
BARBARA LAVARINI

L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative

Nell'intento di non lasciare senza rimedio l'illegalità della pena o della condanna, pur se "cristallizzata" dal giudicato, la giurisprudenza degli ultimi anni ha significativamente incrementato i margini di manovra del giudice dell'esecuzione, spingendosi talora a scardinare apertamente il principio di tassatività degli interventi *post-judicatum*. Nella convinzione che la meritevolezza dell'obiettivo non giustifichi forzature della *littera legis* contrastanti col principio di legalità processuale, lo studio mette in evidenza come i pur pregevoli spunti offerti dal diritto vivente richiedano, ad evitare il protrarsi di una situazione gravemente caotica, una definitiva "messa a sistema" da parte del legislatore.

The incident involving the remedy of the sentence and the illegal sentence: between "pretoria" reforms and missed legislative reforms

In order to grant a remedy against the unlawfulness of the sentence or of the conviction, notwithstanding the res judicata, the recent case law has significantly increased the powers of the implementation judge. Sometimes, the said case law even came to openly undermine the principle according to which res judicata can be removed or modified only in cases provided by law. Based on the assumption that the importance of the aim does not justify forcing the letter of the law against the principle of procedural legality, the article emphasizes that the valuable ideas offered by the case law need to be set up by the legislator, so as to avoid a seriously chaotic situation.

SOMMARIO. 1. Premessa. - 2. Giudice dell'esecuzione e pena costituzionalmente e/o convenzionalmente illegale. - 3. Giudice dell'esecuzione e fenomeni di successione normativa incidenti sulla legalità della condanna. - 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* Negli ultimi anni si è assistito a un progressivo ampliamento per via pretoria dei margini d'intervento del giudice dell'esecuzione, sul presupposto che nell'"incidente" ex art. 666 ss. c.p.p. possa individuarsi una sorta di "ultima spiaggia" su cui approdare quando, a tutela dei diritti individuali, occorra mettere mano al giudicato - *in primis*, ma non solo, in adeguamento alle decisioni delle Corti europee -, ma nessun altro strumento sia disponibile nella fattispecie concreta, complice, spesso, la colpevole inerzia del legislatore¹. Siffatta operazione è stata condotta non soltanto attraverso la via - legittima - di

¹ Una prima manifestazione di questo orientamento risale come è noto a Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, 1441, che, in assenza di un rimedio idoneo a riaprire i processi in esecuzione di una sentenza della Corte di Strasburgo accertativa di una violazione del *fair trial* - rimedio solo successivamente introdotto dalla Corte costituzionale nelle forme delle "revisione europea" - ha utilizzato il procedimento ex artt. 666 e 670 c.p.p. per disporre la cessazione, in favore del ricorrente vittorioso a Strasburgo, dell'esecuzione della pena detentiva. Rileva FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *questa rivista (web)*, 2013, n. 2, 15, che, in particolare a seguito del predetto intervento del giudice di legittimità,

una lettura estensiva degli artt. 669-676 c.p.p. o di altre disposizioni comunque fondanti un intervento sul titolo esecutivo – si pensi, in particolare, alle previsioni “sostanziali” ex art. 2 c.p. e 30 co. 4 l. 11 marzo 1953, n. 87, quand’anche non dotate di uno specifico “canale processuale” di recepimento –, ma pure – in termini ben più dirompendi – “sconfessando” esplicitamente il carattere tassativo degli interventi *post-iudicatum*².

Noti, e indubbiamente meritevoli, gli obiettivi perseguiti da questo orientamento, che, per quanto qui più strettamente interessa, possono riassumersi nell’esigenza di non lasciare mai senza rimedio l’illegalità – *lato sensu* intesa³ – della condanna o del trattamento sanzionatorio, seppure cristallizzati dalla *res iudicata*⁴. Dirompendi, però, gli effetti che ne sono derivati, da un lato, sul principio di stretta legalità processuale – oggi costituzionalmente sancito dall’art. 111 co. 1 Cost.⁵ –, dall’altro, nei rapporti fra il giudizio di cognizione e quello di esecuzione: sotto questo secondo profilo è “esploso”, in particolare, il problema dei limiti che il giudicato, nella componente accertativa, possa ancora opporre al giudice dell’esecuzione, ad evitare che il controllo *in executivis*, con un’ulteriore confusione di piani, sconfini in una forma di impugnazione straordinaria⁶. Se, infatti, quanto alle attribuzioni conferite a tale giudice dalla legge detti limiti sono positivamente delineati – si pensi all’art. 671 c.p.p., che permette l’applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato in quanto «non sia stata esclusa dal giudice della cognizione» –, nei “nuovi terreni” di intervento *in executivis* è ancora il diritto pretorio a tracciarli, ciò che sta conducendo ad intollerabili disparità di trattamento.

«la strada era tracciata e il cammino successivo» – verso spazi sempre più ampi di ineseguitibilità del giudicato – «ovviamente conseguente».

² Ribadiscono invece con forza tale carattere, da ultimo, BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. bras. der. proc. pen.*, 2018, n. 4, 1059 s.; CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, Torino, 2018, 77.

³ Cioè ascrivibile tanto ad una macroscopica “svista” del giudice di cognizione, quanto ad evenienze, successive al giudicato, che la legge non individui espressemente come fondanti un intervento “revocatorio”, quali la dichiarazione di incostituzionalità di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio o l’emersione, per effetto della giurisprudenza delle Corti europee, dell’incompatibilità della condanna o della pena rispetto ad un precetto convenzionale o “comunitario”.

⁴ Per un’analisi generale del fenomeno cfr., fra gli altri, F. GAITO, *La riapertura del processo*, in *questa rivista*, 2017, 956 ss.

⁵ Sul tema, in termini particolarmente critici, CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3 (*Appendice*), 967; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *questa rivista (stampa)*, 2017, n. 2, 440 s.

⁶ Sottolinea questo pericolo, fra gli altri, F. CENTORAME, *La cognizione*, cit., 77 ss.

Date queste premesse, ci si propone, una volta sinteticamente evidenziate le singole “direttrici” dell’espansione pretoria della giurisdizione esecutiva, di formulare qualche indicazione di “riordino”, nell’auspicio di un intervento legislativo che, salvando quanto di buono il diritto vivente ha suggerito, riconduca ambiti di intervento e procedure della predetta giurisdizione alla legalità processuale costituzionalmente sancita, ciò che è tanto più necessario quando – come nel caso di specie – si tratti di superare il giudicato.

2. Giudice dell’esecuzione e pena costituzionalmente e/o convenzionalmente illegale. Un primo ampliamento degli spazi della giurisdizione esecutiva si registra sul fronte della c.d. pena illegale: alla potestà, tradizionalmente riconosciuta al giudice dell’esecuzione e di cui può trovarsi fondamento positivo nell’art. 670 c.p.p., di dichiarare in tutto o in parte inesistente il titolo esecutivo recante una sanzione non prevista dalla legge o eccedente i limiti legali – purché l’illegalità sia frutto di una mera svista, non di un errore valutativo, del giudice di cognizione⁷, si è da alcuni anni “aggiunto” il potere del primo giudice di ridefinire la pena a seguito della declaratoria di incostituzionalità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio⁸, o in adeguamento a una decisione della Corte di Strasburgo accertativa dell’illegalità convenzionale della pena stessa⁹.

Sotto il primo profilo, l’ormai pacifico orientamento della giurisprudenza ordinaria e costituzionale è in sé condivisibile, alla sola condizione che se ne individuino i corretti fondamenti normativi. In difetto di indicazioni legislative *ad hoc*, significative difficoltà si registrano, però, in ordine agli strumenti, ai confini ed agli effetti dell’operazione di ricalcolo della pena “incostituzionale”.

⁷ Cfr., già nella vigenza del codice del 1930, Cass., Sez. V, 29 maggio 1985, Lattanzio, in *Mass. Uff.*, n. 169333; Id., Sez. I, 25 giugno 1982, Carbone, *ivi*, n. 156173. Nel vigore dell’attuale codice, Id., Sez. I, 3 marzo 2009, Alfieri, *ivi*, n. 243742; Id., Sez. I, 6 luglio 2000, Colucci, *ivi*, n. 216746; più di recente, con qualche diversa sfumatura, Id., Sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240/2015, Basile, in *Cass. pen.*, 2015, 2564; Id., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*, 2016, 492. In dottrina, per la riconduzione delle situazioni di illegalità sanzionatoria evidenziate nel testo alla “mancanza” del titolo ex art. 670 c.p.p., cfr., tra gli altri, CORBI - NUZZO, *Guida pratica all’esecuzione penale*, Torino, 2003, 223; CAPRIOLI - VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*², Torino, 2011, 264.

⁸ Cfr., per la definitiva “consacrazione” di tale orientamento – aperto da Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in *Cass. pen.*, 2012, 1660, Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *ivi*, 2015, 41.

⁹ Il principale riferimento va, naturalmente, a Corte cost. n. 210 del 2013, nonché a Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2015, 28.

Come è noto, gli artt. 666 e ss. non si occupano espressamente delle conseguenze *post-iudicatum* della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse da quelle incriminatrici – data l’indubbia riferibilità dell’art. 673 c.p.p. solo a queste ultime –, ma che siffatte conseguenze si producano, e che sia il giudice dell’esecuzione a doversene occupare, ben può sostenersi sulla base di una lettura estensiva dell’art. 30, co. 4, L. n. 87 del 1953: invero, il riferimento di tale disposizione alla «norma», dichiarata incostituzionale, in «applicazione» della quale una condanna penale è stata pronunciata, si presta ad includere non solo le norme incriminatrici, ma anche quelle incidenti sul trattamento sanzionatorio, conseguendone che pure la dichiarazione di illegittimità di queste ultime possa riverberarsi *post-iudicatum*, determinando la cessazione dell’esecuzione della quota di pena, inflitta in applicazione della norma illegittima¹⁰. Né questa lettura è di per sé impedita dal fatto che la previsione “sostanziale” ex art. 30 co. 4 l. cit. trovi esplicita “corrispondenza processuale”, nel già menzionato art. 673 c.p.p., limitatamente alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice. Premesso che la previsione sostanziale è da sola sufficiente a sostenere l’intervento *in executivis*¹¹, ove se ne voglia individuare un canale processuale di recepimento può farsi riferimento all’art. 670 c.p.p.¹², nella parte in cui demanda al giudice dell’esecuzione di accertare la ‘mancanza’ del titolo esecutivo: se per titolo ‘mancante’ – come già accennato – può intendersi quello recante una pena *a monte* non prevista dalla legge o eccedente i limiti legali, non si ravvisano ostacoli all’estensione della categoria, in combinato disposto con l’art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953, al titolo recante un

¹⁰ Cfr., in particolare, Corte cost. n. 210 del 2013. In dottrina, fra gli altri, S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2015, n. 1, 32 s.; 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., nonché, volendo, LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, 1907 s. In termini critici, invece, CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2103, 286 ss.; GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, 82 ss.

¹¹ Come del resto la previsione, anch’essa priva di corrispondenza nel codice di rito, di cui all’art. 2 co. 3 c.p., che, in deroga al principio per cui la *lex mitior* che non si traduca in un’*abolitio criminis* non si applica dopo il giudicato (art. 2 co. 2 c.p.), sancisce la conversione della pena detentiva originariamente inflitta quando, dopo la condanna irrevocabile a tale pena, una *lex posterior* preveda esclusivamente quella pecuniaria.

¹² Cfr. anche VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 4, 8.

trattamento sanzionatorio divenuto illegale per via di una declaratoria di incostituzionalità, peraltro operante *ex tunc*¹³.

È invece assai più discutibile arrivare alla medesima conclusione partendo dal presupposto che, gli effetti delle declaratorie di illegittimità costituzionale estendendosi a tutti i rapporti non esauriti (art. 30, co. 3, legge n. 87 del 1953), la rideterminazione sanzionatoria ad opera del giudice dell'esecuzione, lungi dal costituire una deroga all'intangibilità del giudicato eccezionalmente sancita dall'art. 30, co. 4, legge cit., sia effetto "fisiologico" della dichiarazione di incostituzionalità sul rapporto processuale esecutivo, che non potrebbe dirsi "esaurito" sino alla completa espiazione della pena¹⁴. Quest'ultima impostazione – pur autorevolmente sostenuta dalle Sezioni unite¹⁵ – postula che l'esecuzione della pena irrevocabilmente inflitta continui a fondarsi sulla norma "sanzionatoria" che la prevede – alle cui vicende sarebbe giocoforza sensibile –, anziché sul comando, cristallizzato nel titolo esecutivo, formulato in applicazione di quella norma: in siffatto contesto, il giudice dell'esecuzione potrebbe sempre "riapplicare" – *rectius* disapplicare – la norma penale sanzionatoria dichiarata incostituzionale, a prescindere dal fatto che l'art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953 glielo consenta espressamente¹⁶. Tale lettura, oltremodo eversiva dei rapporti fra giurisdizione di cognizione ed esecutiva, è però smentita testualmente proprio da quest'ultima disposizione, laddove, stabilendo che «quando è stata pronunciata sentenza di condanna in *applicazione* della norma dichiarata illegittima ne *cessano* l'esecuzione e gli effetti penali», distingue plasticamente il momento, situato nel passato, dell'applicazione della norma, da quello, presente, in cui non si deve che riscontrare, agli effetti esecutivi, la relativa caducazione¹⁷. In altre parole, al giudice dell'esecuzione – se non si vuole alterarne integralmente il ruolo, ciò che implicherebbe una chiara presa di posizione legislativa – non è

¹³ Ciò che, fra l'altro, rende non irragionevole il diverso trattamento della successione normativa *in mitius* di fonte costituzionale rispetto alla successione di fonte legislativa, che – quando non abbia portata radicalmente abolitiva e con l'eccezione della fattispecie *ex art. 2 co. 3 c.p.* – non consente di scavalcare il giudicato: mentre, infatti, la declaratoria di illegittimità costituzionale opera *ex tunc*, con effetti invalidanti, il fenomeno abrogativo opera *ex nunc* e non produce tali effetti.

¹⁴ In termini analogamente critici VICOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.; Id., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit.

¹⁶ Cfr. ancora VICOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. già, volendo, LAVARINI, *I rimedi post iudicatum alla violazione dei canoni europei*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, p. 112.

dato intervenire sul giudicato attraverso una nuova applicazione/disapplicazione di norme già definitivamente applicate nel giudizio di cognizione, ma solo di prendere atto che quelle norme sono “cadute”, e che si è conseguentemente configurato un evento a cui la legge – nella specie l’art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953 – attribuisce efficacia risolutiva o modificativa del giudicato¹⁸.

L’adesione all’una o all’altra impostazione non è per nulla indifferente allorché ci si interroghi sul ruolo del giudice dell’esecuzione nel recepire *post-iudicatum* gli effetti *ultra partes* di una decisione della Corte di Strasburgo, allorché questa metta in luce l’incompatibilità di una norma sanzionatoria interna col principio di legalità *ex art. 7 CEDU* (ciò che è concretamente accaduto a seguito della decisione della Grande Camera *in re Scoppola c. Italia*, quando si è posto il problema dei relativi riflessi in favore di quanti, non avendo adito la Corte dei diritti umani, versassero in posizione analoga al ricorrente vittorioso¹⁹).

Va premesso che – salvo al più il caso in cui si abbia a che fare con una sentenza “pilota” nella corretta accezione del termine²⁰ –, una tale situazione esorbita dagli obblighi di *esecuzione* del giudicato europeo sanciti dall’art. 46

¹⁸ Cfr., con particolare incisività, CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 272 s.; VICOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Corte Edu, Gr. Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*. Per tutti i dettagli dell’ormai notissima vicenda originata da tale decisione cfr., *ex plurimis*, GAMBARDELLA, *Declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale non incriminatrice e intangibilità del giudicato*, in *Speciale CEDU e ordinamento interno*, a cura di Gialuz, Marandola, in *Dir. pen. proc. (Speciali)*, 2014, 63 ss.

²⁰ Come è noto, per sentenza “pilota” si intende la particolare tipologia decisoria utilizzata dalla Corte di Strasburgo allorché *apertamente* imputi la violazione convenzionale riscontrata ad un vizio strutturale dell’ordinamento interno: a norma dell’art. 61 del Regolamento della Corte, detta sentenza si caratterizza, oltreché per l’*esplicita* indicazione del vizio strutturale, per la formulazione *espresa* nel dispositivo delle misure generali necessarie, secondo la Corte europea, a rimediare e prevenire violazioni potenzialmente seriali (o quantomeno per la formulazione delle une e delle altre indicazioni in motivazione, con chiaro ed espreso riferimento agli obblighi esecutivi *ex art. 46 CEDU* - c.d. *quasi-pilot judgement*: cfr. L.A. SICILIANOS, *The involvement of the european Court of human rights in the implementation of its judgments: recent developments under art. 46 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, n. 32, 244 ss.). In ragione di ciò, potrebbe fondatamente sostenersi che detta tipologia di sentenza si rivolga anche a chi, senza avere adito la Corte di Strasburgo, versi nella medesima situazione del ricorrente. Nella giurisprudenza italiana, peraltro, di sentenza “pilota”, o “quasi tale”, si tende a dare una lettura impropriamente estensiva, riconducendovi anche quelle decisioni – come Corte Edu, Gr. Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit. – che solo implicitamente facciano emergere un problema strutturale del sistema interno: cfr. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 7.

CEDU - riferibili al solo ricorrente vittorioso a Strasburgo, e certamente suscettibili di adempimento *in executivis* ex art. 670 c.p.p.²¹ -, attenendo al diverso piano del vincolo *interpretativo* che dal giudicato convenzionale, in quanto faccia emergere un difetto strutturale dell'ordinamento interno, può derivare al giudice nazionale²².

Ciò posto, la tesi che noi sosteniamo preclude in radice, nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente a Strasburgo, la possibilità di intervenire *post-iudicatum* senza passare attraverso una questione di legittimità, per violazione degli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, della norma sostanziale di riferimento (ciò che, una volta accolta la questione, legittimerebbe l'intervento *in executivis* ai sensi dell'art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953). Al contrario, se il giudice dell'esecuzione fosse ancora investito, nonostante il giudicato, del potere di *applicare* le norme sostanziali, fondanti la determinazione sanzionatoria, al fine di vagliarne la perdurante legalità, egli - va da sé, entro i limiti permessi dalla *littera legis* -, potrebbe anche *reinterpretarle* in senso convenzionalmente conforme, senza necessità di adire la Corte costituzionale²³.

²¹ Alla luce del già citato orientamento, che riconduce l'illegalità della pena fra i casi di "mancanza" del titolo esecutivo, ben può sostenersi, infatti, che il dispositivo di una siffatta decisione europea, quale norma del caso concreto, renda illegale la pena originariamente applicata. In effetti, l'idoneità dell'art. 670 c.p.p. a risolvere le menzionate situazioni di "diretto" adeguamento convenzionale è stata espressamente riconosciuta da Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Cass. pen.*, 2010, 3389, che, in esecuzione del giudicato europeo, ha convertito la pena dell'ergastolo, originariamente inflitta a Scoppola in violazione del principio della *lex mitior* ex art. 7 CEDU, in trent'anni di reclusione. La Cassazione, sebbene fosse stata adita a norma dell'art. 625-bis c.p.p., e per ragioni di economia processuale abbia preferito decidere in tale sede, ha affermato che sarebbe stato «pienamente conforme alla normativa vigente» affidare la sostituzione della pena al giudice dell'esecuzione, a norma dell'art. 670 c.p.p. Per un approfondimento cfr., volendo, LAVARINI, *I rimedi post-iudicatum*, cit., 107.

²² Per la chiara distinzione fra i due piani cfr. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea*, cit., 7. In una diversa prospettiva, maggiormente favorevole a ricondurre nell'ambito esecutivo delle decisioni convenzionali anche i relativi effetti *erga alios*, seppure a certe condizioni, ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *questa rivista*, 2018, 39 ss.

²³ In questi termini, VIGANÒ, *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it.

Come è noto, è quest'ultima la soluzione prospettata dalle Sezioni unite nell'ultima tappa del caso "Scoppola/Ercolano"²⁴, peraltro in contrasto con la sentenza del Giudice delle leggi nella medesima vicenda²⁵, oltretutto con una successiva giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, per cui il "passaggio" attraverso la Consulta è invece imprescindibile, ad evitare, anche, di lasciare alle diverse sensibilità dei singoli giudici comuni il delicato compito di accertare la "portata espansiva" della decisione europea²⁶.

Di qui un chiaro esempio di come, a fronte di pur giustificate aperture giurisprudenziali, l'incapacità del legislatore, quantomeno, di governarle *ex post* produca una situazione intollerabilmente confusa.

²⁴ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, cit.: la Corte non si è limitata a prendere atto che, per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, conv. in l. n. 4 del 2001, ad opera della sentenza costituzionale n. 210 del 2013, la posizione dei "fratelli minori" di Scoppola era confluita nella disciplina *ex art.* 30 co. 4 l. n. 87 del 1953 - la quale, pacificamente, consente un intervento *post-judicatum* di rideterminazione della pena -, ma ha lasciato intendere, *pro futuro*, che il giudice dell'esecuzione, ove ravvisi l'"incompatibilità convenzionale" di una norma penale interna posta a fondamento del titolo esecutivo, possa anche, consentendolo il dato testuale, reinterpretarla conformemente alla CEDU.

²⁵ Corte cost., n. 210 del 2013, § 8 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Ci riferiamo alla vicenda che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità, per violazione degli artt. 117 Cost., 7 CEDU e 2 Prot. 4 CEDU - interpretati alla luce della sentenza della Grande Camera *De Tommaso c. Italia* -, dell'art. 75 co. 2 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» connessi alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale (Corte cost., n. 25 del 2019). Invero la Cassazione rimettente (Cass., Sez. II, ord. 11 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso, in *Dir. pen. cont.* (31 ottobre 2017), resistendo alla tentazione di un'«esasperata "interpretazione conforme"», ha investito il Giudice delle leggi nonostante un precedente delle Sezioni unite, con una lettura parzialmente «abolitiva» della fattispecie incriminatrice, avesse già risolto la questione in senso conforme ai canoni europei (Cass. Sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *Cass. pen.*, 2017, 2348). Ciò sul presupposto che «il ricorso all'interpretazione adeguatrice, strumento a vocazione casistica, si rivela/i inadeguato a garantire la certezza del diritto necessaria quando sia in gioco la definizione dell'area delle condotte penalmente rilevanti», tantopiù - ed è questo il profilo di nostro maggiore interesse - quando «sia in predicato una sorta di interpretazione abolitiva *che pretenda di travolgere il giudicato*» (come nel caso di specie, in cui, data l'«inammissibilità del ricorso per cassazione, il giudicato "sostanziale" poteva dirsi formato»). Nell'accogliere la doglianza, il Giudice delle leggi ha pienamente condiviso l'impostazione del rimettente, in particolare nel reputare rilevante la questione di costituzionalità, nonostante la stessa avesse già trovato soluzione nel diritto vivente. Nel dettaglio, appare molto significativo che la Corte costituzionale abbia espressamente confermato il diverso ruolo - rispetto all'interpretazione "adeguatrice" - del giudice che intervenga *ante o post-judicatum*: invero, nella «limitata area...costituita dall'esecuzione del giudicato penale di condanna», nonché «dalla rilevanza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per cassazione inammissibile» - con conseguente formazione del giudicato "sostanziale" -, «occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale "contestata", «schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale» "convenzionalmente conforme", sia o no compatibile col principio, costituzionale e convenzionale, di legalità penale.

Analogo problema si pone in ordine ai margini di discrezionalità del giudice dell'esecuzione nel caso in cui l'operazione di ricalcolo, seguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale e/o convenzionale di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio, non sia meramente automatica. Sotto questo profilo, l'assenza di una disciplina *ad hoc*, atta a chiarire fino a che punto detto giudice sia "limitato" dal giudicato, ha dato luogo a contrasti interpretativi - e conseguenti disparità di trattamento - al limite del paradossale.

Nell'occuparsi degli effetti della declaratoria di illegittimità di un limite al bilanciamento fra attenuanti e recidiva²⁷, nonché dell'impatto *post-iudicatum* della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 - concernente il regime sanzionatorio dei reati in materia di stupefacenti -, le Sezioni unite hanno rilevato come risponda ad esigenze «di razionalità del sistema processuale» - e trovi peraltro espresso riscontro nelle previsioni *ex artt.* 671 e 675 c.p.p. -, che, quando la legge demandi al giudice esecutivo una determinata funzione - nella specie, quella di ricondurre a legalità la pena inflitta in base a una norma costituzionalmente illegittima -, questi fruisca di tutti i poteri necessari al relativo esercizio²⁸, e possa quindi compiere autonome valutazioni, alla sola condizione che non contraddicano «quanto già accertato dal giudice di cognizione per ragioni di merito, cioè...quanto accertato *non* facendo applicazione della norma dichiarata incostituzionale»²⁹. In questa prospettiva, il giudice dell'esecuzione, *in primis*, dovrà "interpretare il giudicato" - onde ricavarne tutte le potenzialità, esplicite ed implicite, che, senza scardinare le valutazioni già espresse dal giudice di cognizione, gli consentano di rideterminare la pena -, *in secundis*, potrà eventualmente procedere all'«esame degli atti processuali», o «assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio», a norma dell'art. 666 co. 5 c.p.p.³⁰

Questo orientamento confligge però con le pressochè contemporanee decisioni con cui il massimo organo nomofilattico³¹, sempre in tema di rilevanza

²⁷ Il riferimento va, in particolare, a Corte cost., n. 251 del 2012.

²⁸ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit. (che, peraltro, mutua in ampia parte gli argomenti già spesi, in passato, da Id., Sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, in *Mass. Uff.*, n. 232610, onde riconoscere al giudice dell'esecuzione, che revochi *ex art.* 673 c.p.p. una sentenza di condanna, il potere di disporre la sospensione condizionale della pena applicata con altra condanna, ove ostasse al beneficio il precedente revocato).

²⁹ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, in *Cass. pen.*, 2015, 4337.

³⁰ Cass., Sez. un., 28 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

³¹ In dottrina rilevano il contrasto, fra gli altri, CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. cont.* (26 aprile 2016), 7 s.; CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale*, cit., 967; DI GERONIMO,

post-iudicatum della pena illegale – sia pure per ragioni ascrivibili ad un errore percettivo del giudice di cognizione, anziché a sopravvenienze normative di vario genere³² – ha circoscritto i poteri d'intervento del giudice esecutivo al caso in cui la sanzione “legittima” sia «determinata o comunque determinabile per legge...senza intervento di apprezzamenti discrezionali» in ordine alla relativa *species* e durata³³. E sulla medesima linea si è attestata la già richiamata giurisprudenza di legittimità *in re* Ercolano³⁴, nonché, più di recente, una delle molteplici pronunce sugli effetti diretti e riflessi della sentenza *Contrada c. Italia* della Corte di Strasburgo³⁵, che ha limitato il ricorso all'incidente esecutivo – in favore dell'esperibilità, anche *ultra partes*, della revisione “europea” – al caso in cui «l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti alcun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto»³⁶.

A dimostrazione di un orientamento quantomai ondivago della giurisprudenza di legittimità, vanno peraltro ancora ricordate alcune recenti sentenze che, nell'occuparsi degli effetti *in executivis* della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sul titolo di responsabilità, e per tale via sul

GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2016, 2528 ss.

³² DI GERONIMO, GIORDANO, *La problematica*, cit., p. 2531, sembrano ipotizzare che «la diversità di approccio rispetto alla possibilità di intervento sul giudicato» possa ricondursi alla diversa ragione a sostegno dello stesso intervento, dato il riconoscimento al giudice esecutivo di una potestà «estremamente ampia nel caso di pena illegale a seguito della pronuncia di incostituzionalità delle norme sul trattamento sanzionatorio e ben più limitata nelle ipotesi in cui il vizio della sanzione deriva dall'erronea determinazione durante il giudizio di cognizione».

³³ V. Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, cit., che ha escluso l'emendabilità *in executivis* della pena detentiva, erroneamente applicata dal giudice di cognizione per un reato di competenza del giudice di pace, in quanto, data la peculiarità del modello sanzionatorio *ex artt. 52 ss. d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, l'operazione non costituirebbe una semplice «nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata, rispetto a quello che costituisce oggetto del trattamento illegale applicato dal giudice di cognizione», ma un «nuovo giudizio, del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro il quale può trovare spazio l'intervento del giudice dell'esecuzione»; Id., Sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240/2015, Basile, cit., che, per analoghe ragioni, ha escluso che il giudice dell'esecuzione – date le circostanze del caso concreto – potesse convertire in temporanea l'interdizione perpetua dai pubblici uffici erroneamente applicata.

³⁴ Secondo la quale una delle condizioni, perché la pena “convenzionalmente illegale” possa essere ridefinita dal giudice dell'esecuzione, è che a tal fine basti un'operazione meramente ricognitiva.

³⁵ Sulla vicenda v. meglio *infra*, § 3.

³⁶ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2017, 1374.

trattamento sanzionatorio³⁷, si sono spinte a riconoscere al giudice dell'esecuzione, purché quest'ultima sia ancora in corso, la potestà non solo di rideterminare anche discrezionalmente la pena, ma addirittura – ove la rivisitazione sanzionatoria incida sulla durata dei termini di prescrizione – di dichiarare ora per allora l'estinzione del reato, con un provvedimento – asseritamente fondato sull'art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953, ma in realtà di assoluta “creazione” pretoria³⁸ – a contenuto proscioglitivo³⁹.

³⁷ Il riferimento è a Corte cost., n. 56 del 2016, dichiarativa dell'illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 181, comma 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. cit. Per un approfondimento BIONDI, *Effetti dell'incostituzionalità dell'art. 181, comma 1-bis, del d.lgs. 42/2004 sul giudicato penale: un primo arresto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.* (28 novembre 2016), 1 ss.; DE GASPERIS, *La pronuncia di prescrizione in executivis come ulteriore rimedio in caso di pena illegale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 2, 361; NATALINI, *La “contravvenzionalizzazione” del delitto paesaggistico: il sacrificio del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in *Dir. pen. cont.* (11 aprile 2016), 1 ss.

³⁸ Infatti, la declaratoria ‘ora per allora’ della prescrizione del reato non può certo qualificarsi ‘cessazione dell'esecuzione’ o degli ‘effetti penali’ della condanna, né, come sembra fare la Cassazione, possono confondersi questi ultimi effetti – ai quali soltanto si riferisce l'art. 30 co. 4 l. cit. – con gli effetti dell'applicazione della norma dichiarata illegittima.

³⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 11 luglio 2017, n. 38691, Giordano, in *www.cortedicassazione.it*: la Corte, richiamando i plurimi precedenti delle Sezioni unite “estensivi” dei poteri del giudice dell'esecuzione in applicazione dell'art. 30 co. 4 l. n. 87 del 1953, osserva 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 edittale 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 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». In termini nella sostanza analoghi, Id., Sez. III, 11 luglio 1917, n. 52438, Scamardella, *ivi*; Id., Sez. III, 6 dicembre 2017, n. 7735/2018, Mansi, *ivi*; Id., Sez. III, 18 luglio 2018, n. 55015, C.L., *ivi*; Id., Sez. III, 17 settembre 2018, n. 980/2019, Proc. Gen. in proc. Parlato, *ivi*. In termini critici rispetto a questo orientamento, in ragione della sovrapposizione di ruoli fra giurisdizione cognitiva ed esecutiva, CENTORAME, *La cognizione*, cit., 90 ss.

In questo panorama, un intervento legislativo di riordino appare indispensabile, non potendo certamente bastare un nuovo “interpello” delle Sezioni unite (pure in corso, come preciseremo a breve⁴⁰). A nostro parere, ove si concordi con la premessa per cui, l’intangibilità del giudicato non giustificando l’esecuzione di una pena illegale, spetti al giudice dell’esecuzione porvi rimedio, non si può paralizzarne di fatto l’intervento – consentendo che l’esecuzione, invece, prosegua – trincerandosi dietro al difetto, in tale giudice, di poteri discrezionali. La questione da dirimere legislativamente, allora, passa a monte: occorre cioè indicare chiaramente a quali fattispecie di illegalità possa fare fronte il giudice esecutivo – e quali limiti egli debba trarre dal giudicato – e quali, invece, vadano risolte diversamente, ad esempio attraverso un ampliamento delle impugnazioni straordinarie.

3. Giudice dell’esecuzione e fenomeni di successione normativa incidenti sulla legalità della condanna. Un secondo ambito di ampliamento giurisprudenziale dell’incidente esecutivo coinvolge i casi in cui fenomeni di successione normativa, non riconducibili alle tradizionali – e codificate – ipotesi di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice, mettano in discussione l’an – non soltanto la *species* o il *quantum* sanzionatorio – della condanna irrevocabile.

Tramite un adattamento interpretativo dell’art. 673 c.p.p., un’ormai pacifica giurisprudenza, sul presupposto che il contrasto fra una norma incriminatrice nazionale e una norma di diritto UE si traduca – almeno nel caso in cui la seconda sia sopravvenuta alla prima – in un fenomeno di *abolitio criminis*, riconosce al giudice dell’esecuzione il potere di revocare la condanna, per il reato “comunitariamente” illegittimo, in adempimento dell’obbligo, fondato sull’art. 11 Cost., di disapplicare la norma che lo prevede⁴¹. Seppure il richiamo “diretto” dell’art. 673 c.p.p. susciti qualche perplessità – data la differenza fra l’*abrogazione*, a cui la disposizione testualmente si riferisce, e la *disapplicazione*⁴² –, l’intervento *in executivis* trova comunque solido fondamento nell’art.

⁴⁰ V., *infra*, § 3.

⁴¹ Cass., Sez. III, 3 giugno 2014, n. 30591, Seck Talla, in *www.cortedicassazione.it*; Id., Sez. I, 23 settembre 2011, Isoken, in *DeJure*; Id., Sez. I, 20 aprile 2011, Sall, in *Cass. pen.*, 2011, 3763; Id., Sez. I, 28 aprile 2011, Tourghi, *ivi*, 2011, 3766.

⁴² Mentre, infatti, il primo istituto risolve un’antinomia attraverso il criterio cronologico, il secondo la risolve attraverso il criterio gerarchico.

2 co. 2 c.p., la cui lettera - «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e se vi è stata condanna ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali» - lascia più ampi margini interpretativi⁴³: ben possono qualificarsi 'legge', infatti, gli atti normativi comunitari, e finanche le sentenze della Corte di Giustizia, alle quali cui il nostro Giudice delle leggi ha riconosciuto efficacia *erga omnes* e rango para-legislativo⁴⁴. Nulla osta, allora, a individuare per via analogica nell'art. 673 c.p.p. il canale processuale dell'intervento del giudice esecutivo: non si tratta, infatti, di applicare per analogia *un* rimedio *post-iudicatum* - operazione certamente non consentita - , ma di applicare per analogia *ad un* intervento *post-iudicatum*, comunque legislativamente previsto nell'*an*, la disciplina più adatta a calibrarne il *quomodo*, ciò che, in una prospettiva di *favor rei*, appare pienamente legittimo⁴⁵.

Di un'estensione della portata dell'art. 673 c.p.p. si è peraltro discusso - e si sta ancora discutendo - anche con riguardo alla condanna in contrasto col principio convenzionale di legalità penale, con particolare riguardo al caso in cui il conflitto, fra la norma incriminatrice interna e l'art. 7 CEDU, discenda dalla valenza che, sul piano convenzionale, è attribuita a fenomeni "successori" - *in mitius* o *in peius* - di mera fonte giurisprudenziale, in ragione della nozione autonoma di *law* - comprensiva appunto del diritto giurisprudenziale - adottata a Strasburgo.

Sul fronte della retroattività *in mitius* la Corte costituzionale, come è noto, ha bloccato sul nascere il tentativo di estendere l'art. 673 c.p.p. all'*abolitio criminis* di matrice giurisprudenziale, escludendo che tale disposizione, in quanto «non prevede l'ipotesi di revoca della...condanna...in caso di mutamento giurisprudenziale - intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione - in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato», configga, fra l'altro, con gli artt. 25 co. 2 Cost., 117 Cost. e 7 CEDU. In termini decisamente *tranchant*, la Corte ha fatto leva, oltretutto su una certa

⁴³ DE AMICIS, *L'efficacia diretta della direttiva comunitaria sui rimpatri nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2011, 3773; MASERA - VIGANÒ, *Addio all'art. 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 3, 14.

⁴⁴ Fra le altre, Corte cost. n. 113 del 1985 e Id. n. 389 del 1989. In dottrina, VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 192.

⁴⁵ Dopo averne negato l'applicazione diretta, ritengono l'art. 673 applicabile per analogia Cass., Sez. I, 20 gennaio 2011, Titas Lucas, in *DeJure*; Id., Sez. VII, 6 marzo 2008, Bujilab, in *Mass. Uff.*, n. 239960. In dottrina GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 218 ss.; MANGIARACINA, *Quale sorte per il giudicato nazionale a fronte di un revirement delle Sezioni unite?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1100.

ambiguità della giurisprudenza di Strasburgo⁴⁶, da un lato, sulla diversa portata del principio convenzionale di legalità penale rispetto all'omologo principio costituzionale - dato che solo quest'ultimo è comprensivo del principio di riserva di legge formale -, dall'altro, sul principio di soggezione del giudice alla sola legge, il quale sarebbe gravemente minato se il giudice esecutivo, in virtù dell'intervento additivo richiesto, fosse tenuto a revocare la condanna a fronte di una decisione "abolitiva" delle Sezioni unite che, seppure non condividesse, non avrebbe alcuna possibilità di contestare⁴⁷.

È peraltro difficile negare che proprio la barriera, condivisibilmente alzata dalla Corte costituzionale a una siffatta estensione dell'art. 673 c.p.p.⁴⁸, abbia a che fare col permissivo orientamento espresso in seguito dalle Sezioni unite, le quali, senza formalmente contestare il *dictum* del Giudice delle leggi, hanno di fatto individuato uno strumento per parzialmente aggirarlo, affermando che «il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato

⁴⁶ Ferma restando l'ampia nozione di *law*, inclusiva del diritto giurisprudenziale, va infatti rimarcato che la giurisprudenza convenzionale, chiarissima nell'affermare la rilevanza anche *post-judicatum* del principio di irretroattività *in peius* (cfr., quanto all'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto più sfavorevole, Corte EDU, Gr. Camera, 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*), lo è molto meno quanto al principio della *lex mitior*: nella già ricordata sentenza *Scoppola c. Italia*, ad esempio, tale rilevanza pare esclusa dal passaggio motivazionale secondo cui «se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato» (§ 109). In seguito, Corte EDU, Sez. III, 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, ha invece ambiguamente sottolineato «la portée limitée», sotto il profilo in esame, della decisione Scoppola, non ritenendo però di soffermarsi sulla questione perché, nel caso di specie, la retroattività di una *lex mitior* intervenuta successivamente al giudicato poteva fondarsi su una più corretta lettura della legislazione interna. Più di recente, Corte Edu, Sez. V, 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*, ha ribadito l'*arrêt* Scoppola nel dire che la retroattività della *lex mitior* si impone con riguardo alle leggi succedutesi fra il momento della commissione del reato e il giudicato (§ 37), precisando peraltro meglio, rispetto alla sentenza *Gouarré Patte*, che l'art. 7 CEDU offre copertura anche ad un intervento revocatorio del giudicato, ma solo nel caso in cui sia la legge interna a prevedere tale possibilità (§ 39); negli stessi termini v. anche C. Edu, Sez. IV, 24 gennaio 2017, *Koprivnikar c. Slovenia*, § 49. In dottrina cfr. MAZZACUVA, *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *Dir. pen. cont.* (8 febbraio 2016); VIGANÒ, *Nuovi sviluppi in materia di legalità penale, Il libro dell'anno del diritto, 2017*, in www.treccani.it.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., n. 230 del 2012; di recente, la posizione è stata ribadita da Id., n. 25 del 2019.

⁴⁸ Sottolinea positivamente la prudenza della Corte costituzionale, fra gli altri, SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *questa rivista*, 2013, 36 s.; in termini più critici verso la chiusura dimostrata dal Giudice delle leggi, invece, FUREARO, *Il mito del giudicato*, cit., 33 ss.

la norma incriminatrice», ed in relazione a un fatto a questa successivo, «allorché l'evenienza di *abolitio criminis* non sia stata rilevata dal giudice di cognizione»⁴⁹. È vero che tale principio di diritto può dirsi compatibile con la *littera legis* – posto che l'art. 673 c.p.p. tace sul rapporto cronologico fra *abolitio* e giudicato, e, diversamente dall'art. 2 co. 2 c.p., anche sull'analogo rapporto tra fatto e legge abolitiva⁵⁰ –, e rispetta, almeno formalmente, i limiti ricavabili dal sistema alla giurisdizione esecutiva – data l'esclusione dell'intervento *in executivis*, sulla falsariga dell'art. 671 c.p.p., ove la *quaestio* “abolitiva” sia stata affrontata (ed evidentemente risolta negativamente) dal giudice di cognizione. È però molto sottile la distinzione proposta dalle Sezioni unite fra il mero *novum* giurisprudenziale – che, nel giusto ossequio al principio di riserva di legge e di soggezione del giudice alla sola legge, non giustifica la revoca della condanna *in executivis* –, e la fisiologica attività interpretativa che, a fronte di una “novella” non espressamente abrogativa, necessita di “tempi tecnici” per verificare se di abrogazione davvero si tratti. Ed ancora, diventa difficile giustificare il diverso trattamento dell'*error iuris* – tale dovendosi qualificare, comunque, la condotta del giudice di cognizione che non rilevi l'*abolitio* – a seconda che sia o meno “dichiarato”⁵¹. Anche sotto questo profilo, quindi, una risistemazione legislativa dei rapporti fra giurisdizione esecutiva e di cognizione, eventualmente per il

⁴⁹ Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, in *Cass. pen.*, 2016, 4009. Sottolinea come le Sezioni unite, sebbene esprimano piena adesione ai principi sanciti da Corte cost. n. 230 del 2012, pervengano sia pure incidentalmente a conclusioni opposte, PAZIENZA, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Dir. pen. cont.* (23 novembre 2016), 4.

⁵⁰ Cfr. in particolare 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 Fonti, Fiorio, Montagna, Pisa, 2017, 205 ss., nonché, con qualche diversa sfumatura, CAPRIOLI - VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 281; CORDERO, *Procedura penale*, 2012, 1241; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 61; GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 245; GATTA, *Mutamento di giurisprudenza e revoca del giudicato: a proposito dell'art. 6 comma 3 T.U. imm.*, in *Corr. merito*, 2013, 306. In termini critici, invece, SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 205 ss; VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., 197 s.

⁵¹ Sotto questo profilo, potrebbe in effetti apparire più coerente – anche se in contrasto con le caratteristiche della giurisdizione esecutiva – la tesi che, facendo leva sulla già ricordata assenza nell'art. 673 c.p.p. di riferimenti al rapporto cronologico tra legge abolitiva e giudicato, e mettendo altresì in luce che la disposizione non contiene, diversamente dall'art. 671 c.p.p., una preclusione espressa rispetto alla diversa valutazione espressa dal giudice di cognizione, ipotizza la revocabilità della condanna anche a correzione dell'errore valutativo, ad opera di detto giudice, sulla sussistenza dell'*abolitio*: cfr. MAZZA, *Principio di legalità*, cit., 205. V. anche BONTEMPELLI, *La resistenza*, cit., 1082.

tramite di una “rimeditazione” degli strumenti di vera e propria impugnazione straordinaria, sarebbe quantomai opportuna.

Il citato precedente delle Sezioni unite è particolarmente significativo altresì laddove afferma – nel contesto del caso di specie, ma con potenziali effetti generali – che «non vi è ragione di circoscrivere le ipotesi di revoca per *abolitio* disciplinate dall’art. 673 cod. proc. pen. ai casi previsti dall’art. 2, comma 2, c.p. e non anche a quelli del primo comma (“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”), che traggono valore cogente dall’art. 25, comma 2, Cost.». Così ragionando, la Cassazione dimostra infatti un’apertura – fondata su un condivisibile argomento *a fortiori* – rispetto alla fruibilità dell’incidente esecutivo quale rimedio *anche* alla violazione del precetto di irretroattività *in peius*, della quale dovrà tenersi conto nell’affrontare l’ultimo tema alla nostra attenzione, cioè la possibilità di individuare nello stesso incidente lo strumento per caducare una condanna inflitta in violazione dell’art. 7 CEDU, in ragione dell’imprevedibilità – nel momento di commissione del reato – della relativa base legale.

La questione, come è noto, è concretamente emersa a seguito della sentenza *Contrada c. Italia* della Corte di Strasburgo, che ha reputato inconciliabile col precetto convenzionale di legalità penale la condanna del ricorrente per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso, sul presupposto che tale reato, all’epoca dei fatti contestati a Contrada, non fosse «sufficientemente chiaro e prevedibile», dato che solo un successivo intervento delle Sezioni unite lo avrebbe esplicitamente e stabilmente “ricavato” dagli artt. 110 e 416-*bis* c.p.³² Per il giudice di Strasburgo, premesso che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso «costituisc/e/ un reato di origine giurisprudenziale», la relativa «esistenza» sarebbe emersa con chiarezza solo all’esito del citato intervento nomofilattico, né i giudici interni si sarebbero preoccupati, nonostante le ripetute doglianze dell’imputato Contrada in ordine alla violazione dei principi di irretroattività e prevedibilità della legge penale, di esaminare in modo approfondito «se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente». In definitiva, secondo la Corte dei diritti umani, «all’epoca in cui

³² V. Corte Edu, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, §§ 66-69, ove si sottolinea come la configurabilità del concorso esterno in associazione di stampo mafioso sia stata oggetto di «approcci giurisprudenziali divergenti», trovando compiuta ed esplicita elaborazione «solo nella sentenza *Demityr* pronunciata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994», in epoca successiva ai fatti ascritti al ricorrente (riconducibili agli anni 1979-1988).

sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente, il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo», che «non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti»⁵³.

A seguito del giudicato europeo, ed anche in ragione della relativa ambiguità⁵⁴, significativi contrasti si sono registrati in giurisprudenza sui rimedi idonei a darvi attuazione, nella scelta, in particolare, fra incidente di esecuzione - a norma dell'art. 673 o dell'art. 670 c.p.p. - e revisione "europea".

Per quanto riguarda il diretto interessato, la soluzione - dopo il definitivo rigetto nel merito di un'istanza di revisione europea⁵⁵, pur ritenuta ammissibile⁵⁶ - è stata individuata nel procedimento esecutivo, in esito al quale la Cassazione,

⁵³ V. Corte Edu, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., §§ 73-75.

⁵⁴ Ci riferiamo, da un lato, al fatto che il *dictum* Contrada risulti fondato su categorie non del tutto corrispondenti a quelle nazionali - in ragione della già ricordata diversa capienza, sull'uno e sull'altro fronte, del principio di legalità penale rispetto ai mutamenti giurisprudenziali -, dall'altro, alla scarsa chiarezza in ordine all'ascrivibilità della violazione contestata all'Italia al primo o al secondo periodo dell'art. 7, § 1, CEDU, cioè, rispettivamente, all'*an* della responsabilità penale, o solo al relativo titolo, e dunque al trattamento sanzionatorio. Sotto questo secondo profilo, in particolare, i plurimi riferimenti della sentenza Contrada all'*esistenza/inesistenza* del reato di concorso esterno in associazione mafiosa parrebbero deporre nel primo senso. Tuttavia le battute conclusive della motivazione - ove si afferma che, «data la non sufficiente chiarezza e prevedibilità della fattispecie da ultimo richiamata, il ricorrente non poteva...conoscere...la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti» - potrebbero accreditare la seconda soluzione, sulla cui base non la responsabilità penale, ma il relativo titolo, sarebbe in discussione (in ragione della sussunzione della condotta del ricorrente, pur sempre penalmente rilevante, in una fattispecie più grave di quella in cui la stessa sarebbe stata sussumibile al tempo dei fatti contestati). Nello stesso ricorso del Contrada alla Corte di Strasburgo, del resto, si deduceva la violazione dell'art. 7 CEDU sul presupposto che l'allora imputato, tenuto conto delle divergenze giurisprudenziali in ordine al reato di concorso esterno, non potesse «prevedere con precisione la *qualificazione giuridica* dei fatti che gli erano ascritti e, di conseguenza, la *pena* che sanzionava la sua condotta». Senza contare che, dalla ricostruzione del procedimento interno effettuata dalla decisione europea, emerge come l'imputato avesse lamentato, davanti alla Corte di cassazione, la violazione dei principi di irretroattività e prevedibilità della legge penale, chiedendo «che i fatti del caso di specie fossero qualificati piuttosto come favoreggiamento personale».

⁵⁵ Cfr. Corte app. Caltanissetta, 18 novembre 2015, in *Dir. pen. cont.* (26 aprile 2016), divenuta definitiva dopo la rinuncia del Contrada al ricorso per cassazione e la conseguente declaratoria di inammissibilità di quest'ultimo ad opera di Cass., Sez. V, 20 gennaio 2017, n. 9439, Contrada, in *www.cortedicassazione.it*. Per completezza si segnala altresì che, nel frattempo, Contrada aveva intrapreso altresì la via del ricorso *ex art. 625-bis c.p.p.*, dichiarato inammissibile da Cass., Sez. II, 6 luglio 2016, n. 43386, Contrada, in *Cass. pen.*, 2017, 1427.

⁵⁶ Criticamente, sotto quest'ultimo profilo, ESPOSITO, *Il divenire dei giudici*, cit., 38; in termini diametralmente opposti, si esprime invece a favore dell'ammissibilità dell'istanza di revisione europea V. VALENTINI, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani*, in *questa rivista*, 2017, 509 s.

esclusa l'applicabilità, sollecitata dalla difesa, dell'art. 673 c.p.p. - sul presupposto che la disposizione non possa riferirsi a violazioni, incidenti sull'*an* della responsabilità, del principio di irretroattività *in peius* - ha fatto ricorso all'art. 670 c.p.p., che, secondo un'ormai sperimentata lettura estensiva, permetterebbe di rilevare «tutte le questioni relative non solo alla mancanza e alla non esecutività del titolo, ma anche...alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo», e per tale via di dichiarare la sentenza di condanna, certificata a Strasburgo come contraria all'art. 7 CEDU, «ineseguibile e improduttiva di effetti penali»⁵⁷.

Il medesimo giudice di legittimità giungeva peraltro a conclusioni diametralmente opposte nell'occuparsi - in una nota vicenda - degli eventuali effetti "riflessi" della sentenza europea *in re* Contrada, cioè dell'estensibilità del relativo *dictum* - sulla falsariga di quanto già accaduto nell'*affaire* Scoppola/Ercolano - a quanti versino in situazione analoga al ricorrente a Strasburgo, siccome condannati per "concorso esterno" con riguardo a fatti anteriori alla relativa stabilizzazione giurisprudenziale. In quell'occasione, invero, la Corte contestava radicalmente la ravvisabilità nell'incidente esecutivo - a qualunque titolo esperito - di uno strumento attuativo, in via diretta o riflessa, del giudicato europeo, rimnegando - sul piano generale, e non solo ai fini dell'adeguamento convenzionale - «una lettura generalizzante del giudizio esecutivo come luogo flessibile in cui scaricare ogni questione correlata alla esistenza di "vizi o violazioni" in tesi verificatesi in cognizione, posto che il valore del giudicato (e della sua tendenziale intangibilità) resta integro nella sua dimensione di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche». In particolare - osservava ancora la Corte - l'incidente di esecuzione non sarebbe fruibile nei casi - come quello di specie - «di necessaria discrezionalità circa l'*an* della responsabilità penale, per fatti sopravvenuti e potenzialmente incidenti sul giudicato»: questi ultimi andrebbero fronteggiati con la revisione "europea", reputata esperibile anche da parte di soggetti diversi dal ricorrente a Strasburgo⁵⁸.

A fronte di un tale conflitto, foriero tra l'altro di un'anomalo ed antieconomico "groviglio" fra i diversi rimedi via via esperiti da un cospicuo numero di c.d. "fratelli minori", non può certo stupire che la Sezione VI della Cassazione abbia nuovamente interpellato le Sezioni unite, chiamate ora a decidere, *in pri-*

⁵⁷ Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, Contrada, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁸ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2017, 1374.

mis, se la sentenza Contrada abbia “portata espansiva”, *in secundis*, ed eventualmente, quale strumento *post-iudicatum* – fra incidente di esecuzione e revisione europea – sia fruibile a tal fine⁵⁹.

Nell’attesa del nuovo intervento del giudice nomofilattico, ma nella convinzione che la complessità del tema non tolleri oltre soluzioni meramente pretorie, ci limiteremo a qualche riflessione in ordine a quale potrebbe essere, anche e soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, una plausibile linea di confine tra i due rimedi, sulla quale sia altresì possibile modulare – su un piano più generale – il ruolo, l’ambito applicativo e i limiti della giurisdizione esecutiva.

Una premessa è peraltro fondamentale. Come abbiamo già detto⁶⁰, il problema degli effetti *erga alios* delle decisioni europee non rappresenta – al più con l’eccezione del c.d. *pilot judgement*, quale *non* è la sentenza Contrada – un problema di *esecuzione*, ex art. 46 CEDU, di quelle decisioni. Ne discende che, *rebus sic stantibus*, la legittimazione soggettiva a proporre la revisione “europea” non può essere estesa ai “fratelli minori”, dato che il dispositivo della sentenza costituzionale n. 113 del 2011, introduttiva del rimedio, lo è ancora inequivocabilmente all’art. 46 CEDU, e quindi al contesto esecutivo. Nell’eventualità, quindi, in cui alla sentenza Contrada possa riconoscersi “portata espansiva”, l’unico strumento, ad oggi fruibile da chi versi in situazione analoga, è – sul modello della vicenda Scoppola/Ercolano – la richiesta al giudice esecutivo di dedurre l’incostituzionalità della norma sostanziale alla base della violazione convenzionale, dimodoché – ove la questione venga accolta – lo stesso giudice possa revocare, in tutto o in parte, il giudicato, a norma degli artt. 30 co. 4, l. n. 87 del 1953 e 670 o 673 c.p.p.⁶¹

⁵⁹ Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019, Genco, in *questa rivista*. A commento, BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di “fratelli minori”: rimessa alle Sezioni unite la questione dell’estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it; CASCINI, *Dopo la sentenza Contrada: tra carenze strutturali dell’ordinamento interno ed esigenze di adattamento al sistema convenzionale*, in *questa rivista*, 2019, n. 2; FALATO, *L’efficacia estensiva delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. A proposito dei potenziali epiloghi della Cassazione nel caso dei fratelli minori di Bruno Contrada*, *ivi*; SANTORIELLO, *Perché l’intervento delle Sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo ed inutile*, *ivi*.

⁶⁰ *Supra*, § 2.

⁶¹ In questa prospettiva, sulla quale i limiti del presente lavoro non consentono di soffermarsi a fondo, potrebbe ipotizzarsi una questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. per violazione dei principi di riserva di legge e/o di determinatezza ricavabili dall’art. 25 Cost., prima ancora che dall’art. 7 CEDU. Parrebbe invece decisamente più ardua la via di un intervento sugli artt. 2 c.p. e/o 673 c.p.p.,

Ciò detto, chiarire i confini tra incidente esecutivo e revisione europea resta determinante per mettere ordine nelle situazioni – di esecuzione “diretta” del giudicato convenzionale – in cui i due rimedi potrebbero astrattamente coesistere.

A nostro parere, a fronte di una decisione della Corte di Strasburgo che ravvisi nell'*an* della condanna – anziché, come nel caso Scoppola, nel relativo *quantum* – una violazione del principio di irretroattività *in peius*, tanto l'art. 670, quanto l'art. 673 c.p.p., potrebbero applicarsi, ed in via “preferenziale” rispetto alla revisione “speciale”: ciò non tanto perché quest'ultima, come taluno sostiene, sia limitata alle violazioni convenzionali di matrice processuale⁶², ma per ragioni “economiche”: nella prospettiva, emergente dal dispositivo della sentenza n. 113 del 2011, dell'esperibilità dell'impugnazione straordinaria quando sia *necessario* per assolvere agli obblighi europei, detto strumento, siccome funzionalmente vocato alla riapertura del processo, potrebbe infatti risultare inadeguato “per eccesso” quando un diverso e più agile rimedio sia disponibile⁶³.

A sostegno della prima opzione può osservarsi che se, alla luce della più volte ricordata giurisprudenza, può reputarsi (parzialmente) “mancante” il titolo esecutivo che applichi una pena non prevista dalla legge o eccedente i limiti legali,

volta ad estendere il canone di irretroattività *in peius* agli orientamenti giurisprudenziali: si riproporrebbero, infatti, gli ostacoli opposti dai principi di riserva di legge, e di soggezione del giudice alla sola legge, già rilevati dalla Corte costituzionale. Anche alla soluzione sopra prospettata rischiano però di opporsi, oltre all'atavico *self-restraint* della Corte costituzionale a valorizzare appieno i principi di riserva di legge e determinatezza di cui all'art. 25 Cost., significativi dubbi sul fatto che alla giurisprudenza “Contrada” possa riconoscersi quel carattere “consolidato” a cui Corte cost. n. 49 del 2015 condiziona la vincolatività delle decisioni di Strasburgo. Nel *case-law* convenzionale, infatti, si registrano significative oscillazioni in ordine al controllo di “prevedibilità” ex art. 7 CEDU, dato che in alcune decisioni la Corte di Strasburgo, lungi dal considerare dirimente – come nel caso Contrada – il dato oggettivo dell'assenza di una stabile giurisprudenza, ha ravvisato nelle qualifiche soggettive del ricorrente fattori di “maggior conoscibilità” del rischio penalistico (C. Edu, Sez. V, 6 ottobre 2011, Soros c. Francia, § 53; C. Edu, Sez. V, 1° settembre 2016, X e Y c. Francia, §§ 57 ss.), o ha ritenuto che precedenti “favorevoli” all'illiceità penale di un dato comportamento, ancorché non uniformi, rappresentassero un adeguato avvertimento in ordine al predetto rischio (C. Edu, Sez. IV, dec. 14 giugno 2011, Jobe c. Regno Unito).

⁶² Cfr. ESPOSITO, *Il divenire*, cit., 39; FALATO, *L'efficacia estensiva*, cit., 24.

⁶³ Per uno spunto in questo senso cfr. MAIELLO, *La Cassazione ripristina la legalità convenzionale nel caso Contrada. Il punto di vista del sostanzialista*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 227; con qualche diversa sfumatura v. anche BIGIARINI, *Il caso Contrada e l'esecuzione delle sentenze della Cedu. Il punto di vista del processualista*, *ivi*, 239; CENTORAME, *La cognizione*, cit., 53; GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it. Cfr. altresì Corte cost., n. 210 del 2013, nonché, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, Contrada, cit.

a maggior ragione dovrà reputarsi (integralmente) mancante il titolo costituito da una condanna illegale finanche nell'*an*. Non può però sottacersi che questa soluzione darebbe luogo ad una significativa aporia: considerato, infatti, che la declaratoria di radicale inesistenza del titolo esecutivo non è di ostacolo ad un nuovo processo *de eadem re et persona*⁶⁴, un'irragionevole disparità di trattamento potrebbe configurarsi a seconda che il vizio di legalità penale sia dichiarato dal giudice di cognizione – attraverso una sentenza di assoluzione '*perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*' che, una volta irrevocabile, precluda il *bis in idem* – o da quello dell'esecuzione. La Cassazione, nel chiudere definitivamente l'*affaire* Contrada proprio a norma dell'art. 670 c.p.p., elude abilmente il problema, dato che, limitandosi a una declaratoria di "ineseguibilità e improduttività degli effetti" del titolo esecutivo, lascia inalterato quest'ultimo e la relativa portata preclusiva di un nuovo giudizio: ciò a prezzo, però, di un'indebita forzatura della *littera legis*, laddove prevede le sole fattispecie, affatto diverse, della 'mancanza' e della 'non esecutività' del titolo.

A favore della seconda opzione – certamente più favorevole in quanto, traducendosi in un provvedimento proscioglitivo, tutela l'interessato dal rischio del *bis in idem*⁶⁵ –, può invece invocarsi la lettura estensiva dell'art. 673 c.p.p. recentemente offerta dalle Sezioni unite⁶⁶: se il giudice dell'esecuzione può revocare la condanna, per essere il fatto *non più* previsto dalla legge come reato, quand'anche la legge abolitiva preesistesse al giudicato – alla sola condizione che la questione di successione normativa non sia stata affrontata dal giudice di cognizione –, ben può sostenersi, *a fortiori*, che la disposizione copra anche il caso in cui il giudice di cognizione abbia erroneamente condannato l'imputato per un fatto che, al momento in cui fu commesso, *non era ancora* previsto dalla legge come reato.

Nel caso Contrada, peraltro, un ostacolo all'applicazione dell'art. 673 c.p.p., ancorché inteso nell'accezione da ultimo proposta, poteva discendere dall'ambiguità della stessa sentenza della Corte convenzionale, tutt'altro che chiara

⁶⁴ Cfr. anche MAIELLO, *La Cassazione*, cit., 243.

⁶⁵ Un diverso profilo di maggiore "appetibilità" della soluzione *ex art.* 673 c.p.p. viene individuato, con riferimento alla vicenda Contrada, da PLANTAMURA, *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, in *questa Rivista*, 2018, 22, secondo cui «...la scelta tra il rimedio di cui all'art. 670 c.p.p. e quello di cui all'art. 673 c.p.p., rappresentava, in definitiva, la scelta tra il dare (673 c.p.p.) o il non dare (670 c.p.p.) la possibilità, al Contrada, di presentare una successiva istanza di riparazione».

⁶⁶ Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 26259, Mraidi, cit.

nell'ascrivere la violazione al primo periodo dell'art. 7 - e dunque all'*an* della condanna - o al secondo periodo - e quindi al relativo titolo⁶⁷, ciò che precluderebbe il ricorso all'art. 673 c.p.p., riducendo la scelta - come in effetti è accaduto - fra revisione europea e intervento sul titolo esecutivo a norma dell'art. 670 c.p.p.

In una prospettiva di "riordino" parrebbe allora opportuno tenere conto *a priori*, allorché si discuta di adeguamento convenzionale, di tali situazioni "ibride", offrendo uno strumento che - senza forzature interpretative - consenta di includerle tutte. La via più semplice potrebbe apparire la concentrazione nella sola revisione europea del ristoro di qualsiasi violazione convenzionale, ivi comprese - sempre - quelle del principio di legalità *ex art. 7 CEDU*⁶⁸. A nostro parere sarebbe però una via - oltreché antieconomica - incoerente, dal punto di vista sistematico, col ruolo ormai assegnato dal diritto vivente al giudice dell'esecuzione nel ricondurre la condanna e la pena entro i confini della legalità "interna"⁶⁹. Ciò posto, in una prospettiva "a breve termine" merita indubbio apprezzamento la proposta di chi - sulla falsariga della sentenza costituzionale n. 113 del 2011 - ipotizza una nuova questione di legittimità, per violazione degli artt. 46 e 117 CEDU, riferita, questa volta, all'art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non prevede il caso della revoca della sentenza di condanna per dare esecuzione alle decisioni della Corte Edu che ne abbiano censurato la violazione della legalità di cui all'art. 7 della Convenzione»⁷⁰. Se, con una piccola variazione, si volesse estendere l'intervento additivo altresì alla mera "modifica" della sentenza di condanna, si disporrebbe di uno strumento - più economico della revisione europea e maggiormente "conservativo" del giudicato nei profili di accertamento non messi in gioco dalla decisione della Corte

⁶⁷ Cfr., *supra*, nota n. 54.

⁶⁸ Si tratta della via suggerita da Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell'Utri, cit. In dottrina, fra gli altri, LORENZETTO, *Violazioni convenzionali e tutela post-iudicatum dei diritti umani*, in *www.legislazionepenale.eu*, V. VALENTINI, *Normativa antimafia*, cit., 509.

⁶⁹ Non sembra invero ripudiare l'idea di una duplicità di rimedi Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019, n. 21767, Genco, cit., che, nell'investire le Sezioni unite, sembra preoccuparsi, piuttosto, di offrire un criterio per delimitare i relativi ambiti applicativi. In questa prospettiva, la Corte dà rilievo, nell'opzione fra incidente esecutivo e revisione europea, al fatto che per ristorare la violazione convenzionale «non occorrono la riapertura del processo, ovvero valutazioni incompatibili con i poteri del giudice dell'esecuzione» - come «di norma» accade a fronte di «violazioni di diritto sostanziale» - oppure sia richiesta «una rivalutazione del caso», ad esempio per riconsiderare «il giudizio di colpevolezza» o perché vengono in gioco «violazioni di diritto processuale».

⁷⁰ Cfr. MAIELLO, *La Cassazione*, cit., 230. Successivamente, con qualche diversa sfumatura, FALATO, *L'efficacia estensiva*, cit., 33.

di Strasburgo – in grado di rispondere in via esclusiva a *qualsiasi* violazione del principio convenzionale di legalità penale, ciò che permetterebbe di coprire quelle “zone grigie” – in cui rientra appunto il caso Contrada – in cui sia dubbia la riferibilità della decisione convenzionale all’*an* o soltanto al titolo della responsabilità, ma sia d’altra parte indefettibile un intervento *in melius* sui contenuti decisorii del giudicato.

4. Conclusioni. Al di là degli eventuali chiarimenti che, in ordine al ruolo del giudice esecutivo nel porre rimedio alle condanne “convenzionalmente illegali”, potranno arrivare dalle Sezioni unite o da un nuovo intervento del Giudice delle leggi, i tempi sarebbero più che maturi per un intervento legislativo di ampio respiro, il quale, facendo tesoro delle indicazioni del diritto vivente, ne offra finalmente una razionalizzazione.

Si potrebbe allora demandare *expressis verbis* al giudice dell’esecuzione il compito di rimediare – impregiudicato, nel resto, l’accertamento racchiuso nel giudicato – a qualsivoglia illegalità della condanna o della pena ascrivibile ad “eventi” – non importa se di fonte legislativa, costituzionale, convenzionale o “comunitaria” – *successivi* al giudicato. Quanto, invece, alle illegalità *preesistenti*, ed erroneamente non rilevate dal giudice di cognizione – ivi compresi i fenomeni abolitivi “male intesi” dalla giurisprudenza –, ci si dovrebbe interrogare sull’opportunità di cancellare il *discrimen* fra l’errore “dichiarato” e quello meramente implicito: ad evitare però che, attribuendo al giudice esecutivo un generalizzato potere di rivisitare le valutazioni “in diritto” del giudice di cognizione, cada definitivamente il confine fra le due giurisdizioni – ciò che, fra l’altro, renderebbe inevitabile meglio conformare la seconda a tutti i canoni del *fair trial* –, la via maestra potrebbe rinvenirsi nell’estensione all’*error iuris* della revisione “ordinaria”⁷¹.

Nel ridisegnare quest’ultimo mezzo d’impugnazione, si potrebbe infine ragionare sull’attualità, dinanzi agli ormai amplissimi poteri d’intervento sulla pena illegale, della radicale preclusione a intervenire *post-iudicatum* a ristoro della pena *in facto* ingiusta: è invero difficile comprendere perché, quando ad esempio emerga una nuova prova sulla sussistenza o insussistenza di una circostanza, questa non possa sorreggere una richiesta di revisione, non potendosi dubitare

⁷¹ Per uno spunto in questo senso NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim)*, 2012, n. 3-4, 166.

che l'esigenza, di non "sacrificare" al giudicato la tutela del diritto alla libertà personale, ricorra anche in questa eventualità⁷².

⁷² Solleva lucidamente il problema CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., 278 s.