

Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale", di Giocchino Romeo

Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42658, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, ric. Gatto.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, c.p., intervenuta con sentenza n. 251 del 2012 della Corte costituzionale), idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la necessità di rideterminare la pena inflitta, anche dopo che sia intervenuta sentenza irrevocabile di condanna.

1. È la cronaca di una decisione annunciata. Non era potuto sfuggire, a quanti hanno consuetudine con le pronunce della Corte di cassazione, e in special modo con quelle delle Sezioni unite, che nella motivazione della sentenza 24 ottobre 2013 n. 18821/2014, Ercolano[1] depositata tre settimane prima dell'udienza nella quale è stata deliberata la presente decisione, al § 9.2 il Supremo Collegio aveva esplicitamente affermato, negli ultimi due capoversi, quanto segue: «È il caso di sottolineare che non può condividersi la tesi, sostenuta da Sez. I, n. 27640 del 519/01/2012, Hamrouni, secondo cui l'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 deve ritenersi, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., implicitamente abrogato, in quanto la relativa disciplina sarebbe stata integralmente assorbita in quella della norma codicistica».

Tale conclusione, oltre ad essere contrastata da quanto enunciato dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che avalla implicitamente la perdurante operatività nell'ordinamento giuridico della norma in questione, mal si concilia col rilievo che non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro, qual è il comma quarto del richiamato art. 30, ad opera di una norma processuale (art. 673 cod. proc. pen.) orientata a disciplinare, in sede esecutiva, la sola ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria d'incostituzionalità della norma incriminatrice. Né appare dirimente l'argomento in forza del quale la cessazione - prevista dall'art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953 - non solo dell'esecuzione ma di "tutti gli effetti penali" della sentenza irrevocabile di condanna implicherebbe, secondo Sez. I, Hamrouni, «il radicale presupposto dell'abolitio criminis», vale a dire la restrizione dell'operatività della corrispondente previsione alle sole norme incriminatrici. È agevole obiettare che il riferimento volutamente generico, contenuto nel richiamato art. 30, quarto comma, è certamente comprensivo di queste ultime norme (il che spiega il riferimento alla cessazione anche di "tutti" gli effetti penali), ma nulla induce a ritenere che sia circoscritto soltanto alle medesime.

Ora, poiché la **motivazione della sentenza n. 27640/2012 era stata riversata**, pressoché integralmente, **nell'ordinanza** (20 novembre 2013-31 gennaio 2014 n. 4725[2]), **di rimessione del ricorso** definito con la pronuncia in esame, sarebbe stato **difficile immaginare che le Sezioni unite potessero smentirsi a distanza di poco più di venti giorni**, accogliendo argomenti dichiaratamente ritenuti non condivisibili.

Proprio per tali ragioni (il ripudio di motivi infondati e, in particolare - come si è appena ricordato - della fallace idea di un'abrogazione implicita dell'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 ad opera dell'art. 673 c.p.p.), sarebbe stato **parimenti arduo** ipotizzare che le Sezioni unite potessero ripiegare in modo pilatesco su un *non liquet*, devolvendo la questione sottoposta al loro esame, mediante **un incidente di costituzionalità**, peraltro dall'esito incerto, al giudice delle leggi.

Per converso, incombevano su una decisione di diverso, o addirittura opposto, segno, non improbabili censure d'Oltralpe, dove da tempo l'Italia, per molteplici ragioni, è divenuta "sorvegliata speciale" e i riflettori, soprattutto in materie sensibili come il diritto punitivo e l'esecuzione delle pene detentive, sono puntati sulla legislazione, sugli organi di governo e della pubblica amministrazione e, *ça va sans dire*, sulla giurisdizione. Con il conseguente carico di condanne che rappresentano oramai un onere non indifferente per tutti i contribuenti di un Paese economicamente stremato.

2. Decisione annunciata, dunque (e non poteva essere altrimenti), che pone la parola fine a più di una *quérelle* e, soprattutto, una risposta ferma a chi paventava ricadute catastrofiche sulla stabilità del diritto penale e sulla certezza delle decisioni irrevocabili, prefigurando scenari di una casistica esposta allo sbando interpretativo.

Anche dopo l'annuncio della decisione, dato attraverso la consueta informazione provvisoria diramata dopo l'udienza, e in attesa della motivazione, immancabili *laudatores temporis acti* continuavano a discettare dei massimi sistemi, senza **neanche porsi il problema** - che nessun giudice può ignorare - **degli effetti inaccettabili di una decisione di opposto segno**, che chiudesse gli occhi dinanzi alla manifesta iniquità di una pena *contra legem*, simili all'astrologo di un celebre racconto che, intento solo a guardar le stelle di notte, finì per cadere in una fossa riempitasi frattanto di acqua pluviale e per meritare il rimbrotto dell'ostessa corsa in suo aiuto: *Or tu badi nel cielo e non ti sai tenere mente a' piedi*[3]?

Superfluo sottolineare che la vittima sacrificale di un'operazione interpretativa ineccepibile non poteva essere l'irrevocabilità delle decisioni giudiziarie *tout court*. Né era immaginabile, anche solo da una lettura non frettolosa dell'informazione provvisoria, un simile intendimento della Corte di cassazione[4]. La quale, verosimilmente, si era solo limitata a trarre logiche conclusioni da affermazioni consolidate da decenni nella giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) sulla differenza tra gli effetti propri delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di una norma e quelli tipici dell'abrogazione di essa[5].

Ora, a lettura avvenuta, immaginando ampiamente ridimensionata la platea dei dissenzienti, si può pacatamente concludere: tanto rumore per nulla.

E se sul tema dell'individuazione delle "situazioni esaurite", tema sul quale, nel tempo, la Corte di cassazione aveva costruito un regno di poco lodevoli incertezze, oggi - si spera definitivamente - si assiste a una felice e definitiva risoluzione ad opera della pronuncia in rassegna, di sicuro rappresentava, e rappresenta, un *idolum theatri* la ripetuta e insistita geremiade sulle sorti del giudicato, fondata sull'impropria estensione delle regole dell'art. 2 c.p. al caso di disposizioni di legge espunte dall'ordinamento per illegittimità costituzionale. Eppure chiunque è in grado di capire che è un finto giudicato quello radicato sull'applicazione di norme da ritenere sin dall'inizio *tamquam non essent*: qui serviva (serve) il rasoio di Occam.

Estromessi gli elementi accidentali dall'argomentare, un'istantanea decisione della Consulta sulla norma sospetta di incostituzionalità farebbe sparire il problema: **intervenuta, in ipotesi, fulmineamente la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, quest'ultima morrebbe sul nascere, non sarebbe applicata nei giudizi in corso e non potrebbe, quindi, neanche determinare problemi di giudicato da rimuovere in parte qua**. I tempi di definizione del giudizio di costituzionalità fanno diventare problema reale la finzione di una condanna a pena determinata tenendo conto di una norma che mai si sarebbe dovuta applicare. A chi non tenga conto di questa elementare osservazione diremo, ancora una volta con il poeta: *tu stesso ti fai grosso col falso immaginar, sì che non vedi ciò che vedresti, se l'avessi scosso*.

Senza contare i rischi supplementari di un'operazione di distillazione del "diritto puro", come preteso dai sostenitori dell'opposta opzione ermeneutica. Potrebbe finire nel mirino della Corte EDU anche il mancato rilievo, in sede di interpretazione giudiziale, di una ritardata decisione della Consulta. Censurata più volte a Strasburgo la lentezza delle procedure giudiziarie italiane, non finirebbe per esserlo mediamente anche quella dei giudizi di costituzionalità?

3. Questa *Rivista* si è occupata a più riprese del tema qui nuovamente all'attenzione delle Sezioni unite, ospitando contributi di opposto segno; sicché non ci ripeteremo richiamandoli espressamente (chi vuole, può comodamente consultarli nella colonna a destra). Più proficuo ampliare gli orizzonti interpretativi, pur già ampiamente scandagliati, con riferimenti espliciti agli argomenti che la Corte, nel lodevole tentativo di coniugare le esigenze di salvaguardia del giudicato con quelle di tutela di

diritti primari della persona, riconosciuti dalla Costituzione prima che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha speso per giungere alle conclusioni condensate nel principio in epigrafe.

Va anzitutto sottolineata la puntigliosa evocazione e la puntuale confutazione di tutti gli argomenti proposti nell'ordinanza di rimessione, in qualche passaggio anche con inattesa severità.

Merita, in particolare, segnalare, in sede di osservazioni a prima lettura, al di là di affermazioni già altrove espresse e qui ripetute[6], alcuni punti particolarmente qualificanti della sentenza.

4. "Situazioni esaurite". Le Sezioni unite fanno giustizia in modo definitivo del formalismo al quale aveva fatto richiamo una certa giurisprudenza per suffragare un'idea del "rapporto esaurito" preclusiva di interventi sul giudicato anche in caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma applicabile, e che era stato evocato nella stessa ordinanza di rimessione.

Pareva argomento peregrino quello che faceva leva su una sentenza costituzionale datata (la n. 139 del 1984) e riferita a un ambito non sicuramente sovrapponibile a quello qui in discussione. E le Sezioni unite lo notano: non solo quella sentenza riguardava i contratti agrari, mentre la materia penale non è assimilabile *tout court* a quella civile, ma è nella stessa materia civile che il mito della intangibilità del giudicato si è incrinato nell'ultimo decennio, sotto l'impatto del diritto comunitario che ha imposto la necessità di rivedere criteri di valutazione tradizionali.

Ecco che allora viene definito **il discrimen tra situazione esaurita**, non più suscettibile di rimozione, neanche parziale, a fronte di una dichiarazione di incostituzionalità, **e situazione che non lo è ancora**: ciò che conta è l'irreversibilità degli effetti prodottisi a seguito dell'applicazione della disposizione espunta dall'ordinamento perché illegittima e cioè, nel caso di incostituzionalità sopravvenuta di norma penale non incriminatrice, **l'attualità del rapporto esecutivo**. Questo, come correttamente osserva la sentenza, "nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena". Difatti, "sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono essere rimossi".

Al più, espiata per intero la pena, residua, ricorrendone le condizioni, la possibilità per il condannato che abbia subito una detenzione parzialmente illegittima, di fruire dell'imputazione di pena prevista dall'art. 657, comma 4, c.p.p.: ma questo non è tema neanche sfiorato dalla sentenza e sin qui, per quanto risulta, mai affrontato dalla giurisprudenza di legittimità.

5. Altro profilo meritevole di menzione è quello concernente l'individuazione dell'ampiezza dei poteri spettanti al giudice dell'esecuzione.

Com'è noto ed è stato di recente messo in luce con riferimento alla declaratoria di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi[7] nella giurisprudenza di merito si confrontano sostanzialmente due orientamenti in ordine ai poteri spettanti al giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena da eseguire: problema che si riproduce, in linea di massima, pressoché identicamente, a fronte di dichiarazione di incostituzionalità di norme non incriminatrici che ridondino *in melius* per il condannato.

In grandi linee, da un lato si ritiene che il giudice dell'esecuzione si muova lungo binari obbligati, con una rigidità che lo obbligherebbe a ricorrere ad automatismi di tipo matematico, dall'altro che abbia, invece, poteri relativamente elastici, che gli consentirebbero una rimodulazione del complessivo trattamento sanzionatorio alla luce e secondo i criteri dell'art. 133 c.p., sempre che l'operazione da compiere non si riduca alla semplice eliminazione di un determinato *quantum* di pena.

La Corte suprema sceglie la seconda strada, e forse vi è costretta, oltre che dalla tipologia della fattispecie esaminata, anche in considerazione della imprevedibile molteplicità dei possibili interventi demolitori della Consulta e delle ricadute che le sue affermazioni di principio potrebbero avere sulla miriade di ipotesi configurabili nella pratica e non riconducibili *ad unum*. Sceglie la seconda strada, ma *cum grano salis*. Sulla scia di Sez. un., 24 ottobre 2013 n. 18821/2014, **il**

massimo collegio riconosce al giudice dell'esecuzione "ampi margini di manovra", non circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma estesi alla necessità di mantenere il rapporto esecutivo adeguato alla situazione normativa sopravvenuta, dipendente dalla sentenza di illegittimità costituzionale (nel caso di specie "intervenire per rimediare ad un limite normativo di operatività, imposto dalla disposizione poi ritenuta costituzionalmente illegittima, che inibiva al giudice della cognizione di procedere al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva di cui al quarto comma dell'art. 99 cod. pen.")). Però **resta un limite generale**: e cioè **che l'operazione** che il giudice dell'esecuzione si accinge a compiere **non sia stata già esclusa espressamente in sede di cognizione per ragioni di merito**, e cioè indipendentemente dalla circostanza che ci fosse *illo tempore* un divieto di legge.

In tal caso, infatti, si sovvertirebbero ruoli e funzioni processuali che non consentono al giudice dell'esecuzione, a meno di non stravolgere *ab imis* il volto del processo, di poter assumere provvedimenti idonei a contraddire le valutazioni già espresse dal giudice della cognizione, come risultanti dal testo della sentenza irrevocabile.

5. Ultimo aspetto rimarchevole della sentenza è quello che fissa un **obbligo a carico del pubblico ministero**, di fronte a una pena in corso di esecuzione e divenuta, *in parte qua*, illegittima a seguito di una pronuncia di incostituzionalità, **di chiedere al giudice dell'esecuzione la rideterminazione della pena inflitta in sede di cognizione**, prima di quella pronuncia.

Nei fatti, nel processo definito con la sentenza in epigrafe, era stato proprio il pubblico ministero - e le Sezioni unite ne danno atto con compiacimento - a proporre il ricorso.

[1] In questa *Rivista*, 12 maggio 2004, con ampio commento di Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la "saga" dei fratelli minori di Scoppola*.

[2] In questa *Rivista*, 24 febbraio 2014, con commento di chi scrive, *Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice": metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?*.

[3] *Il Novellino*, XXXVIII.

[4] Le Sezioni unite chiariscono in modo inequivocabile (§ 12, ult. cpv.) che «*intervenuta l'irrevocabilità della sentenza di condanna, al giudice dell'esecuzione è inibito, ai sensi dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., applicare norme più favorevoli eventualmente medio tempore approvate dal legislatore*».

[5] A partire, quanto meno, da Cass., Sez. un. pen., 7 luglio 1984 n. 7232, in *Giur. it.*, 1985, II, 178, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel senso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale, avendo per presupposto l'esistenza di un vizio che inficia *ab origine* la norma in contrasto con il precetto costituzionale, ha efficacia invalidante e non abrogativa e produce conseguenze simili a quelle dell'annullamento: con la conseguenza che la norma incostituzionale è da considerare come mai esistita, salve le cosiddette "situazioni esaurite" (così, ad esempio, Cass., sez. V pen., 15 giugno 1992 n. 8419, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1749, con nota di Vessichelli, *Incostituzionalità dei procedimenti direttissimi atipici ed effetti sui procedimenti in corso*).

[6] Non va dimenticato che Sez. un., 24 ottobre 2013 n. 18821/2014, in questa *Rivista*, *cit.*, aveva già affermato che l'istanza di legalità della pena è tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata, né pregiudicata, dal dato formale della cd. "situazione esaurita", non potendo considerarsi tale quella nella quale la pena non sia stata interamente eseguita, in quanto uno Stato di diritto non potrebbe tollerare, senza smentire se stesso, che si faccia luogo all'esecuzione di una pena sostanzialmente illegale e che immediato corollario di tale premessa è quello dell'obbligo del giudice dell'esecuzione di impedire che una sanzione penale, quantunque inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, sia ingiustamente sofferta sulla base di norma successivamente dichiarata incostituzionale. Anche sul rimedio esperibile la sentenza n. 18821, che

lo aveva correttamente individuato nell'incidente di esecuzione, costituisce precedente autorevole che viene confermato dalla decisione in rassegna.

[7] De Micheli, *La declaratoria di illegittimità della legge Fini-Giovanardi e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile*, in questa *Rivista*, 15 ottobre 2014: contributo interessante anche per l'ampia rassegna dei provvedimenti di merito emessi dopo la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale.