, GARUTI, *Ergastolo e retroattività delle leggi più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1427; v. anche FONSECA, *Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo: verso nuovi equilibri in executivis*, in *Arch. Pen.*, 2012, 711.



menti contrari ai principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Nel dubbio, deve auspicarsi un intervento del Legislatore che ridefinisca gli ambiti di un giudicato «sempre più provvisorio e sempre meno intangibile»<sup>14</sup> e di una giudice dell'esecuzione con funzione di controllo sulla perdurante legalità ed adeguatezza della decisione di merito.

---

<sup>14</sup> Sono parole di GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, cit., 899.