

ANTICIPAZIONI

GIANRICO RANALDI

Successione di leggi penali in fase esecutiva

La progressiva erosione del giudicato è una tendenza in atto, i cui lineamenti descrivono un “fenomeno trasversale” che si pone tra diritto e processo penale.

In tale contesto -che, in determinate ipotesi, potrebbe segnalare casi ulteriori di rarefazione del principio di legalità- il giudice dell’esecuzione si pone -per l’appunto- quale garante della legalità e legittimità della pena al fine di scongiurare trattamenti sanzionatori discriminatori perché irragionevoli e sproporzionati.

Successions of criminal laws in the executive phase

The progressive erosion of the judged is an undertaking trend, whose liabilities describe a "transversal phenomenon" that is between law and criminal process.

In this context - which, in certain assumptions, it could report further cases of rarefaction of the principle of legality - the execution judge - for the point - as guarantor of the legality and legitimacy of the penalty in order to disjunctive sanctioning treatments because unreasonable and exproportional.

SOMMARIO: 1. Successione di leggi penali, esecuzione e giudicato aperto: le ragioni di un titolo. - 2. La questione controversa: termini essenziali. - 3. (Segue): Ipotesi e soluzioni. - 4. (Segue): le cause di giustificazione - 5. (Segue): Le cause di esclusione della punibilità e la particolare tenuità del fatto. - 6. (Segue): Le norme di diritto processuale a effetto sostanziale e la diminuzione per la scelta del giudizio abbreviato. - 7. Linee di tendenza.

1. Successione di leggi penali, esecuzione e giudicato aperto: le ragioni di un titolo.

Il titolo descrive l’ambito dell’“indagine” ed evoca le questioni problematiche ad essa sottese¹.

In particolare, la “nomenclatura” richiama il disposto dell’art. 2 c.p., rubricato -per l’appunto- «Successione di leggi penali» e ne coglie, considerando la cosmologia degli incidenti esecutivi, i relativi “punti di frizione” ermeneutica².

¹ Il presente contributo è destinato al volume, *Esecuzione e modifiche del giudicato*, curato dal prof. Paolo Trosi di prossima uscita; si ringrazia il curatore per avere autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

² In proposito, tra gli altri, GAMBARELLA, *L’art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1194 ss.; MANES-MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in www.sistemapenale.it; SEVERINO, *VOCE Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. Giur.*, Roma, XXX, 1993, 2 ss.; VASSALLI, *Abolitio criminis e principii costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 377 ss.; VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

Sotto il primo profilo, l'art. 2 c.p. distingue -nel dettare la disciplina della successione nel tempo tra leggi penali- l'abrogazione della legge anteriore³ dalla relativa modificazione e contempla le relative ipotesi, rispettivamente, al 2° ed al 4° comma⁴.

Segnatamente -in caso di abrogazione- in deroga al principio di irretroattività dettato in via generale dall'art. 11 disp. prel. c.c., l'art. 2, 2° co., c.p. sancisce che una legge penale ha sempre effetto retroattivo, mentre -in presenza di una modificazione della legge incriminatrice anteriore- l'art. 2, 4° co., c.p. detta una disciplina meno incisiva⁵.

³ Il fenomeno dell'*abolitio criminis* -a cui va equiparata la depenalizzazione e, quindi, la degradazione dell'illecito penale in illecito amministrativo- si produce qualora una norma incriminatrice sia eliminata dall'ordinamento giuridico: in tal caso, si determina l'espunzione dal catalogo dei reati di una fattispecie astratta, che il legislatore sanzionava penalmente, ponendo fine alla vigenza di una specifica incriminazione. In altri termini, eliminandosi la qualificazione di illiceità penale di un determinato tipo di comportamento, viene meno il precedente giudizio di disvalore astratto. Si distingue tra *abolitio criminis* totale (integrale, radicale) e parziale: nell'*abolitio criminis* totale, l'ipotesi criminosa viene eliminata integralmente dall'ordinamento giuridico, mentre nell'ipotesi di *abolitio criminis* parziale si riscontra la mera successione modificativa tra le norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo, tanto che si circoscrive l'area di punibilità connessa a quella specifica incriminazione ed una o più sottofattispecie astratte non risultano più penalmente rilevanti. Il fenomeno dell'abolizione parziale è regolato, per la porzione dell'incriminazione eliminata dall'art. 2, 2° co., c.p. (leggi - immediato proscioglimento ex art. 129 c.p.p. ovvero, nel caso di condanna passata in giudicato, cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali di essa), mentre, per la parte che continua ad essere vigente è disciplinato dall'art. 2, 4° co., c.p. (leggi - s'applica la disposizione più favorevole alla persona sottoposta a procedimento, purché non sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile e salva l'ipotesi in cui la pena detentiva inflitta debba essere convertita immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 c.p. Il che si verifica, a mente dell'art. 2, 3° co., c.p., «*se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria*»). In proposito, tra gli altri, SCOLETTA, *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie costituzionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, III, Piacenza, 2010, 519 ss.

⁴ Per una ricognizione dei criteri per distinguere tra abolizione e modificazione del reato, con riferimento specifico alle "indicazioni" giurisprudenziali ed alle posizioni dottrinali, v. GAMBARELLA, *Sub art. 2 c.p.*, in *Codice penale*, I, Milano, 2021, 56 ss.

⁵ Per opzione normativa espressa -il riferimento è al disposto dell'art. 2, 5° co., c.p.- le disposizioni dell'art. 2, 2° e 4° co., c.p. non trovano applicazione qualora si tratti di leggi eccezionali o temporanee: infatti, se la nuova legge più favorevole appartiene alla classe delle leggi eccezionali o temporanee, essa non ha efficacia retroattiva. Per conseguenza, non si applicheranno al passato gli effetti favorevoli della legge eccezionale o temporanea che introduca un trattamento più favorevole -sia nel caso di *abolitio criminis*, che nell'ipotesi di mitigazione dell'aspetto sanzionatorio, salvo che la legge temporanea o eccezionale subentri al posto di un'altra legge dello stesso genere, presentando la medesima *ratio* e rispondendo ad una logica di una più organica disciplina della identica peculiare situazione di fatto. Infatti, in tale ipotesi, non c'è alcun motivo che militi a favore della disapplicazione del principio della legge penale favorevole. Così, *ex plurimis*, v. Cass., Sez. I, 28 maggio 2008, -, Rv. 240672. In tema, tra gli altri, v. SEVERINO, *VOCE Successione di leggi penali nel tempo*, cit., 6, secondo cui «*La ratio della pecu-*

Infatti, «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile» (art. 2, 4° co., c.p.p): per conseguenza, la mera modificazione della legge penale non ha effetto sulle condanne definitive, che sono -invece- “travolte” dall’abolizione del reato⁶.

Senonché, se il fondamento del principio di retroattività della norma più favorevole al reo sta nella garanzia del *favor libertatis* -che assicura al cittadino

liare disciplina può trovare una sia pur opinabile spiegazione nelle caratteristiche definitorie delle leggi eccezionali e temporanee: le prime collegano la durata della loro validità al permanere di una situazione eccezionale (ad esempio: guerra, terremoto); le seconde sono fin dalla loro emanazione vincolate ad un termine di cessazione del vigore di esse».

⁶ Per risolvere l’alternativa abrogazione/modificazione del reato sono stati individuati diversi criteri. In proposito, seppur con consapevole autolimitazione, va sottolineato che secondo il criterio del fatto concreto, è ravvisabile una successione modificativa qualora gli accadimenti concreti, che rientravano nell’ambito applicativo della precedente versione della disposizione incriminatrice, risultino ancora penalmente perseguibili alla stregua, per l’appunto, della disposizione più recente. Sul punto, tra gli altri, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 116 ss., il quale rileva che se un fatto concreto costituisce reato sia per la legge precedente che per quella successiva, il fatto continua a costituire reato e dovrà applicarsi la legge più favorevole a mente dell’art. 2, 4° co., c.p. e ciò a prescindere dalla diversità di elementi costitutivi o di *nomen juris* tra i due reati. In tema, in prospettiva critica rispetto al criterio del fatto concreto, v. Cass., Sez. Un., 26 marzo 2003, Giordano, in *Cass. pen.*, 2002, 3310 ss. con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni Unite*, secondo cui «se si optasse per la continuità quando un fatto concreto commesso sotto il vigore della legge abrogata rientra, per aspetti diversi, nella previsione della nuova legge si farebbe di questa un’applicazione retroattiva, in quanto quel fatto verrebbe punito solo per aspetti che prima erano privi di rilevanza penale...». In proposito, in sede ermeneutica, è invalso il criterio discrezionale -tra abolizione e modificazione del reato- fondato sui rapporti strutturali tra fattispecie incriminatrici, attraverso la valorizzazione del criterio della c.d. doppia incriminabilità in astratto. In altri termini, affinché non vi sia una totale abolizione del reato contemplato dalla disposizione formalmente sostituita -ovvero abrogata con la contestuale introduzione di una nuova disposizione che presenti collegamenti con la prima- è doveroso che la fattispecie prevista dalla legge successiva sia punibile anche in base alla legge precedente. Il che si riscontra, di regola, qualora tra le due norme esista un rapporto di specialità, sia nel caso in cui sia speciale la norma successiva, sia nell’ipotesi in cui sia speciale la disposizione precedente: se è la disposizione successiva ad essere speciale, allora potrà ravvisarsi una ipotesi di abolizione parziale perché l’area della punibilità riferibile alla prima risulta circoscritta per effetto dell’espunzione di tutti quei fatti che, pur rientrando nella norma generale *medio tempore* venuta meno, sono privi degli elementi specializzanti. Stando così le cose, il criterio discrezionale -per così dire- ordinario deve essere quello che tende a ricercare un’area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo, senza che occorra rinvenire conferme della continuità attraverso criteri valutativi, come quelli relativi ai beni tutelati e alle modalità di offesa che sovente risultano inidonei a condurre ad approdi interpretativi -per così dire- sicuri. In tal senso, tra le altre, v. Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Maldera, Rv. 258471. Inoltre, v. Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Magera, in *Cass. pen.*, 2008, 898 ss. con nota di GAMBARDILLA, *Nuovi cittadini dell’Unione Europea e abolito criminis parziale dei reati in materia di immigrazione*.

il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello contemplato dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza definitiva di condanna, perlomeno nel caso di modificazione della legge incriminatrice anteriore⁷ - non è a discutersi che esso si ricolleggi, in via mediata, al canone costituzionale di uguaglianza, che vieta ingiustificate disparità di trattamento⁸.

⁷ Il principio di retroattività della legge più favorevole -riconosciuto espressamente dall'art. 2, 2° co., c.p. e -a livello internazionale ed euorunitario- dagli artt. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, dall'art. 7 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v. *infra*) e dall'art. 49 1° co., della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona in vigore il 1° dicembre 2009)- trova fondamento costituzionale nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: infatti, sarebbe irragionevole -e, pertanto, discriminatorio- continuare a punire, soltanto in ragione del diverso *tempus commissi delicti*, un soggetto per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato o, comunque, applicare una pena più severa di quella prevista da una legge entrata in vigore prima del passaggio in giudicato di una sentenza di condanna. In proposito, aver ravvisato il fondamento del principio di specie nell'art. 3 Cost. -invece che nell'art. 25, 2° co., Cost.- ha posto le condizioni affinché il legislatore ordinario potesse contemplare deroghe all'operatività generalizzata di esso, purché necessarie a salvaguardare interessi contrapposti aventi rilievo analogo. In altre parole, il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole ha portata assoluta in quanto «*essenziale strumento di garanzia del cittadino contro arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale*» (così, testualmente, Corte cost., sent. n. 394 del 2006, in *www.giurcost.org*); invece, potrebbe risultare ragionevole, in casi determinati, non applicare una qualsiasi norma più favorevole entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto. Al riguardo, basti pensare all'ipotesi del previo intervento di un giudicato che limita -ai sensi dell'art. 2, 4° co., c.p.- l'applicazione della norma più favorevole nel caso di successione meramente modificativa della disciplina previgente, a garanzia dell'esigenza di economia processuale e del principio di certezza dei rapporti giuridici. In proposito, v. Corte cost., sent. n. 74 del 1980, in *www.giurcost.org*. Sul punto, tra i tanti, anche per gli interessanti spunti, v. PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 199 ss.; DODARO, *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi» di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, 4116 ss.

⁸ Il principio di retroattività della norma penale più favorevole assume rilevanza costituzionale, anche sotto il profilo del vincolo del legislatore ordinario, stabilito dall'art. 117 Cost., al rispetto delle norme comunitarie e degli obblighi internazionali presso i quali il medesimo principio trova pieno riconoscimento. Sul punto, oltre alle decisioni con cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea -in sede di scrutinio delle questioni pregiudiziali concernenti la disciplina dei reati societari, introdotta con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 161, rubricato «*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*» (Corte giust. UE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 2764 ss.)- ha espressamente attribuito alla retroattività della norma penale più favorevole, valore di «*principio generale del diritto comunitario*»- va segnalata la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, che può leggersi in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss. In particolare, con la pronuncia *de qua*, la Corte EDU, disattendendo la giurisprudenza precedente, ha ricondotto, per la prima volta, il principio della retroattività della *lex mitior* all'area di tutela dell'art. 7 CEDU. Infatti, la Corte EDU ha

Infatti, l'abrogazione di una fattispecie di reato -ovvero la sopravvenuta previsione, rispetto ad essa, di un "armamentario" sanzionatorio *mitior*- costituisce il risultato di una rinnovata o diversa valutazione di compatibilità tra la condotta incriminata e l'interesse collettivo⁹; per l'effetto, risulterebbe, in linea di

affermato che irrogare una pena più severa -per la sola ragione che essa era prevista al momento della commissione del fatto- finirebbe per tradursi in un'applicazione *contra reum* della disciplina concernente la successione di leggi penali nel tempo. Il che equivarrebbe a ignorare ogni opzione legislativa favorevole all'imputato, intervenuta prima del giudizio e ad infiggere pene ritenute oramai eccessive. Sul punto, va detto, seppur con autolimitazione, che lo specifico *dictum* della Corte EDU ha determinato conseguenze di rilievo per l'assetto del diritto penale intertemporale, ove si consideri che la riconduzione della retroattività della legge più favorevole all'area delle legalità convenzionale affermata dall'art. 7 CEDU ha determinato la "catalogazione" del principio di specie nel novero dei diritti fondamentali dell'uomo, così come emerge, d'altronde, anche dalla sentenza della Corte costituzionale n.210 del 2013 -che può leggersi in www.giurcost.org- e ha dichiarato, tra l'altro, «*l'illegittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4*». In tema, tra gli altri, sul principio di retroattività della *lex mitior*, v. INSOLERA, MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2764 ss.; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1614 ss.; MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, a cura di G. Vassalli, in *Diritto penale e giustizia costituzionale*, Napoli, 2006, 77 ss.; VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., in www.penalecontemporaneo.it. In proposito, inoltre, v. GAMBARDELLA, *Il «caso Scoppola»: per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2020 ss.; ICHINO, *L'«affaire Scoppola» e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 832 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397 ss.; MUSIO, *Il «caso Scoppola» dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 208 ss.. Con specifico riguardo alle statuizioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 201 del 2013, tra gli altri, v. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, 263 ss.; MARANDOLA, *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, in *Giur. cost.*, 2013, 2915 ss..

⁹ Il principio della retroattività della *lex mitior* è applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura "punitiva". In proposito, v. Corte cost., sent. n. 63 del 2019, in www.giurcost.org, che ha equiparato, superando precedenti decisioni di segno contrario, le sanzioni amministrative di tipo afflittivo a quelle formalmente penali ai fini dell'applicazione del principio di retroattività della *lex mitior*. Nell'occasione, la Corte costituzionale ha affermato che, di regola, laddove la sanzione amministrativa abbia natura punitiva, non vi sia ragione per continuare ad applicarla, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva -e per ciò stesso sproporzionata- rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento; d'altronde, quanto detto varrebbe, salvo che dovessero ritenersi sussistenti ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, di pari rilievo e valore. In tema, tra gli altri, v. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it

principio, *contra tenorem rationis* continuare a punire l'autore di un fatto, che sia oramai tollerato dall'ordinamento giuridico, e anche sanzionarlo assecondando "modi" e "maniere" divenuti *medio tempore* maggiormente sfavorevoli per il reo.

Sotto il secondo profilo, invece, la questione controversa, come si vedrà diffusamente nel prosieguo, sta in ciò che la consolidata fisionomia del giudice dell'esecuzione, quale garante della legalità della pena in fase esecutiva, individua, allo stato, una marcata disarmonia, la cui cifra si coglie nell'equo bilanciamento tra valori di rilievo costituzionale: il riferimento è, da un lato, all'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici presidiata dal giudicato e, dall'altro lato, alla pretesa in favore della (perdurante) legalità del trattamento sanzionatorio, che va considerato *in executivis* costantemente *sub iudice* "non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla... Carta fondamentale"¹⁰.

Infatti, pur a fronte delle differenze esistenti tra i rispettivi istituti¹¹, il legislatore, alla stregua del disposto combinato degli artt. 673 c.p.p.¹² e 30, 4° co., l. 11 marzo 1953, n. 87, ha conferito alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice effetti analoghi a quelli derivanti dal fenomeno dell'*abolitio criminis*, che implica il travolgimento del giudicato (*ex art. 2, 2° co., c.p.*); inoltre, al giudice dell'esecuzione spetta di rimodulare *secundum*

¹⁰ Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, E.S., in *questa Rivista*. Sull'idea concettuale sottesa al giudicato secondo i lineamenti del codice di procedura penale del 1930, v. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, 13 ss.

¹¹ Il succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano materie già regolate da leggi precedenti, e l'abrogazione di una norma per effetto di una norma successiva, sono fenomeni fisiologici dell'ordinamento giuridico, mentre la dichiarazione di illegittimità costituzionale palesa un evento di patologia normativa. Infatti, il primo fenomeno deriva da una rinnovata e diversa valutazione del disvalore penale di un fatto, fondata sull'opportunità politica e sociale, operata dal Parlamento, competente a legiferare in uno Stato democratico di diritto; di contro, la declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma rimasta formalmente in vigore fino alla pubblicazione della sentenza costituzionale, ma sostanzialmente invalida, certifica che quella disposizione normativa mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano, che in quanto Stato costituzionale di diritto implica il primato delle norme costituzionali, che non possono perciò essere violate dal legislatore ordinario. A tali distinte situazioni corrispondono conseguenze diverse: mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova, allo stato, un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno della invalidità. In proposito, tra le altre, a titolo meramente esemplificativo, v. Cass., Sez. Un., 7 luglio 1984, Cunsolo, Rv. 165563; Id., Sez. I, 16 dicembre 1997, Karomi, Rv. 209352.

¹² In tema, tra gli altri, v. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Arch. pen.*, 1997, 61.

constitutionem -ovvero secondo una prospettiva convenzionalmente orientata¹³- la pena inflitta, a fronte della declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina relativa, ai sensi e per gli effetti degli artt. 666 c.p.p. e 30, 4° co., l. 11 marzo 1953, n. 87¹⁴- a cui va attribuito un ambito operativo più esteso rispetto a quello dell'art. 673 c.p.p.¹⁵.

¹³ Sul punto, v. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, cit., in *questa Rivista* -con nota di GAITO, *Giudicato sempre più aperto e composizioni sulla pena*- che -nell'affermare il principio secondo cui «La pena dell'ergastolo inflitta all'esito del giudizio abbreviato richiesto dall'interessato in base all'art. 30, 1° co., lett. b), legge n. 479 del 1999, ma conclusosi nel vigore della successiva e più rigorosa disciplina dettata dall'art. 7, 1° co., d.l. n. 341 del 2000 e in concreto applicata, non può essere ulteriormente eseguita, essendo stata quest'ultima norma ritenuta, successivamente al giudicato, non conforme al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, § 1, C.e.d.u., come interpretato dalla Corte e.d.u., e dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 117, 1° co., Cost.»- ha sancito che spetta al giudice dell'esecuzione «investito del relativo incidente, ad istanza di parte, e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente *legittimità della pena in esecuzione*», sostituire la pena «*incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato*».

¹⁴ In tema, v. Corte cost., sent. n. 68 del 2021, in www.giurcost.org, che -nel dichiarare «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)*»- ha riconosciuto la tangibilità del giudicato applicativo di una sanzione amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima, proseguendo sulla strada dell'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative “punitive” alla stregua dei noti criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU, con la sent. 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36. In tema, v. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in www.sistemapenale.it. Sul concetto di “materia penale” accolto dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tra i tanti, v. BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, CONCOLINO, PRESSACCO, Art. 6, *Diritto a un equo processo*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, p.126 ss.; CHIAVARIO, sub art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 256 ss.; MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017; 3 ss.; al di fuori dei confini nazionali, v. HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2014, p. 373 ss.; EMMERSSON, ASHWORTH, *Human Rights and Criminal Justice*, III, Londra, 2012, 209 ss..

¹⁵ Infatti, l'art. 673 c.p.p. -nel prevedere la revoca della sentenza e del decreto penale di condanna, così come della sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità- evoca, in esclusiva, l'abrogazione o la declaratoria di illegittimità costituzionale della previsione incriminatrice. Sui rapporti tra l'art. 673 c.p.p. e l'art. 2, 2° co., c.p., v. MAZZA, *Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell'esecuzione*, in *Inazione, controlli, esecuzione, Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di C. Fiorio, R. Fonti, M. Montagna, Pisa, 2017, 205, il quale sottolinea che «*l'art. 673 c.p.p. non richiede, a differenza dell'art. 2, comma 2, c.p., che*

Stando così le cose, si ritiene che il meccanismo previsto, rispettivamente, dagli artt. 666, 670 e 673 c.p.p. non possa essere utilmente impiegato per ri-determinare -a mero titolo di esempio- la pena inflitta con pronuncia passata in giudicato, nel caso di modifica migliorativa della cornice edittale del reato ovvero di elisione della capacità di aggravamento -quantitativo o qualitativo- della pena¹⁶ ad opera di specifici elementi -accidentali o accessori- del reato¹⁷.

l'abrogazione della norma incriminatrice sia sopravvenuta alla condanna definitiva o comunque alla commissione del fatto. La portata della disposizione processuale è così ampia da poter riguardare anche l'eventualità in cui l'imputato fosse stato condannato sulla base di una norma penale già abrogata al momento della decisione o della condotta, rappresentando, cioè, un rimedio per palese errore giudiziario». Segnatamente, con riferimento alla questione sottesa alla sentenza della Corte costituzionale, n. 230 del 2021 -che può leggersi in www.giurcost.org- l'autore evidenzia che «se il giudice di cognizione non si fosse avveduto della già intervenuta abrogazione tacita della norma incriminatrice o anche se consapevolmente non avesse ritenuto di ravvisare nella successione di leggi il fenomeno dell'abrogazione tacita, sarebbe comunque spettato al giudice dell'esecuzione rimediare all'errore reso palese dall'orientamento della Cassazione nel frattempo consolidatosi, senza che il dato cronologico potesse modificare in alcun modo i contorni della questione rappresentata dal semplice riconoscimento, sia pure tardivo, dell'abrogazione tacita».

¹⁶ Cass., Sez. I, 24 febbraio 2012, Teth Assic, Rv. 253338, che ha individuato l'incidente di esecuzione quale rimedio processuale elettivo per rimuovere parzialmente il giudicato formatosi sulla sentenza di condanna nel caso di dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità oggetto della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2010 (che può leggersi in www.giurcost.org).

¹⁷ Al riguardo, testualmente, v. Corte cost., sent. n. 2 del 2022, in [giurcost.org](http://www.giurcost.org) che, nel dichiarare «non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 670 del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 10, 13, 25, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 5, paragrafi 1, lettera a), e 4, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)» -“a margine” di una vicenda procedimentale che prese le mosse da una richiesta con cui il condannato «ha chiesto testualmente il „rifacimento del processo e lo scalaggio dei due anni dal cumulo n. 773/18 SIEP finché non avrò un giusto processo dal Trib. dei minori”- ha argomentato significativamente, nel senso che «il codice di procedura penale prevede vari rimedi che consentono di superare il giudicato penale, e che la recente giurisprudenza di legittimità ne ha significativamente esteso in via pretoria l'ambito di applicazione: ad esempio ammettendo la revoca di una condanna pronunciata sulla base di una disposizione penale giudicata incompatibile con il diritto dell'Unione europea dalla Corte di giustizia (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 aprile 2012, n. 14276) ovvero di una condanna fondata su una norma incriminatrice già abrogata al momento della pronuncia della sentenza passata in giudicato (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 ottobre 2015-23 giugno 2016, n. 26259), nonché la rideterminazione della pena nel caso di sopravvenienza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarativa di una violazione convenzionale relativa al quantum della pena inflitta (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 24 ottobre 2013-7 maggio 2014, n. 18821) ovvero nel caso di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della comminatoria edittale (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 maggio 2014, n. 42858). Tuttavia, nessuno di tali rimedi è funzionale a rilevare, in sede esecutiva, errores in procedendo e relative nullità verificatesi durante il processo: siano state esse allegare e discusse dalle parti durante il processo stesso, ovvero rilevate per la prima volta dopo la formazione del giudicato». Con specifico riguardo

Quanto sin qui accennato, d'altronde, fa da *pendant* con una constatazione ulteriore: il riferimento è al valore, oramai radicato anche in sede ermeneutica giurisprudenziale¹⁸, della flessibilità del giudicato che s'è (im)posto -al contempo- a protezione delle prerogative individuali e dei diritti fondamentali e che tende a rimuovere, alla stregua dei *nova* sopravvenuti alla relativa formazione, le condizioni di iniquità eventualmente determinatesi¹⁹.

In proposito, didascalicamente, va detto, che il titolo III, rubricato «Attribuzione degli organi giurisdizionali», del decimo libro del codice di procedura penale (artt. 665-676 c.p.p.) contempla una nutrita serie di poteri del giudice dell'esecuzione²⁰, più o meno incidenti sul giudicato, e delinea un quadro di insieme di interventi giurisdizionali, al contempo, «composito ed eterogeneo»²¹: il riferimento è ai poteri riconosciuti al giudice titolare della funzione giurisdizionale esecutiva -rispettivamente- di carattere selettivo (art. 669 c.p.p.), sospensivo (art. 670 c.p.p.), ricostruttivo (art. 671 c.p.p., 188 disp. att.

alla decisione *de qua*, per gli interessanti spunti di riflessione, anche in chiave evolutiva, v. CAIANIELLO-MUREDEN, *In nome di una ingiustizia non (ancora) riparata*, in www.sistemapenale.it

¹⁸ In proposito, però, non mancano autorevoli considerazioni critiche riguardo allo scenario derivante dalla ricostruzione in discorso. Sul punto, v. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. bras. der. proc. pen.*, 2018, 4, 1059 ss.; CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 973 ss.

¹⁹ In tema, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. TROISI, *Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it

²⁰ In proposito, tra gli altri, GUARDATA, *Sub art. 665 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, VI, coord. da M. Chiavario, 520, secondo cui il Capo I del Titolo III del Libro X del codice di rito, dopo aver dettato le regole di individuazione del giudice dell'esecuzione (art. 665 c.p.p.) e fissato le scadenze del relativo procedimento (art. 666 c.p.p.), ne tratteggia le competenze in maniera comunque non esaustiva posto che, «*come espressamente affermato nell'art. 676, il giudice ha una competenza generale e residuale nella materia dell'esecuzione*». In particolare, rispetto al codice di procedura penale del 1930, «*la novità di maggior rilievo è rappresentata dall'applicazione, (anche) in sede esecutiva, della disciplina del concorso formale e del reato continuato (art. 671); mentre la competenza in ordine alla pluralità di condanne per lo stesso fatto è trasferita dalla Corte di Cassazione al giudice dell'esecuzione (art. 669)*»; a ciò si aggiunga che sono «*legislativamente disciplinate materie che in precedenza avevano trovato regolamentazione prevalentemente giurisprudenziale, come i rapporti fra questione sulla validità del titolo esecutivo e impugnazione (art. 670), la revoca delle condanne per fatti non più costituenti reato (art. 673), la dichiarazione di falsità documentali non dichiarate in sede di cognizione (art. 675)*».

²¹ In tal senso, VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, cit., 6, la quale sottolinea che, al di là dei considerevoli ambiti di intervento sul giudicato di condanna riconosciuti al giudice dell'esecuzione dal legislatore tecnico delegato, «*è per via giurisprudenziale che si sono ricavati ulteriori spazi dove si accredita il valore relativo del giudicato: sensibile alle esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, permeabile alle istanze di giustizia sostanziale processuale, recessivo rispetto ai tradizionali obiettivi di certezza e stabilità del decimum*».

c.p.p.)²², modificativo (artt. 672, 676 c.p.p.), risolutivo (art. 673 c.p.p.), complementare e supplente (artt. 674, 675 c.p.p.) e di conversione (art. 2, 3° comma, c.p. in relazione all'art. 666 c.p.p.)²³.

S'aggiunga che la profilassi *post rem iudicatam* contro gli errori giudiziari s'è arricchita, tanto per via ermeneutica, che per opzione legislativa, di ulteriori opportunità, indicative di una concezione rinnovata del rapporto tra Stato-giurisdizione e prerogative individuali²⁴: si ha riguardo, a titolo esemplificativo, alla previsione, rispetto all'impostazione originaria del Codice Vassalli, di due ulteriori mezzi straordinari di impugnazione, il ricorso straordinario per errore materiale e di fatto *ex art. 625-bis* c.p.p. (introdotto dalla l. 26 agosto 2001, n. 128)²⁵ e la rescissione del giudicato *ex art. 629-bis* c.p.p. (contemplata, dap-

²² In tema, per gli spunti sempre attuali, GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 991 ss.; VARRASO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, 10 ss.

²³ In tema, tra gli altri, VIGONI, *Gli interventi sul giudicato nella fase esecutiva*, in *Procedura penale esecutiva*, a cura di M. Ceresa Castaldo, Torino, 2020, 161 ss..

²⁴ In proposito, anche per gli opportuni richiami dottrinali, tra gli altri, v. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, VI, a cura di L. Kalb, in *Trattato di procedura penale*, VI, a diretto da G. Spangher, 2009, 12.

²⁵ Il ricorso straordinario per cassazione, che venne introdotto nell'ordinamento italiano su "sollecitazione" della Corte costituzionale -il riferimento è alla sentenza n. 395 del 2000, che può leggersi in *Cass. pen.*, 2000, p. 393- è stato concepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un rimedio eccezionale finalizzato a far valere esclusivamente gli errori percettivi nei quali incorra la Corte di cassazione in una decisione che perfezioni la fattispecie del giudicato di condanna. Sennonché, negli ultimi anni, in sede ermeneutica giurisprudenziale, s'è verificata la trasformazione del ricorso in un rimedio sempre meno eccezionale, tanto che il relativo ambito applicativo s'è esteso: infatti, da un lato, la nozione di "condannato" ora ricomprende il condannato agli effetti civili e il destinatario di una sentenza di annullamento con rinvio, limitatamente ai punti che attengono al profilo sanzionatorio; dall'altro lato, si è consolidato l'utilizzo del ricorso straordinario quale strumento volto a porre rimedio a *errores in procedendo* o *in iudicando* verificatisi nel giudizio di legittimità e che abbiano caratteristiche tali da determinare -secondo la Corte EDU- una violazione della CEDU. In altri termini, la fisionomia invalsa dello specifico rimedio giuridico processuale è tale che esso vale oramai quale *passepoutout* di cui valersi quando risulta necessario garantire i diritti inviolabili della persona, sacrificando il rigore delle forme alle esigenze insopprimibili della verità e della giustizia reale. In tema, tra le altre, v. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2002, Basile, Rv. 221281; Id., Sez. Un., 27 marzo 2002, De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 2002, 2617; Id., Sez. Un., 21 giugno 2012, Marani, in *Cass. pen.*, 2013, 2592; Id., Sez. Un., 21 giugno 2012, Brunetto, in *Cass. pen.*, 2013, 2600; Id., Sez. Un., 21 luglio 2016, Nunziata, Rv. 269790. Rispetto al tema dei rimedi giuridici processuali, in chiave sistematica, v. GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da A. Gaito, Torino, 1998, 19 ss.; MARAFIOTTI, VOCE *Correzione ed integrazione dei provvedimenti del giudice*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 2 ss. Sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, v. CAPONE, *Ricorso straordinario per errore di fatto*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2004, 7 ss.; CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura P. Gaeta, Padova, 2001, 196

prima, dalla l. 28 aprile 2014, n. 67 e, successivamente, modificata dalla l. 23 giugno 2017, n. 103)²⁶.

ss.; DIDI, *Il ricorso straordinario per errore di fatto. Stato della questione*, in *Giust. pen.*, 2002, I, 26 ss.; GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005, 176 ss.; MAZZA, *Il ricorso straordinario per errore di fatto: un quarto grado di giustizia occasionale?*, in *Cass. pen.*, 2003, 3213; ROMEO, *Passato e futuro per gli errori di fatto incorsi nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 3488 nonché, solo volendo, RANALDI, *Il ricorso straordinario per cassazione: ambiti operativi e rapporti con i rimedi esperibili in executivis*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 159 ss. Sull'obbligo conformativo alle decisioni della Corte EDU, v. GIUNCHEDI, *Il giudice nazionale tra sistemi multilivello ed interpretazione conforme (a proposito del caso Drassich)*, in *Giur. It.*, 2014, 177 ss.; KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, *ivi.*, 2009, 2514; LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.collane.unito.it; QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Corte di cassazione 'inaugura' la fase rescissoria*, in *Cass. pen.*, 2010, 2622. In proposito, solo volendo, tra gli altri, v. RANALDI, *Efficacia delle sentenze della Corte E.D.U. e rimedi interni: verso una restitutio in integrum (dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo)*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito-D. Chinnici, Torino, 2016, 27 ss.

²⁶ In proposito, sul rapporto funzionale corrente tra rescissione del giudicato ed incidente di esecuzione, v. Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, Lovric, in *questa Rivista*, secondo cui «*Il condannato con sentenza pronunciata in assenza che intenda eccepire nullità assolute ed insanabili, derivanti dall'omessa citazione in giudizio propria e/o del proprio difensore nel procedimento di cognizione, non può adire il giudice dell'esecuzione per richiedere ai sensi dell'art. 670 c.p.p. in relazione ai detti vizi, la declaratoria della illegittimità del titolo di condanna e la sua non esecutività. Può, invece, proporre richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 629-bis c.p.p., allegando l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che possa essere derivata dalle indicate nullità.*

La richiesta formulata dal condannato perché sia dichiarata la non esecutività della sentenza ai sensi dell'art. 670 c.p.p. in ragione di nullità che abbiano riguardato la citazione a giudizio nel procedimento di cognizione, non è riqualificabile come richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 568, comma 5, c.p.p.». Con riferimento alla specifica pronuncia, v. QUATTROCOLO, *Actio finium regundorum tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*, in www.sistemapenale.it Sulla rescissione del giudicato, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, 160 ss.; CHIMICI, *Art. 625 ter: la rescissione del giudicato*, in *Le nuove riforme della giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova, 2014, 327 ss. QUATTROCOLO, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in *Sistema penale*, 3, 2021, pp. 5 ss.; SPAGNOLO, *Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine*, in *Leg. pen.*, 2014, 643. In tema, tra gli altri, solo volendo, RANALDI, *La rescissione del giudicato: esegesi di una norma imperfetta*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 1, 123. Inoltre, in una prospettiva più generale, occorre far riferimento anche all'ampliato concetto di «*prove nuove*» in materia di revisione delineato in sede giurisprudenziale (Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Cass. pen.* 2002, 1952) ed alla c.d. revisione europea (*id est*, la riapertura dei processi, conclusi con la definitiva adozione di una sentenza di condanna o di un decreto penale, per i quali la Corte EDU abbia sancito l'iniquità per contrasto con i dettami dell'art. 6 CEDU, ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848), introdotta per effetto di Corte cost., sent. n. 113 del 2011, in *Giur. cost.* 2011, 1523, che ha di-

Senmonché, l'erosione graduale dell'intangibilità del giudicato ha avuto una ulteriore accelerazione a fronte della necessità di dare esecuzione all'obbligo di ripristinare i diritti del condannato, lesi da violazioni delle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁷.

Infatti, molteplici sono gli esempi nei quali s'è reso imprescindibile adeguare le pronunce dei giudici nazionali alle norme della succitata Carta internazionale dei diritti, nell'interpretazione datane dalla Corte EDU, tanto che si è ritenuto di poter superare il principio della intangibilità del giudicato, anche al di fuori delle ipotesi previste dal codice di rito.

In proposito, pare oggettivamente indicativa della segnalata tendenza -che è ermeneutica ed ha stringenti riflessi operativi- la sentenza additiva di principio n. 113 del 2011 della Corte costituzionale²⁸, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. -rubricato «Casi di revisione»- nella parte in cui non prevede una diversa ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al

chiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., rubricato «*Casi di revisione*», nella parte in cui non ha previsto un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, «quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo». Sul punto, in maniera esemplare, v. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, 481 ss., secondo cui «*la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea*».

²⁷ Sul punto, tra gli altri, GIANNITI, *L'incidenza delle sentenze della Corte EDU sul sistema*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2013, 393 ss.

²⁸ In proposito, v. *supra* nota 25. Inoltre, va rilevato, perciò che nello specifico interessa, che l'art. 1, 13^o co., lett. o, l. 27 settembre 2021, n. 134 -rubricata «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*» (c.d. Riforma Cartabia), prevede che il legislatore tecnico delegato, in sede di adozione dei decreti legislativi «*recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di appello, di ricorso per cassazione e di impugnazioni straordinarie*» dovrà rispettare, tra gli altri, i seguenti principi e criteri direttivi: «*introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo; coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale*».

fine di conseguire la riapertura del processo, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU²⁹.

2. *La questione controversa: termini essenziali*

La progressiva affermazione del canone dell'apertura del giudicato penale -in chiara contrapposizione con la tradizionale tesi della stabilità e intangibilità di esso³⁰- ha ampliato il novero delle iniziative, a sfondo garantistico, utilmente azionabili *in executivis*.

Infatti, la specifica tendenza punta a soddisfare l'esigenza di assicurare congrua tutela ai diritti di libertà individuale³¹ ogniqualvolta il provvedimento de-

²⁹ Così, Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit., in *questa Rivista*.

³⁰ In proposito, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, in *questa Rivista*, secondo cui «*La concezione tradizionale del giudicato ha dominato incontrastata per decenni nella giurisprudenza e nella cultura giuridica penalistica, influenzate dall'affermato ed egemone primato del potere statale su qualsiasi diritto della persona; ha cominciato a essere posta in discussione con la proclamazione dei diritti fondamentali, che ha dato l'avvio ad una mutazione del fondamento e della stessa forza della cosa giudicata. La Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale... a differenza di quanto accade in materia civile, dove "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto di legge tra le parti, i loro eredi o aventi causa"* (art. 2909 cod. civ.), con ciò assicurando certezza e stabilità dei rapporti patrimoniali- 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 (Sez. 6, n. 1892 del 18/11/2004, dep. 2005, Fontana, Rv. 230760; Sez. U., n. 34655 del 28/06/2005, Donati, Rv. 231799-231800), impedendo la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto e imponendo al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, se, nonostante tale divieto, viene di nuovo iniziato procedimento penale».

³¹ In tema, tra le altre, v. Corte cost., sent. n. 210 del 2013, cit., in www.giurcost.org, alla cui stregua, per un verso «*il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici...non è estraneo*» alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, per un altro verso l'ordinamento nazionale «*conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato... nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo: "per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'abolitio criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra*

finitivo potrebbe valere quale matrice per trattamenti discriminatori ed arbitrari in danno del condannato³².

In altri termini, la “recessione” del giudicato assicura una profilassi, che si palesa doverosa, avverso qualsivoglia punizione che risulti ingiusta, sia a fronte di un vizio genetico che “affligga” il *dictum* irrevocabile, che a causa di una “sopravvenienza” che “falsifichi” la perdurante legittimità del trattamento sanzionatorio in corso di esecuzione³³.

Stando così le cose, se l’obiettivo a cui occorre tendere è, in ogni caso, la tutela dei diritti fondamentali, non è a discutersi che l’esigenza di natura politica connessa alla stabilità del giudicato³⁴ debba recedere dinanzi al diritto alla libertà personale, qualora ricorrano determinate condizioni che ne rendano *ab imis* ingiustificata -ovvero sproporzionata- la perdurante compressione.

Infatti, l’accentuazione del carattere relativo dell’irretrattabilità dell’accertamento contenuto nel provvedimento non più impugnabile costituisce eco di un ordinamento che -cosciente della propria fallibilità- prefigura -pur non mancando fibrillazioni di sistema³⁵- una “successione” di rimedi processuali al fine precipuo di rimuovere le pronunzie che non facciano giusta applicazione del diritto obiettivo³⁶.

*una sufficiente ragione giustificativa” (sentenza n. 236 del 2011). Il legislatore a fronte dell’abolitio criminis non ha ravvisato tale ragione giustificativa e ha previsto la revoca della sentenza (art. 673 cod. proc. pen.), disponendo che devono cessare l’esecuzione della condanna e gli effetti penali (art. 2, secondo comma, cod. pen.); analogamente ha stabilito che “Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135” (art. 2, terzo comma, cod. pen.)». Riguardo alla specifica decisione ed alle relative implicazioni, tra gli altri, v. MAZZA, *Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell’esecuzione*, cit., 203 ss.*

³² Sul concetto di garanzie e di garantismo penale, v. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, Napoli, 2014, 3.

³³ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, cit., in *questa Rivista*.

³⁴ In tema, per la sempre attuale chiave di metodo, v. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1956, 175.

³⁵ Sul punto, per i molteplici spunti problematici, tra gli altri, v. LAVARINI, *L’incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme “pretorie” e mancate riforme legislative*, in *questa Rivista*.

³⁶ In proposito, tra gli altri, v. TRANCHINA, VOCE *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XX, 1970, 700 ss., secondo cui le regole con le quali il legislatore disciplina i modi e le forme del processo tendono ad assicurare che la sequela procedimentale tipica sia idonea ad assicurare l’adozione di una “decisione giusta” «che faccia giusta applicazione del diritto obiettivo». Analogamente, v. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., 173 ss. Sulle differenze ontologiche che corrono tra la cosa giudicata penale e civile, tra gli altri, v. CORBI-NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, Torino, 2003, 19 ss.

In altri termini, l'apertura del giudicato³⁷ subisce l'influenza, inevitabile, delle concezioni politiche dominanti in ordine al ruolo dello Stato nella società ed agli scopi dell'amministrazione della giustizia³⁸: infatti, a fronte di un'esigenza politica, di interesse pubblico, a conseguire stabilità regolatoria da un provvedimento giudiziario non più impugnabile³⁹ -poiché il perpetuarsi dell'instabilità creerebbe una situazione "insalubre" per il sistema inteso nel suo complesso- v'è un interesse di libertà, che è comunque meta-individuale, che non può subire limitazioni che risultino *contra tenorem rationis* in quanto sproporzionate e prive di qualsivoglia razionale giustificazione⁴⁰.

Pertanto, se al giusto processo deve fare da *pendant* una decisione giusta e se ad una fase cognitiva -ossequiosa delle garanzie processuali contemplate nella Carta costituzionale e nelle Carte internazionali dei diritti- deve associarsi l'esecuzione leale⁴¹, allora l'apertura del giudicato indica il fenomeno che assicura la conformità al diritto obiettivo anche delle pronunce che siano oramai dotate dell'autorità della cosa giudicata. Il che rende -seppur in linea di principio- difficilmente sostenibili preclusioni aprioristiche e dogmatiche all'estensione delle opportunità di rimozione *in executivis* delle ingiustizie decisorie⁴².

³⁷ Il riferimento è alla possibilità di rimuovere gli "effetti limite" connessi al giudicato, in conseguenza dell'emersione di sopravvenienze dimostrate (leggi- prove nuove ovvero non valutate nel corso del giudizio), regolamentari (leggi- *abolitio criminis* ovvero declaratoria di illegittimità costituzionale di fattispecie incriminatrici e/o di elementi circostanziali che abbiamo inciso sul trattamento sanzionatorio ovvero ricognizione che il giudicato, quanto al trattamento sanzionatorio, sia fondato su norme nazionali violatrici della CEDU), della percezione di errori di fatto nella formazione del convincimento del Supremo Collegio ovvero della constatata invalida costituzione del rapporto processuale nel processo *in absentia*. In proposito, ancora, v. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., 178, il quale rileva, tra l'altro, che il riesame di una causa definita con il giudicato «sulla base degli elementi che furono oggetto di precedente giudizio... significherebbe lo scardinamento della funzione giurisdizionale», che «deriverebbe più dalla possibilità di conflitto dei giudicati...che dalla generica possibilità di riesame della causa definita col giudicato: una conseguenza di tal genere... toccherebbe... la stessa giustificazione della giurisdizione».

³⁸ In tema, per i sempre attuali spunti, v. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 45; DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, in *Inazione, controlli, esecuzione, Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di C. Fiorio, R. Fonti, M. Montagna, Pisa, 2017, 179.

³⁹ DE LUCA, VOCE *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1.

⁴⁰ In proposito, v. LUPACCHINI, *La risoluzione della cosa giudicata penale tra etica e diritto*, in *Giur. it.* 1996, I, 102; inoltre, acutamente, v. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 568, il quale rilevò che «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».

⁴¹ Sull'esecuzione leale e la relativa idea concettuale, solo volendo, v. RANALDI, *L'esecuzione leale*, in *Esecuzione Penale*, a cura di A. Gaito, G. Ranaldi, Milano, 2016, 3 ss.

⁴² In proposito, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, Della Fazio, in *questa Rivista*, ove si legge che, in tema di giudicato, «non può che richiamarsi l'evoluzione che l'istituto ha subito nel tempo. Da una sostanziale

Ciò posto, onde scongiurare equivoci, va sottolineato che l'ordinamento è "indisponibile" ad interpolazioni e rivisitazioni generalizzate concernenti l'accertamento del fatto tipico (condotta e presupposti del reato, nesso di causalità, evento, oggetto materiale) e la colpevolezza del reo (imputabilità, dolo/colpa, conoscibilità del precetto penale violato, assenza di cause di esclusione della colpevolezza), non mancando -invece- "aperture" rispetto al tema dell'antigiuridicità penale e, quindi, delle cause di giustificazione⁴³.

In particolare, il "compromesso" invalso tende a salvaguardare, al contempo, l'esigenza di scongiurare che ogni ipotesi (difensiva o accusatoria) si risolva in un "focolaio cronico" e la possibilità di consentire interventi giurisdizionali che assicurino la sempre attuale conferenza del trattamento sanzionatorio allo scopo rieducativo costituzionalmente imposto ed alle "rinnovate" valutazioni che abbia compiuto il legislatore.

intangibilità prevista dal codice Rocco -vista come un simbolo dell'affermazione dell'autorità dello Stato e dell'infallibilità delle decisioni pronunziate in suo nome- il giudicato ha, negli ultimi decenni, via via perso queste caratteristiche venendo a costituire un'importante finalità che il processo deve perseguire e che consenta, ove possibile, di evitare il prolungamento ingiustificato dei contenziosi giudiziari in tutti i rami del diritto e non solo nel settore penale. Ma da principio assoluto di tutela dell'autorità dello Stato (totalitario) si è passati ad un principio che assolve per un verso ad una funzione pratica di razionalità dell'ordinamento (i giudizi devono terminare prima possibile e quindi vanno previsti mezzi che impediscano la loro indefinita pendenza) e, per altro verso, svolge la funzione di assicurare l'osservanza di un principio costituzionale (la ragionevole durata del processo: art. 111 Cost., comma 2) che peraltro coincide con la ragione pratica. Questa finalità (i processi devono concludersi in tempi ragionevoli e con decisioni nei limiti del possibile immutabili) non è però più individuata come lo scopo unico e indefettibile della giurisdizione e, soprattutto, lo strumento che ne consente il perseguimento può trovare deroghe significative ove la sua inderogabilità si ponga in contrasto con il rispetto di principi della persona ugualmente meritevoli di tutela». Inoltre, «il principio dell'intangibilità del giudicato non ha trovato, neppure come previsione di una riserva di legge, alcun riconoscimento nella Costituzione (salvo, implicitamente e parzialmente, nell'art. 27, comma 2 - che non consente di considerare colpevole l'imputato prima di una condanna definitiva - e forse nel rifiuto, parimenti implicito e tutt'altro che condiviso, della possibilità di una reformatio in pejus di un giudicato sulla responsabilità). Anzi i vari casi di attenuazione del suo valore si riferiscono proprio a ipotesi di prevalenza dei principi costituzionali sulla disciplina normativa che rende non modificabili le sentenze sulle quali si è formato il giudicato. Perché, in definitiva, si tratta di conciliare due interessi tra di loro contrastanti ma meritevoli entrambi di tutela che certamente, anche quando non espressamente menzionati (il primo di essi), hanno comunque un fondamento costituzionale: la certezza dei rapporti giuridici e la tutela dei diritti fondamentali della persona (non solo quelli dell'imputato bensì anche quelli della persona offesa e delle altre parti non pubbliche del processo)...».

⁴³ Nel senso che rientri tra le attribuzioni del giudice dell'esecuzione il potere di verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione retroattiva di una scriminante ai sensi dell'art. 2, 2° co., c.p., purché specificamente allegati dall'istante, tra le altre, v. Cass., Sez. I, 30 settembre 2020, A.S., Rv. 280649-01.

Lo “stato dell'arte” è, quindi, ancora nel senso che al giudice dell'esecuzione debba ritenersi preclusa ogni valutazione rispetto ai profili suddetti (fatto tipico/colpevolezza)⁴⁴, tanto che non competerebbe ad esso «alcuno spazio, sul piano probatorio, per instaurare una fase di assunzione di prove dirette a modificare quanto, in punto di accertamento sul fatto materiale e sulla responsabilità, è ormai un dato precostituito, fissato com'è in sentenze divenute irrevocabili»⁴⁵.

Di contro, la prospettiva che va utilmente praticata (anche) *de iure condendo* -ferma restando la distinzione funzionale tra procedimento di cognizione e di esecuzione- è nel senso della progressiva compressione degli ostacoli frapposti alla continua ricerca della decisione giusta⁴⁶, della congruità del trattamento sanzionatorio alla stregua degli elementi di valutazione, anche normativa, eventualmente sopravvenuti; inoltre, il “dover essere” dell'esecuzione leale va perseguito facendo giusta applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza⁴⁷, in un sistema che ha riconosciuto espressa dignità costituzionale al principio di stretta legalità processuale a mente dell'art. 111, 1° co., Cost.⁴⁸.

3. (Segue): Ipotesi e soluzioni

Il legislatore ha progressivamente implementato, come detto, il novero dei rimedi giurisdizionali utilmente spendibili, nel momento esecutivo, contro le decisioni rivelatesi inique.

In particolare, nel codice vigente⁴⁹ -che è stato preceduto dalle leggi sull'ordinamento penitenziario⁵⁰ e “arricchito” *medio tempore* anche alla stregua delle

⁴⁴ In tema, v. Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, Lovric, cit., in www.archiviopenale.it.

⁴⁵ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 311.

⁴⁶ F. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, 291.

⁴⁷ Sui principi di ragionevolezza e proporzionalità, tra gli altri, v. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it

⁴⁸ In proposito, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Arch. pen.* 2017, 440, il quale -dopo aver rilevato che «appaiono del resto ... ripetute» le «forzature commesse in questi ultimi anni dalla giurisprudenza domestica alla ricerca di rimedi opponibili a decisioni definitive di condanna risultate contrastanti con i principi sopranazionali dell'equo processo»- sottolinea che chi «pensasse che la disinvoltura ermeneutica dei giudici di legittimità resti circoscritta a soluzioni in bonam partem, dovrebbe presto ricredersi»; MAZZA, *Principio di legalità, diritto giurisprudenziale e giudice dell'esecuzione*, cit., 212 ss. In tema, tra gli altri, v. CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, Torino, 2018, 77 ss.

⁴⁹ Sul giudicato, tra gli altri, v. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 5 ss.; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 10 ss; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 8 ss.

indicazioni evolutive promananti dal “diritto vivente”- lo specifico *tòpos* ha avuto un rilevante punto di emersione⁵¹.

Nello specifico, il codice di rito del 1988 ha individuato una serie di interventi, di competenza del giudice dell’esecuzione, che consentono anche la modificazione sostanziale della pena inflitta al condannato e tratteggiano, seppur in nuce, l’“armamentario” degli strumenti giuridici processuali che rendono possibile, in concreto, l’apertura del giudicato, ovvero la sua “rescissione” nell’ambito della fase dell’esecuzione⁵².

⁵⁰ Infatti, la l. 26 luglio 1975, n. 354 -recante «*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*»- consente di intervenire sul concreto trattamento sanzionatorio in relazione alla condotta del condannato; per conseguenza, il giudicato va ritenuto intangibile solo «*nel senso che non può mai aumentarsi l’allittività implicita della pena stabilita nella sentenza di condanna*» (Corte cost., sent. n. 282 del 1989, in www.giurcost.org), rimanendo invece l’esecuzione della pena, anche nelle sue modalità e nel *quantum*, relativamente flessibile *in favorem rei*. In tema, v. Cass., Sez. Un., 27 novembre 2014, Basile, in *questa Rivista*, ove si legge che «*La sacralità del giudicato, come affermata nel passato, comportava necessariamente una marginalizzazione della fase esecutiva, volta unicamente a dare attuazione alla sentenza e priva di ogni connotazione giurisdizionale. E’ solo con l’entrata in vigore della Carta costituzionale che si dà inizio alla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva con il riconoscimento del diritto al contraddittorio e della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti. Il grimaldello, per così dire, fu rappresentato dall’art. 27 Cost. e dal principio in esso affermato della finalità rieducativa della pena. Il processo di erosione dell’intangibilità del giudicato fu, però, lento e di non facile attuazione*». Sul punto, con specifico riguardo all’espansione dei limiti cognitivi degli organi giurisdizionali operanti in fase esecutiva, tra gli altri, v. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2000, 7. Al riguardo, inoltre, v. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza, Organizzazione, competenze e procedure*, Torino, 1994, 93.

⁵¹ In generale, sulla problematica che coglie la formula convenzionale “giudicato aperto”, per i sempre attuali spunti, v. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., 168 ss. In proposito, tra gli altri, CORBO, *I complessi rapporti tra legge penale e giudicato*, in *Cass. pen.* 2015, *Supplemento 4*, 28; LAVARINI, *L’incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme “pretorie” e mancate riforme legislative*, cit., in *questa Rivista*; VICOLI, *L’illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1006 ss. Coglie i profili problematici della specifica tendenza ermeneutica, tra gli altri, BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, cit., 1059 ss.

⁵² Con riferimento al periodo anteriore all’entrata in vigore del Codice Vassalli, v. Cass., Sez. V, 29 aprile 1985, Lattanzio, Rv. 169333, che ritenne «*rilevabile anche in sede di esecuzione l’applicazione di una pena illegittima non prevista dall’ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della penale dall’art. 1 c.p. ed implicitamente dall’art. 25, secondo comma, Cost. informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione*». In proposito, ancora, Cass., Sez. Un., 27 novembre 2014, Basile, cit., in *questa Rivista*, che ha sancito il principio per cui «*l’applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell’esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità)*».

In particolare, il legislatore tecnico, recependo le indicazioni provenienti dalla legge delega, ha configurato la fase dell'esecuzione, «quale strumento per l'attuazione del principio costituzionale dell'umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell'adeguatezza della medesima con riferimento al fine della possibile rieducazione del condannato»⁵³.

Pertanto, è in tale ansa di ragionamento che va collocato il profilo funzionale secondo cui la fase esecutiva è il “luogo” destinato alla verifica di perdurante legittimità del trattamento sanzionatorio purché risulti ancora *in fieri* e non debba classificarsi tra le c.d. situazioni esaurite⁵⁴.

Sennonché, la questione che si (im)pone sta, a fronte delle indicate matrici di ragionamento, nell'individuazione dei criteri utili ai fini di un'interpretazione dei poteri di scrutinio e verifica che competono al giudice dell'esecuzione, nella prospettiva, auspicabile, di scongiurare -nel rispetto del principio di legalità (sostanziale e processuale)- la concretizzazione di ipotesi di giustizia denegata ovvero “minorata”⁵⁵, prefigurando anche scenari futuribili.

*nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione». Segnatamente, in motivazione, si legge che «il superamento del principio di intangibilità del giudicato... ha trovato, sul piano normativo, significativo riconoscimento attraverso l'ampliamento, nel nuovo codice di procedura penale, dei poteri del giudice dell'esecuzione. Il codice abrogato si limitava a prevedere, una volta divenuta irrevocabile la sentenza, la declaratoria di estinzione del reato e della pena (art. 578), la revoca della sospensione condizionale della pena (art. 590), l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto ai condannati (art. 593)». In proposito, v. T. ALESCI, *I poteri del giudice dell'esecuzione sulla determinazione della pena accessoria illegale: presupposti e limiti*, in *Proc. pen. e giust.* 2015, 4, p. 106.*

⁵³ In tal senso, v. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in www.gazzettaufficiale.it.

⁵⁴ In tal senso, tra le tante, Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, C.P., in *Foro it.*, 2018, 6, II, 379.

⁵⁵ In proposito, per i condivisibili spunti di ragionamento, tra gli altri, v. BELLUTA, *La rimozione del giudicato*, in *Procedura penale esecutiva*, a cura di M. Ceresa Castaldo, Torino, 2020, 194 ss., il quale sottolinea -per un verso, che l'interazione tra rimedi processuali ordinari e straordinari “*restituisce l'immagine di un processo penale che sempre si rinnova*” e -per un altro verso, che l'esame dei rimedi revocatori del giudicato “*appare un punto di osservazione privilegiato*” per comprendere “*in che modo e in quali direzioni*”. In altri termini, la conclusione definitiva della cognizione della regiudicanda, impone di guardare alla “*giustizia della decisione, preludio indispensabile per la sua esecuzione*”: infatti, la decisione finale, divenuta irrevocabile “appare «ferma» sin quando sia considerata «giusta»: però, il sospetto dell'ingiustizia, l'insinuazione di essere incorsi nell'errore, pone anche il giudicato di nuovo in mezzo ad una sequenza critica capace persino di rinnegarlo per sostituirlo con una nuova decisione, questa volta «giusta»”.

Sul punto, valgono, quale bussola orientativa, all'evidenza, anche i riferimenti alla casistica giurisprudenziale in quanto indicativi anche delle tendenze in atto.

4. (Segue): le cause di giustificazione

Assecondando l'accennata logica casistica -e fermo restando quanto detto in ordine ai casi di "interpolazione" *pro reo* del giudicato- tende a consolidarsi la tesi che riconosce valenza -per così dire- liberatoria allo *ius superveniens* che introduca *ex novo* -ovvero riformuli, in versione estensiva- i "connotati" delle cause di giustificazione⁵⁶ già presenti nel sistema⁵⁷.

Infatti, la condivisibile impostazione è che rientri nelle prerogative decisorie del giudice dell'esecuzione -a mente degli artt. 666 c.p.p., 2, 2° co., c.p.- verificare l'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole «non soltanto nei casi in cui si verifichi l'*abolitio criminis* in senso proprio (con eliminazione di una fattispecie tipica di reato dal sistema penale), ma anche quando la novazione legislativa si realizzi attraverso una diversa e più dettagliata descrizione del fatto di reato, ovvero mediante la previsione di una causa che conduce alla non punibilità, così da escludere l'applicabilità della norma incriminatrice in talune delle ipotesi che precedentemente rientravano nella fattispecie generale». Per conseguenza, il sindacato del giudice dell'esecuzione va esteso -nel rispetto della matrice regolamentare di cui

⁵⁶ In particolare, le cause di giustificazione o scriminanti sono previste da norme di legge che escludono l'antigiuridicità: infatti, il fatto -nonostante la sua conformità alla fattispecie penale astratta- risulta non punibile poiché autorizzato o imposto da altre norme dell'ordinamento. Per conseguenza, la condotta penalmente rilevante -commessa in presenza di cause di giustificazione- diviene lecita, tate che escluderà sia la pena, che ogni ripercussione negativa verso il soggetto agente (si pensi, a mero titolo di esempio, al risarcimento dei danni).Le scriminanti, comunque, non possono essere confuse con le scusanti, che agiscono meramente sul profilo soggettivo, e con le cause di non punibilità, possono qualificarsi come quelle situazioni che non escludono il reato, ma escludono però la pena, per ragioni di politica criminale. Sulle cause di giustificazione in generale, tra gli altri, v. MARINUCCI, VOCE *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 132 ss.

⁵⁷ In tal senso, tra le altre, v. Cass., Sez. VI, 12 giugno 2014, p.g. in proc. Traviglia, Rv. 260282-01, secondo cui *"La causa di giustificazione prevista dall'art. 17, comma 7, l. 3 agosto 2007 n. 124, relativa alle attività compiute dai soggetti che agiscono in concorso con i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, è applicabile anche a fatti precedenti all'entrata in vigore della disposizione, in applicazione del principio di cui all' art. 2, comma 2, c.p."*. Segnatamente, lo specifico criterio ermeneutico è stato espresso sul presupposto essenziale che la disposizione codicistica di cui all'art. 2, 2° co., c.p. trovi pacificamente applicazione *"anche con riguardo alle cause scriminanti, in quanto direttamente incidenti sulla struttura essenziale del reato e sulla sua punibilità, facendone venir meno il disvalore e, quindi, l'illiceità penale della condotta"*.

all'art. 2, 2° co., c.p.- anche «alle cause scriminanti, poiché queste ultime, per come dogmaticamente costruite (elementi oggettivi negativi della fattispecie criminosa), incidono direttamente sulla struttura essenziale del reato e sulla sua punibilità, facendone venir meno il disvalore e, quindi, escludendo l'illiceità penale»⁵⁸.

In proposito, lo strumento processuale all'uopo utilmente azionabile *in executivis* non corrisponde con quello contemplato dall'art. 673 c.p.p.: infatti, le cause di giustificazione, al pari di quelle di esclusione della punibilità, non sono riconducibili ai fenomeni dell'abrogazione -intesa quale *abolitio criminis* in senso proprio- e della dichiarazione di incostituzionalità di norma incriminatrice che rientrano, invece, ed, all'evidenza, nell'ambito applicativo dell'art. 673 c.p.p.

In altri termini, le cause di giustificazione non rientrano tra le situazioni tassative previste dall'art. 673 c.p.p., dal momento che esse non producono l'effetto di escludere la configurabilità del reato e la sua dimensione storico-fattuale e la responsabilità risarcitoria per i pregiudizi cagionati ai terzi, che restano immutate, incidendo soltanto sulla possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del suo autore⁵⁹.

⁵⁸ Così, testualmente, con specifico riferimento alle modifiche apportate alla scriminante della c.d. legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52, 4° co., c.p. dalla l. 28 aprile 2019, n. 36, v. Cass., Sez. I, 20 febbraio 2020, Abico, Rv. 278973-01, che ha sancito che *"l'art. 673 c.p.p., prendendo in considerazione, quale causa di revoca della sentenza, solo l'abrogazione o la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, non opera con riferimento alle modifiche apportate dalla l. 36/2019 alla scriminante della legittima difesa, ex art. 52 c.p. Tuttavia, nell'ipotesi di introduzione di una nuova causa di giustificazione o di ampliamento della sfera della scriminante, deve applicarsi, il disposto dell'art. 2, comma 2, c.p."* In proposito, a commento della specifica pronuncia, v. COLOMBO, *L'eventuale retroattività della legittima difesa. Falsi e veri problemi*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 64 ss.

⁵⁹ In tal senso, seppur con riferimento alla causa di non punibilità prevista dall'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 -così come riformulato dall'art. 11 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158- v. Cass., Sez. III, 30 ottobre 2017, Clavarino, Rv. 272513-01, alla cui stregua *«In tema di reati tributari, la causa di non punibilità contemplata dall'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, come riformulato dall'art. 11 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 -per la quale i reati di cui agli articoli 10bis, 10ter e 10quater del decreto n. 74 del 2000 non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, i debiti tributari, comprensivi di sanzioni amministrative ed interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti - non si applica ai procedimenti nei quali, pur essendo intervenuto il pagamento nei termini di legge, sia intervenuta sentenza irrevocabile prima dell'entrata in vigore D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158»*. In particolare, si legge in sentenza che se *"nel "sistema" deve essere rinvenuta la risposta in ordine alla applicabilità della nuova disposizione ai pagamenti intervenuti nei procedimenti già definiti, è alla fisionomia degli effetti del pagamento del debito tributario, espressamente ricondotti dal legislatore all'interno di una causa di esclusione della punibilità ("I reati...non sono punibili...") e alla relazione di quest'ultima con l'art. 2 c.p. e art. 673 c.p.p. che deve guardarsi*». Sul punto, è l'art. 2 c.p. *«da cui deve*

Senmonché, in ordine ai profili rituali da osservare ed alle “pratiche difensive” spendibili nella prospettiva del riconoscimento in esecuzione della causa di giustificazione *nouvelle vague*, la previsione di ineludibile riferimento è quella di cui all’art. 666 c.p.p. che delinea un modello giurisdizionale, al contempo, partecipato e ad applicazione generalizzata.

Sotto il primo aspetto, il procedimento di esecuzione di cui all’art. 666 c.p.p. vale quale archetipo procedurale delle dinamiche *post rem iudicatum*: infatti, su di esso convergono sia il procedimento *de plano*, per il caso in cui vena presentata opposizione (art. 667, 4° co., c.p.p.)⁶⁰, sia la disciplina del procedimento di sorveglianza (art. 678 c.p.p.).

Segnatamente, lo specifico modello di accertamento camerale è destinato a risolvere sia le questioni sul titolo esecutivo, per così dire, tipizzate (artt. 669, 670, 671, 673, 674, 675 c.p.p.), che le questioni ulteriori che possano sorgere in ambito esecutivo, in relazione alle quali però non sia indicata espressamente la procedura da osservare: il riferimento -a titolo esemplificativo- è all’ipotesi in cui la questione controversa concerna l’operato del pubblico ministero in ordine al cumulo delle pene (art. 663 c.p.p.) o al computo del pre-sofferto (art. 657 c.p.p.), ovvero qualora si debba convertire la pena detentiva

in ordine logico muovere l’analisi, posto che, nella specie, «non essendo intervenuta alcuna abolitio criminis con effetto di iper-retroattività della nuova norma, ma unicamente una successione modificativa», deve farsi riferimento alla disposizione dell’art. 2, 4° co., c.p. e non, quindi, al 2° co. della medesima previsione, tanto che deve ritenersi inevitabilmente operativo lo sbarramento rappresentato dalla pronuncia di sentenza irrevocabile. Del pari, deve ritenersi inapplicabile l’art. 673 c.p.p. «che attua sul piano processuale il solo dell’art. 2, comma 2 prendendo in considerazione, quale causa di revoca della sentenza, la sola “abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice”: e proprio con riferimento alla causa di esclusione della punibilità è stato anche di recente chiarito che la stessa, presupponendo l’accertamento del reato e la riferibilità soggettiva all’imputato, differisce radicalmente sia dall’abrogazione della disposizione di legge che definisce il reato e le sue implicazioni sanzionatorie, sia dalla pronuncia dichiarativa di illegittimità costituzionale, non rientrando dunque tra le situazioni tassative previste dall’art. 673 citato, dal momento che non produce l’effetto di escludere la configurabilità del reato e la sua dimensione storico-fattuale e la responsabilità risarcitoria per i pregiudizi cagionati ai terzi, che restano immutate, incidendo soltanto sulla possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del suo autore».

⁶⁰ Il modulo decisionale descritto dall’art. 667, 4° co., c.p.p. rappresenta il secondo procedurale operativo *in executivis* che s’applica solo per talune, tassative, materie rispetto alle quali è consentito un intervento del giudice dell’esecuzione senza formalità, con il possibile recupero successivo della dialettica procedimentale tra le parti: infatti, il riferimento è rappresentato dai casi contemplati dagli artt. 667 c.p.p. -rubricato «Dubbio sull’identità fisica della persona detenuta»- 672 -rubricato «Applicazione dell’ammnistia e dell’indulto»- 676 c.p.p. -rubricato «Altre competenze». In proposito, tra gli altri, CAPRIOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, a cura di F. Caprioli, D. Vicoli, Torino, 2009, 332 ss.

inflitta in pena pecuniaria per retroattività della *lex mitior* (art. 2, 3° co., c.p.)⁶¹ ovvero, ancora, rideterminare la pena illegittima⁶².

Sotto il secondo aspetto, invece, non è a discutersi che -ai sensi del disposto combinato degli artt. 666, 5° co., c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p.- nell'ambito dell'udienza camerale esecutiva possa trovare spazio un'autentica istruzione probatoria, nella quale è riconosciuto al giudice dell'esecuzione un ruolo di assoluta centralità.

Infatti, «il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno»; ciò nonostante -in udienza- deve procedere «nel rispetto del contraddittorio» per il caso in cui occorra assumere prove (art. 666, 5° co., c.p.p.) e deve procedere «senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia» (art. 185 disp. att. c.p.p.).

Stando così le cose, allora, non solo la previsione di un potere-dovere di acquisizione probatoria officiosa esclude che la richiesta di parte possa essere rigettata sul presupposto del mancato esercizio del diritto alla prova, ma anche non è configurabile un onere probatorio a carico del soggetto che chieda l'adozione di un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, che si sostanzia nel dovere di prospettare ed indicare al giudice i fatti e le circostanze su cui è fondata la richiesta introduttiva dell'incidente di esecuzione, posto che incombe all'autorità giudiziaria il compito di procedere alle relative verifiche ed accertamenti ai sensi e per gli effetti dell'art. 666, 5° co., c.p.p.⁶³.

Pertanto, l'interessato che introduca l'incidente esecutivo, “reclamando” l'applicazione di una scriminante ai sensi dell'art. 2, 2° co., c.p. -per il caso in cui, per l'appunto, sia stata pronunciata una sentenza di condanna prima di una modifica legislativa che abbia introdotto una nuova scriminante o ampliato la sfera di operatività di una causa giustificazione già esistente- dovrà assolvere l'onere di allegare gli elementi circostanziali della fattispecie concreta che

⁶¹ Il caso di specie è stato introdotto e regolato dall'art. 14, l. 24 febbraio 2006, n. 85. Lo specifico provvedimento normativo è rubricato «*Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*».

⁶² In tema, tra gli altri, VIGONI, *Gli interventi sul giudicato nella fase esecutiva*, in *Procedura penale esecutiva*, cit., 162.

⁶³ In tal senso, in maniera condivisibile, anche per i riferimenti giurisprudenziali, FIORIO, *Le procedure decisionali nella fase esecutiva*, in *Procedura penale esecutiva*, cit., 153. Sul tema di specie, inoltre, v. GIUNCHEDI, VOCE *Prova nel procedimento di esecuzione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, 450 ss.

consentano di “integrare” la causa di giustificazione di “nuovo conio”, sollecitando così il giudice dell’esecuzione all’esercizio dei suoi poteri di verifica della ricostruzione dei fatti emergenti dalla sentenza pronunciata nel corso del giudizio di cognizione⁶⁴.

5. (Segue): Le cause di esclusione della punibilità e la particolare tenuità del fatto

La sentenza di condanna che sia stata pronunciata prima dell’entrata in vigore della disposizione di cui all’art. 131-*bis* c.p. -che ha introdotto la causa di non punibilità⁶⁵ per particolare tenuità del fatto⁶⁶ a mente dell’art. 1 d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, rubricato «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67»- non è revocabile ai sensi dell’art. 673 c.p.p.⁶⁷.

Infatti, l’applicazione della specifica causa di non punibilità⁶⁸ presuppone, all’evidenza, l’accertamento del reato e la sua riferibilità soggettiva all’imputato⁶⁹: il che implica -per un verso, che essa incida solo sulla possibilità di irrogare la sanzione⁷⁰ e -per un altro verso, che non sia affatto equiparabile all’abrogazione con *abolitio criminis* -che fa venir meno, invece, la rilevanza penale

⁶⁴ In tal senso, Cass., Sez. I, 20 febbraio 2020, Abico, cit., Rv. 278973-01.

⁶⁵ BELLINI, *Considerazioni sulle cause di non punibilità*, in *Riv. pen.*, 12, 2015, 1051 ss..

⁶⁶ In tema, anche per i relativi risvolti processuali, QUATTROCOLO, *L’altra faccia medaglia: l’impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*, in *Criminalia*, 2015, 225 ss.; MARANDOLA, VOCE *Particolare tenuità del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dir. disc. pen.*, Agg. IX, Torino, 2016, 507.

⁶⁷ Così, tra le altre, Cass., Sez. VII, 26 febbraio 2016, Rondello, Rv. 266169.

⁶⁸ Sui profili problematici sottesi all’introduzione della specifica causa di non punibilità, tra gli altri, v. PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al dir.*, 2015, 19 ss.; SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per gli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino, 2014, 243; SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per gli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., 7 ss. Sottolinea, tra l’altro, la contraddizione tra la rubrica e il testo dell’articolo, attribuendo ciò ad una redazione difettosa, QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele-P.P. Paulesu, Torino, 2015, 118, la quale rileva che l’art. 131-*bis* c.p. contiene un duplice riferimento alla nozione di particolare tenuità; nella rubrica codicistica compare come attributo del fatto di reato; nel corpo dell’articolo figura come predicato dell’offesa, accezione in cui la impiegava già la delega contenuta nella l. n. 67 del 2014.

⁶⁹ In tal senso, v. Cass., Sez. III, 24 giugno 2015, Elia, Rv. 264160; Id., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, Rv. 263308; Id., Sez. V, 6 giugno 2019, M.N., in *D&G*, 2 agosto 2019; Id., Sez. III, 22 novembre 2017, B.A, in *Cass. pen.*, 2018, 12, 4297.

⁷⁰ GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 522.

della condotta- e consentirebbe l'“utile impiego” del rimedio revocatorio esecutivo previsto dall'art. 673 c.p.p.

In altre parole, l'art. 131-*bis* c.p.p. ha introdotto un istituto di diritto sostanziale⁷¹ -la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di reato⁷²- per il cui riconoscimento è richiesto un apprezzamento di merito, strumentale a riscontrare la sussistenza dei presupposti applicativi richiesti dalla specifica disposizione⁷³; pertanto, i *substantialia* dell'istituto di specie e gli effetti che conseguono alla relativa applicazione⁷⁴ descrivono un istituto che si pone in termini di diversità radicale rispetto ad un intervento legislativo di abrogazione di una norma penale incriminatrice oppure ad una pronuncia dichiarativa di illegittimità costituzionale, che legittimano, invece, il ricorso al giudice dell'esecuzione per ottenere la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p.⁷⁵.

D'altronde, quando detto trova eco del disposto dell'art. 651-*bis* c.p.p. - rubricato «Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno»- alla cui stregua la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare te-

⁷¹ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, Tushaj, Rv. 266593. La Corte costituzionale ha rilevato che l'art. 131-*bis* c.p. prevede una generale causa di esclusione della punibilità che si raccorda con il generale presupposto dell'offensività della condotta, che rappresenta un requisito indispensabile per la sanzionabilità penale di qualsiasi condotta in violazione di legge. In tal senso, tra gli altri, Corte cost., sent. n. 156 del 2020, in *www.giurcost.org*; Id., sent. n. 120 del 2019, *ibidem*.

⁷² Sulle caratteristiche dell'istituto *de quo*, tra gli altri, v. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Riv. pen.*, 2019, 2 ss.; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 667 ss.; BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 20 ss.; CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, 12 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, 27 ss.

⁷³ Si ha riguardo, anzitutto, al rispetto del limite di pena detentiva stabilito per il reato, che, secondo l'art. 131-*bis*, 1° co., c.p., non deve superare nel massimo i cinque anni, quando sia comminata da sola o congiuntamente alla pena pecuniaria senza tener conto delle circostanze, salvo quelle ad effetto speciale oppure che comportino una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato. Inoltre, sono richieste quali ulteriori condizioni la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine della condotta illecita.

⁷⁴ Il riferimento è all'esclusione dell'irrogazione e dell'esecuzione della punizione di chi sia accertato avere commesso il reato, che risulta perfetto in tutte le sue componenti oggettive e soggettive, ma di tale minima offensività -sia per la sanzione in astratto irrogabile, che per le sue modalità concrete di commissione e l'unicità della violazione, da determinare la rinuncia dello Stato a punire il responsabile.

⁷⁵ Sulla distinzione tra la successione di leggi, che in tutto o in parte disciplinano materie già regolate da leggi precedenti, l'abrogazione di una norma per effetto di una norma successiva e la dichiarazione di illegittimità costituzionale, v. *supra* nota 10.

nuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, per l'appunto, «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale»⁷⁶.

Quindi, per tale ragione, la relativa questione non può essere proposta nella fase dell'esecuzione per conseguire la revoca della sentenza di condanna, pronunciata prima dell'entrata in vigore della disposizione che ne rappresenta la matrice regolamentare, perché essa non rientra nelle situazioni tassative previste dall'art. 673 c.p.p.: infatti, non produce l'effetto di escludere la configurabilità del reato e la sua dimensione storico-fattuale e la responsabilità risarcitoria per i pregiudizi cagionati ai terzi, che restano immutate, incidendo soltanto sulla possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del suo autore⁷⁷.

6. (Segue): Le norme di diritto processuale a effetto sostanziale e la diminuzione per la scelta del giudizio abbreviato

L'art. 1, 44° co. l. 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», ha previsto che -a decorrere dal 3 agosto 2017- la diminuzione di un terzo della pena, originariamente prevista per tutti i reati dall'art. 442, 2° co., c.p.p., sia stabilita nella misura della metà per le fattispecie di reato contravvenzionale⁷⁸.

Segnatamente, la disposizione in discorso prevede che «in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è dimi-

⁷⁶ Il 2° co. dell'art. 651-bis c.p.p. prevede che «La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato»

⁷⁷ Sui c.d. futuribili dell'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto alla stregua delle indicazioni desumibili dall'art. 1, 21° co., l. 27 settembre 2021, n. 134, v. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it

⁷⁸ Rispetto alla rinnovata fisionomia del giudizio abbreviato per effetto della c.d. Riforma Orlando, tra gli altri, MARZADURI, *Il giudizio abbreviato: alcune riflessioni dopo la c.d. riforma Orlando*, in *questa Rivista*; MAFFEO, *I procedimenti speciali*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017, 149; BARROCU, *Giudizio abbreviato: prove e strategie difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1233 ss.; BASSI, *Le modifiche in tema di rito abbreviato*, in *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di C. Parodi, Milano, 2017, 53 ss.; PISTORELLI, *sub artt. 438 ss.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio, R. Bricchetti, Milano, 2017, 3169 ss.

nuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto».

In proposito, s'è consolidata l'interpretazione che tale disposizione innovativa si applichi, ai sensi dell'art. 2, 4° co., c.p., anche ai fatti anteriormente commessi, purché su di essi non si sia formato il giudicato⁷⁹.

Infatti, la natura processuale della diminuzione per il rito⁸⁰, poiché non inerente alla valutazione del fatto di reato e alla personalità dell'imputato, non con-

⁷⁹ In tal senso, tra le altre, Cass. Sez. IV, 15 gennaio 2019, Lazzara, Rv. 275218; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2017 Del Prete, Rv. 271752. Sull'integrale applicabilità dell'art. 2 c.p. anche alle norme processuali, v. CARNELUTTI, *Il ricorso in Cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di Giustizia è veramente escluso*, in Riv. dir. proc., 1946, 80 ss.; ID., *Riflessioni sulla successione delle leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, a cura di F. Carnelutti, Bologna, 1950, 197. In termini analoghi, GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 261. Nel senso che l'irretroattività *contra reum*, riferita alla data di commissione del fatto, deve estendersi anche alle norme processuali e non solo considerarsi valida per quelle sostanziali, v. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 205.

⁸⁰ Il tema, più in generale, concerne le norme che, ancorché formalmente processuali, incidono sul trattamento sanzionatorio, assumendo così una connotazione di fatto sostanziale; si pensi, ad esempio, all'analoga questione che si è posta con riferimento alla disciplina dell'esecuzione della pena -a seguito dell'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. Spazzacorrotti)- e su cui è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2020, in www.giurcost.org, che ha dichiarato, per ciò che nello specifico interessa, «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3... in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354... si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale». In particolare, alla stregua di ciò che si legge nel comunicato diffuso dall'ufficio stampa della Corte -che può leggersi in www.cortecostituzionale.it- «se al momento del reato è prevista una pena che può essere scontata "fuori" dal carcere ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire "dentro" il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo. Tra il "fuori" e il "dentro" vi è infatti una differenza radicale: qualitativa», tanto che «la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'applicazione retroattiva della legge n. 3/2019 (cosiddetta Spazzacorrotti) là dove estende alla maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni alle misure alternative alla detenzione, già previste dall'articolo 4 bis dell'Ordinamento penitenziario per i reati di criminalità organizzata... La decisione è il risultato di una rimeditazione del tradizionale orientamento, sinora sempre seguito dalla Cassazione e dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione della pena, e non a quella in vigore al momento del fatto... Pertanto, se, di regola, è legittimo che le modalità esecutive della pena siano disciplinate dalla legge in vigore al momento dell'esecuzione e non da quella in vigore al momento del fatto..., ciò non può valere, sottolinea la sentenza, "allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato". In tema, solo volendo, anche per i

tribuisce a determinare in termini di disvalore la quantità e gravità criminosa, consistendo in un abbattimento fisso e predeterminato, connotato da automatismo, senza alcuna discrezionalità valutativa da parte del giudice.

Pertanto, le caratteristiche della diminuzione in discorso sono collegate con effetti di sicuro rilievo sostanziale⁸¹, derivandone, all'evidenza, un trattamento sanzionatorio più favorevole⁸².

In particolare, l'art. 442, 2° co., c.p.p. prevede categoricamente la diminuzione della pena nella misura della metà per effetto dell'opzione difensiva per il rito abbreviato nei procedimenti in cui sono contestati reati contravvenzionali; inoltre, il carattere tassativo della specifica disposizione nell'indicazione del quantum della riduzione descrive in maniera chiara il contenuto dell'obbligo decisorio sul punto, al quale il giudice non può sottrarsi, spettando all'imputato il diritto a vedersi decurtata⁸³ la pena nella esatta dimensione contemplata dalla legge⁸⁴.

doverosi richiami dottrinali, RANALDI, *Vero, finto e falso: sulla ragionevolezza del regime ostativo all'accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in www.dirittifondamentali.it

⁸¹ In tema, per gli interessanti spunti ricostruttivi, v. CONSULICH, *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in www.discrimen.it, il quale rileva che la qualificazione di una regola come sostanziale o processuale è «davvero un'operazione naïve», tanto che sarebbe auspicabile «*abbandonare la distinzione tra processo e diritto sostanziale come criterio di distribuzione delle garanzie*»: infatti, la distinzione in discorso «*lascia i diritti del cittadino in balia di classificazioni intrinsecamente discutibili, con il risultato di farli spesso soccombere rispetto a interessi di gran lunga importanti, come l'economia processuale*». Inoltre, l'autore sottolinea che sussistendo ad ogni latitudine del sistema penale una comune esigenza di tutela oggettiva dagli arbitri del potere punitivo e di prevedibilità del diritto, bisogna considerare che sono molteplici gli istituti ibridi, posti a cavallo tra diritto e processo, tanto che occorre definire uno statuto intertemporale trasversale. In altri termini, «*lungi dal limitarsi a considerare il modo di disciplina, con il conseguente regime costituzionale, occorre prendere le mosse dai diritti del cittadino e dal tipo di incisione che essi subiscono, applicando conseguentemente le garanzie per essi previste dall'ordinamento*» anche perché non sarebbe percorribile la strada alternativa di una doppia legalità, una per il processo, una per i reati e per le pene.

⁸² Così, tra le altre, Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, Volpe, Rv. 237691; Id., Sez. Un., 27 ottobre 2004, Wajib, Rv. 229176; Id., Sez. Un., 6 marzo 1992, Piccillo, in *Cass. pen.*, 1992, 1776.

⁸³ In tal senso, in sede motiva, v. Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2020, Acquistapace, in www.penaledp.it, secondo cui «*il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per reato contravvenzionale, lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art. 442 c.p.p., nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura di legge, pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado non rispetti le previsioni edittali, e sia di favore per l'imputato*». A commento della specifica decisione, v. ZAMPAGLIONE, *Abbreviato e illegittima riduzione della pena: un bilanciamento di valori costituzionali a rime obbligate*, *ibidem*. Sul punto,

Senmonché, alla stregua dell'art. 2, 4° co., c.p., s'impone lo scrutinio della questione concernente la "recuperabilità" in executivis della disciplina di favore posta dall'art. 442, 2° co., c.p., per il caso in cui essa non abbia trovato applicazione, pur essendo entrata in vigore prima della pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna in relazione ad un reato contravvenzionale.

In proposito, la soluzione affermativa sembra imporsi: anzitutto, è consentito -alla stregua di quanto detto in precedenza (*id est*, erosione progressiva dell'intangibilità del giudicato)- l'intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegittima⁸⁵, tenuto conto che «applicare una pena di misura diversa o con criteri diversi da quella contemplata dalla legge non può essere ritenuto conforme al principio di legalità»⁸⁶.

Pertanto, il problema non sta nella formazione del giudicato ma nella verifica se la violazione dell'art. 442, 2° co., c.p.p. *nouvelle vague* determini la lesione di un diritto o di una garanzia fondamentale della persona che renda ragionevole, per l'appunto, una limitazione della sua intangibilità pur formalmente prevista: infatti, il giudice dell'esecuzione deve rimuovere la situazione di violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento quale è il diritto dell'imputato di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo, salvo che -all'evidenza- il legislatore non abbia inteso derogare al principio della retroattività della *lex mitior*.

Stando così le cose, il giudice dell'esecuzione potrà emendare una pena illegittima poiché irrogata in violazione di un criterio di computo normativamen-

inoltre, v. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, in www.penaedp.it.

⁸⁴ L'inderogabilità dell'adempimento a tale obbligo trova eco, inoltre, nella disposizione dell'art. 438, co. 6-ter, c.p.p., secondo cui il giudice del dibattimento, ove all'esito dello stesso ritenga erronea la declaratoria di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare ai sensi del precedente co. 1-bis, è tenuto ad applicare la relativa diminuzione di pena.

⁸⁵ Invece, sul concetto di pena illegale, in sede motiva, v. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, Della Fazia, cit. in *questa Rivista*, ove si argomenta che «con il principio di legalità della pena -che, ovviamente, trova il suo presupposto nella previsione per legge di un reato- si enuncia il divieto di punire un soggetto con pene che non siano previste dalle legge in senso assoluto, o che non siano previste per il reato per cui deve pronunziarsi condanna ovvero ancora non siano determinate dalla legge. La legge insomma deve prevedere tipo, contenuto e misura della pena»; inoltre, si rileva che «Quello ricordato è il contenuto positivo del principio di legalità mentre, in negativo» va escluso «che rientrino in tale concetto: la previsione di pene ingiuste o eccessive... e la legalità processuale che attiene al percorso che condurrà, eventualmente, all'applicazione della sanzione punitiva ma non riguarda il tipo e misura della medesima».

⁸⁶ Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 115 del 1987 in www.giurcost.org. In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, cit., in *questa Rivista*.

te imposto e la questione problematica che residua sta nello stabilire quali siano i limiti e l'ambito dell'intervento sul giudicato in executivis.

In proposito, onde scongiurare "equivoci" di sistema, che sono sempre (pericolosamente) incombenti, vanno tenuti in debito conto due canoni modali che consentono di delimitare gli interventi sul giudicato del giudice dell'esecuzione.

Anzitutto, è da escludersi l'emendabilità del titolo esecutivo quando il giudice della cognizione si sia già pronunciato in proposito e sia pervenuto, anche se erroneamente, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione della pena per un reato contravvenzionale, assecondando una criteriologia sfavorevole in quanto emendata dalla *lex mitior*: infatti, in tal caso, l'errore di valutazione deve essere emendato con i mezzi di impugnazione ordinari.

Che ciò debba essere, d'altronde, trova eco nell'art. 671 c.p.p. in tema di applicazione, nel corso della fase esecutiva, della disciplina del concorso formale e del reato continuato: infatti, la norma di specie, che ha ampliato i poteri del giudice dell'esecuzione, espressamente non consente l'applicazione in executivis della disciplina di cui all'art. 81 c.p. qualora essa sia stata esclusa dal giudice della cognizione⁸⁷.

⁸⁷ In tal senso, in sede motiva, Cass. Sez. Un., 29 maggio 2014, Basile, cit., in *questa Rivista*, ove si sottolinea che «la conferma, sia pure sotto altro profilo, che le valutazioni del giudice della cognizione non possano essere rimesse in discussione, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, si ricava da quanto previsto in tema di revisione. L'art. 630 c.p.p., comma 1, lett. c), stabilisce, invero, che la richiesta di revisione possa essere avanzata, tra l'altro, nell'ipotesi in cui "dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'art. 631 c.p.p.". Deve trattarsi quindi di nuove prove, per tali intendendosi, secondo un ormai consolidato indirizzo interpretativo, anche quelle pur presenti già agli atti, ma non esaminate. Si richiede, perciò, che le prove in questione non siano state già oggetto di esame e valutazione del giudice della cognizione. Significativa sotto l'aspetto esaminato è anche la disposizione di cui all'art. 625 bis c.p.p., che consente il ricorso straordinario per la correzione di errori materiali o di fatto contenuti nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione. Tale norma, inserita dalla L. 26 marzo 2001, n. 128, art. 6, comma 6, fu introdotta, a seguito di ampio dibattito in ordine alla problematica inerente gli "errori" contenuti in provvedimenti ormai irrevocabili... La norma, pur determinando, comunque, una deroga al principio dell'intangibilità del giudicato, ha, però, limitato la possibilità, da parte del condannato di richiedere la correzione, soltanto all'ipotesi di errore materiale o di fatto. Come ripetutamente ribadito, deve quindi trattarsi di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco. Non è consentito, invece, il rimedio straordinario quando ci si trovi in presenza di un errore valutativo... In conclusione il principio ispiratore di tutte le norme sopraindicate consente di affermare che, quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni (a meno di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema), non sia possibile rimettere in discussione il giudicato».

A ciò si aggiunga che, in linea di principio, l'intervento del giudice dell'esecuzione è ammesso purché non implichi valutazioni discrezionali in ordine alla specie ed alla durata della pena da emendare⁸⁸.

Pertanto, nulla osta, nell'ipotesi di specie, al "recupero" in esecuzione dell'effetto premiale più favorevole in relazione alle fattispecie di reato contravvenzionale di cui all'art. 442, 2° co., c.p.p., ove si consideri che la relativa diminvente dà luogo ad una riduzione di pena fissa, predeterminata ed automatica, senza alcuna discrezionalità valutativa da parte del giudice.

7. Linee di tendenza

Lo "scenario" è nel senso che il ricorso all'incidente di esecuzione sia ammesso ogniqualvolta debba assicurarsi tutela ai diritti di libertà individuale, che devono essere considerati preminenti rispetto all'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici definiti. A tacer d'altro, ciò si riscontra qualora la perdurante compressione dei diritti di specie consegua all'applicazione di una disposizione di legge, anche diversa da quella incriminatrice, che sia stata abrogata, modificata in termini più favorevoli o dichiarata incostituzionale in un momento successivo alla sua applicazione nel corso del giudizio di cognizione⁸⁹ ovvero ancora per conformarsi ai precetti della Convenzione per la

⁸⁸ Così, in sede motiva, ancora v. Cass. Sez. Un., 29 maggio 2014, Basile, cit., in *questa Rivista*, ove si rileva, tra l'altro e a titolo esemplificativo, che «*anche in tema di disciplina del concorso formale e del reato continuato a norma dell'art. 671 (nella quale, ... per espresso dettato normativo, maggiori sono i poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione), l'art. 187 disp. att. c.p.p. prevede che si consideri violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato. Tale specifica regola, diversa da quella operante nella fase di cognizione, è dettata dai limitati poteri dell'organo giurisdizionale in executivis, chiamato a dare attuazione al dictum contenuto nella sentenza, interpretandolo od integrandolo, senza facoltà di determinarlo. E tale diversità non è in contrasto con il parametro costituzionale dell'art. 24 Cost., poichè i poteri del giudice dell'esecuzione sono ispirati al criterio della intangibilità del giudicato e consistono nel rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base di un criterio oggettivo meno discrezionale di quello spettante al giudice della cognizione*».

⁸⁹ In proposito, tra le altre, v. Cass., Sez. III, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, in www.cortedicassazione.it, che -dopo aver richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ha "esteso" i poteri del giudice dell'esecuzione in applicazione dell'art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953- ha sottolineato che «*a fronte di una sentenza di illegittimità costituzionale che incida sul trattamento sanzionatorio, deve ammettersi che il giudice dell'esecuzione... debba non solo intervenire sulla misura della pena (e, nel caso delle fattispecie oggetto della sentenza n. 56 del 2016, addirittura sulla sua specie), trasformando in legale una sanzione ormai illegale... ma debba anche dichiarare l'estinzione per prescrizione del reato quando accerti che i termini di cui agli artt. 157 ss. c.p.p. - calcolati sulla sanzione editale come ricavata dalla pronuncia di incostituzionalità - erano interamente spirati alla data dell'ultima sentenza di merito. Il giudice dell'esecuzione, pertanto, si deve porre -ora per allora- nella stessa ottica che avrebbe avuto il*

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a seguito di una sentenza di condanna che la Corte EDU pronunci nei confronti dello Stato italiano⁹⁰.

Sta di fatto, però, che la protezione dei diritti fondamentali *post iudicatum* è stata sperimentata dalla prassi ermeneutica anche in situazioni in cui manchi una sentenza sovranazionale o costituzionale che accerti la relativa lesione; ciò è avvenuto in specifica relazione con il principio di legalità della pena, la cui violazione è considerata rimediabile facendo ricorso -in linea di principio- proprio alla giurisdizione esecutiva.

In proposito, la "fattispecie sperimentale" su cui si è "cimentata" la giurisprudenza è quella della pena -extra o contra legem- che sia irrogata all'esito del processo di cognizione, qualora sia consacrata in una sentenza divenuta irrevocabile.

D'altronde, già nel vigore del codice di rito del 1930 si era considerata rilevabile *in executivis* l'applicazione di una pena illegittima, in quanto non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente il relativo limite legale, per specie o quantità, posto che la *primauté* del principio di legalità della pena -enunciato

giudice della cognizione se si fosse pronunciato successivamente alla declaratoria di incostituzionalità e, con l'unico ed insuperabile limite dei rapporti ormai esauriti e non più ritrattabili, deve dare attuazione alla pronuncia medesima impedendo che la norma già oggetto di censura, ormai espunta dall'ordinamento- possa produrre qualsivoglia ulteriore effetto». Segnatamente, la decisione in discorso ha scrutinato il tema delle "implicazioni applicative" conseguenti alla sentenza della Corte costituzionale, n. 56 del 2016, in www.giurcost.org, che ha dichiarato l'illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 181, co. 1-bis, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), recante un'ipotesi delittuosa del reato, altrimenti contravvenzionale, di «opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa» su beni paesaggistici, nella parte in cui prevede che «: a) ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142 ed». Per effetto di tale declaratoria, che ha colpito la modifica *in peius* apportata all'art. 181, comma 1-bis, d.lgs. cit. dalla l. 15 dicembre 2004, n. 308, talune fattispecie delittuose così introdotte sono state riassorbite, per via della riespansione della precedente disciplina, nella meno grave fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 181, comma 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Sul tema, di specie, tra gli altri, BIONDI, *Effetti dell'incostituzionalità dell'art. 181, comma 1-bis, del d.lgs. 42/2004 sul giudicato penale: un primo arresto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it; DE GASPERIS, *La pronuncia di prescrizione in executivis come ulteriore rimedio in caso di pena illegale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 2, 361. In termini critici rispetto al menzionato orientamento ermeneutico, in ragione della sovrapposizione di ruoli fra giurisdizione cognitiva ed esecutiva, CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, cit., pp. 90 ss.

⁹⁰ In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, Lovric, cit., in *questa Rivista*.

dall'art. 1 c.p. e, seppur implicitamente, dall'art. 25, 2° co., Cost.- non vale in esclusiva con riferimento al giudizio di cognizione⁹¹.

Senonché, tale impostazione si è ulteriormente consolidata con il Codice Vassalli, anche alla stregua di univoche opzioni disciplinari⁹²: infatti, pur in difetto di una espressa disciplina codicistica, l'osservanza della *grundnorm* dell'art. 1 c.p. non è affidata in esclusiva alle impugnazioni esperibili nel corso del procedimento di cognizione; il principio di legalità della pena è valore di rango costituzionale che permea di sé l'intero sistema e che legittima, per così dire, culturalmente ed in senso laico, il processo, che non può essere sacrificato aprioristicamente sull'altare del giudicato⁹³. Pertanto, la specifica valenza costituzionale -pur in assenza di una norma *ad hoc* per il processo di esecuzione- impone l'immediata operatività della norma superiore (art. 25, 2° co., Cost., art. 7 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), che va attivata ai sensi degli artt. 665, 666, 670 c.p.p. come opzione interpretativa necessaria⁹⁴.

Ciò posto, v'è perlomeno un profilo, trasversale, di "insoddisfazione" che si coglie dall'esame delle norme (sostanziali e processuali: è lo stesso) che tratteggiano, in genere, i lineamenti fisiologici della giurisdizione esecutiva e colgono, in particolare, la regola di relazione che individua la cifra della legalità intertemporale, per l'appunto, all'intersezione tra diritto penale e processo.

Sotto il primo aspetto, sono oramai maturi i tempi per un intervento legislativo che persegua finalità razionalizzatrici dei compiti funzionali del giudice dell'esecuzione e che sia, per l'effetto, di ampio respiro⁹⁵.

Infatti, l'apertura del giudicato -che, come detto in precedenza, è un fenomeno che s'è consolidato per effetto di una legittima lettura estensiva degli artt. 669/676 c.p.p. ovvero di altre disposizioni comunque fondanti un intervento sul titolo esecutivo⁹⁶- ha prodotto effetti estremamente rilevanti -seppur nel perseguimento di "finalità commendevoli"- rispetto al principio di stretta lega-

⁹¹ Cass., Sez. V, 29 aprile 1985, Lattanzio, cit., Rv. 169333

⁹² Il riferimento, come sottolineato più volte nel corpo del testo, è anche, ma non solo, al disposto degli artt. 671 e 673 c.p.p. in tema, rispettivamente, di «*Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato*» e di «*Revoca della sentenza per abolizione del reato*».

⁹³ Cass., Sez. Un., 27 novembre 2014, Basile, cit., in *questa Rivista*.

⁹⁴ Cass., Sez. Un., 27 novembre 2014, Basile, cit., in *questa Rivista*.

⁹⁵ In tal senso, v. LAVARINI, *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, cit., in *questa Rivista*.

⁹⁶ Si ha riguardo alle disposizioni "sostanziali" di cui agli artt. 2 c.p. e 20, 4° co., l. 11 marzo 1953, n. 87, seppur prive di un "canale processuale", per così dire, di recepimento diretto.

lità processuale, che è costituzionalmente sancito dall'art. 111, 1° co., Cost.⁹⁷ e nei rapporti tra il giudizio di cognizione e quello di esecuzione. Il riferimento, tra l'altro, è al tema dei limiti che la c.d. componente accertativa del giudicato può opporre al giudice dell'esecuzione, al fine di evitare che il controllo *in executivis* “debordi” in una forma di impugnazione straordinaria⁹⁸.

Sotto il secondo aspetto, invece, desta ragionate perplessità la norma desumibile dall'art. 2, 4° co., c.p., che perdura nel condizionare l'applicabilità della *lex mitior* alla circostanza che non sia sopravvenuta alla pronuncia di una sentenza irrevocabile, tanto che se ne imporrebbe una rinnovata formulazione che elida lo specifico canone selettivo.

Infatti, se la regola della retroattività *in mitius* della legge penale è suscettibile di limitazioni e deroghe e se le limitazioni *de quibus* sono giustificabili qualora risultino oggettivamente ragionevoli, allora sembra *contra tenorem rationis* e non proporzionato il criterio posto dal legislatore del 1930, laddove sancì - con riferimento al fenomeno successorio di cui all'art. 2, 4° co., c.p.- il principio generale d'impermeabilità del giudicato di condanna all'applicazione retroattiva della legge penale nel caso di sopravvenuta modifica in senso favorevole al reo.

Vale a dire.

L'uguaglianza induce al medesimo trattamento dei fatti occorsi prima o dopo la modifica favorevole e la proporzione rende ingiustificata la perpetuazione di un trattamento giuridico divenuto deteriore alla stregua di una nuova disciplina, alla luce di rinnovate opzioni assiologiche compiute dal legislatore.

Per conseguenza, essendosi passati dal Codice Rocco, che prevedeva una sostanziale intangibilità del giudicato -che valeva quale principio assoluto di tutela dell'autorità dello Stato totalitario- ad una idea del medesimo istituto che, al contempo, assolve ad una funzione pratica di razionalità dell'ordinamento⁹⁹ e assicura l'osservanza di un principio costituzionale¹⁰⁰ corrispondente con la

⁹⁷ Sui rapporti tra principio di legalità e processo penale, tra gli altri, NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 650 ss.; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, 527 ss.; DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in www.archiviopenale.it; ID., *I tortuosi percorsi della legalità mancata: dalla flessibilizzazione del “tipo” alla libertà delle forme probatorie e all'imprevedibilità della decisione*, *ivi*.

⁹⁸ In tema, tra gli altri, GAITO, *La riapertura del processo*, in *Arch. pen.*, 2017, 956 ss.

⁹⁹ Il riferimento è alla circostanza che i giudizi devono terminare prima possibile ed all'uopo devono essere previsti mezzi che impediscano la loro indefinita pendenza.

¹⁰⁰ Si ha riguardo al principio di ragionevole durata del processo *ex art. 111, 2° co., Cost.*

relativa ragione pratica, allora sembra eterodossa, anche per la sua inattualità, la succitata regola codicistica (art. 2, 4° co., c.p.) ove sia posta in relazione, per l'appunto, con i criteri di uguaglianza e proporzione: infatti, è lecito ritenere che essi legittimino la deroga all'intangibilità del giudicato qualora, a fronte di una rapporto esecutivo non ancora esaurito, sopravvenga una *lex mitior* che, in quanto tale, migliori la condizione del condannato durante il percorso rieducativo¹⁰¹. Il che -all'evidenza- tutelerebbe un valore la cui protezione è ben più meritevole della ragion pratica che sottende l'istituto del giudicato¹⁰².

¹⁰¹ F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, cit., pp. 278 ss., il quale -con riferimento all'istituto della revisione- sottolinea che è difficile comprendere perché, quando emerga una nuova prova sulla sussistenza o insussistenza di una circostanza, questa non possa sorreggere una richiesta di revisione, non potendosi dubitare che sussista -anche rispetto all'ipotesi di specie- l'esigenza di non "sacrificare" al giudicato la tutela del diritto alla libertà personale.

¹⁰² Quanto detto, d'altronde, vale ancor più ove si consideri che -per effetto dell'art. 14 l. 24 febbraio 2006, n. 85- la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 c.p.p. qualora vi sia stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria (art. 2, 3° co., c.p.)