



**PROCURA GENERALE della
Corte di Cassazione**

R.G. N. 32856/17

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso proposto da ***** avverso l'ordinanza emessa in data 7 giugno 2017 dalla Corte di appello di Salerno, in funzione di giudice dell'esecuzione,

OSSERVA:

1. Con ordinanza del 7/6/2017, la Corte di appello di Salerno, quale giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'istanza ex artt. 665, 673 c.p.p., di revoca della sentenza di condanna, per abolizione del reato, emessa con n.1954/2015 dalla stessa Corte di appello in data 10 novembre 2015 nei confronti di ***** per il delitto di cui all'art. 181, comma 1-bis del d. lgs. 42/2004.

Nell'istanza, il ***** aveva dedotto che, a seguito della intervenuta pubblicazione della sentenza n. 56 del 23/3/2016 della Corte Costituzionale, è stata dichiarata l'illegittimità parziale dell'art. 181, comma 1-bis del d. lgs. 42/2004, per effetto della quale l'ipotesi delittuosa ivi contemplata è ora circoscritta ai soli interventi che abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, una ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi; considerate le dimensioni, inferiori a tali limiti, del manufatto abusivo realizzato dal ***** la condotta per la quale era stata affermata la sua responsabilità non è più sussumibile nella previsione delittuosa, per l'effetto imponendosi l'adozione dei provvedimenti conseguenti, compresa - secondo il ricorrente - l'elisione dell'ordine esecutivo di ripristino.

La Corte salernitana ha rigettato l'istanza, sostenendo che - a norma dell'art. 676 cod. proc. pen. - il giudice dell'esecuzione può applicare le cause di estinzione della fattispecie solo se maturate dopo il passaggio in giudicato della sentenza, non anche in precedenza; nel caso in esame, non sarebbe possibile dunque dichiarare l'estinzione del reato (e con essa revocare l'ordine di demolizione imposto con la sentenza di condanna), in ragione della maturata prescrizione conseguente al declassamento in contravvenzione della fattispecie di reato ascritta al *****.

2. Ha interposto ricorso per cassazione il ***** a mezzo del proprio difensore, deducendo la violazione dell'art. 673 c.p.p., nonché dell'art. 390, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, in relazione alla sopravvenuta illegittimità dell'art. 181, comma 1-bis, d. lgs. n. 42 del 2004, che comporta l'obbligo di revoca della sentenza, e dell'ordine di ripristino, in conseguenza della eliminazione della ravvisata ipotesi delittuosa.

Secondo il ricorrente, l'intervenuta riqualificazione del delitto in contravvenzione, per effetto della citata pronuncia della Corte costituzionale, dovrebbe incidere anche sulla declaratoria di prescrizione della fattispecie, assegnando al giudice dell'esecuzione il potere di provvedere in tal senso; infatti, poiché - alla luce della più autorevole giurisprudenza di legittimità - il valore del giudicato può essere considerato recessivo rispetto alla esigenza di far cessare l'esecuzione di una pena rivelatasi "ex post" come illegale, sproporzionata e comunque illegittima, "a fortiori" è

possibile, in sede esecutiva, che il giudice dichiari la prescrizione se essa costituisce l'effetto della pronuncia di incostituzionalità.

3. La tesi del ricorrente – ad avviso di questo Ufficio – non sembra fondata.

4. Preliminarmente si osserva che – diversamente da quanto affermato (in premessa) nell'ordinanza resa dalla Corte di appello territoriale – l'istanza originariamente avanzata dal ***** non sembra contenere alcun riferimento, quale "causa petendi", al profilo della estinzione del reato derivante dallo spirare del termine prescrizione rapportato alla intervenuta riqualificazione della fattispecie in contravvenzione, risultando infatti la richiesta contenere solo una domanda di revoca della sentenza, e del conseguente ordine di demolizione, per "abolizione" del reato; ci nondimeno, si tratta comunque di verificare se tale profilo rientri, o meno, in quella *"illegalità della pena inflitta per imputazioni elevate ai sensi all'art.181, comma primo-bis, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ma non più riconducibili all'ambito applicativo del predetto reato - per come ridisegnato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 56 del 23 marzo 2016 che ne ha circoscritto il precetto alla sola ipotesi di lavori che superino i limiti volumetrici indicati dalla disposizione citata"* – che è questione deducibile e rilevabile d'ufficio, anche nell'eventualità di ricorso inammissibile (Sez. 3, n. 35596 del 18/05/2016, Rv. 267651).

5. La Procura Generale è consapevole della posizione interpretativa recentemente adottata da questa Sezione – cfr. sentenza n. 38691 del 11/7/2017, dep. 3/8/2017, imp. Giordano, in attesa di massimazione – secondo cui l'efficacia invalidante "ex tunc" della dichiarazione di incostituzionalità della norma succitata può avere effetto anche con riguardo alla declaratoria di prescrizione del reato, eventualmente da pronunciare "ora per allora".

Nella pronuncia si legge in particolare che, a fronte di una sentenza di illegittimità costituzionale che incide sul trattamento sanzionatorio, deve ammettersi che il giudice della esecuzione debba non solo intervenire sulla stessa misura della pena (e, nel caso in esame, addirittura sulla sua specie), trasformando in legale una sanzione ormai illegale (perché determinata in ragione della norma vigente all'epoca della pronuncia di merito, poi cancellata o manipolata dalla sentenza di incostituzionalità), ma debba anche dichiarare l'estinzione per prescrizione del reato quando accerti che i termini di cui agli artt. 157 ss. c.p. – calcolati sulla sanzione edittale come ricavata dalla pronuncia di incostituzionalità – erano interamente spirati alla data dell'ultima sentenza di merito.

Secondo l'orientamento in esame, il giudice dell'esecuzione 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 retrattabili, deve dare attuazione alla pronuncia medesima, impedendo che la norma già oggetto di censura – ormai espunta dall'ordinamento – possa produrre qualsivoglia ulteriore effetto.

6. Nella piena consapevolezza della novità e complessità della questione giuridica, l'Ufficio ritiene tuttavia non condivisibile, per le ragioni che si andranno a illustrare, siffatta ricostruzione ermeneutica, instando dunque affinché questa Sezione voglia procedere ad una rinnovata riflessione, se del caso sollecitando l'intervento del collegio regolatore nella sua più autorevole composizione.

7. Dato per condiviso l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 42858 del 29/05/2014 (imp. Gatto) – obbligatorio punto di partenza e costante riferimento per l'analisi dei poteri e dei limiti dell'intervento "in executivis" sul giudicato nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale – di tale insegnamento è allora opportuno riportare i più salienti passaggi argomentativi.

In estrema sintesi, le Sezioni Unite *Gatto* ricordano:

- che la Corte costituzionale ha definito "complesso unitario" quello risultante dall'art. 136, primo comma, Cost., dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dalla legge 11 marzo 1953, n. 87: disposizioni che stabiliscono il principio generale della cessazione di efficacia della norma di legge dichiarata incostituzionale e pongono il divieto della sua applicazione ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento;
- che vale per tutti gli ambiti dell'ordinamento, e che in forza dell'art. 30, quarto comma della legge n. 87 del 1953, in materia penale ha una portata ben maggiore, disponendosi che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»;
- che tale disposizione estende al massimo l'incidenza "retroattiva" delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale, quando si sia pronunciata sentenza di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali;
- che tali sentenze, ancorché passate in giudicato, cessano di avere esecuzione e di produrre qualsiasi effetto penale;
- che in questo caso il massimo di retroattività è stato previsto in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali, essendosi ritenuto inaccettabile (come e più che nell'abrogazione) che esse potessero ancora valere, una volta riconosciuta l'incostituzionalità del loro fondamento normativo;
- che la disposizione - che costituisce attuazione del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. - si riferisce alle sole norme penali sostanziali, per tali dovendosi intendere quelle che correlano la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento e che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta;
- che se dunque «la pena può subire quelle modificazioni necessarie imposte dal sistema», il limite derivante dal giudicato e concernente i cd. rapporti esauriti - ossia «quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità» - attiene, in sostanza, alle questioni e situazioni diverse dal diritto penale sostanziale, diverse cioè da quelle norme, anche non incriminatrici, che abbiano avuto incidenza sul trattamento sanzionatorio;
- che, in conclusione, se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l'illecito penale, cessano l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall'art. 673 cod. proc. pen.; mentre, se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale.

8. Da tale ricostruzione dei caratteri propri della pronuncia di incostituzionalità, anche parziale, e dei relativi poteri/doveri del giudice dell'esecuzione per eliminare ogni effetto pregiudizievole della condanna pronunciata in forza di una norma poi censurata, questa Sezione ha - come detto - tratto il convincimento che «...tale efficacia invalidante *ex tunc* possa avere effetto anche con riguardo alla declaratoria di prescrizione del reato, eventualmente da pronunciata "ora per allora"... ».

Orbene, tale operata inclusione della prescrizione all'interno del territorio della "illegalità della pena", che il giudice dell'esecuzione è chiamato a "bonificare" in presenza dei succitati presupposti, non appare convincente, in ragione della "ontologica" diversità, rispetto alle norme penali incriminatrici, della prescrizione, che consente - ad avviso di questa Procura Generale - di iscrivere nella categoria dei "rapporti esauriti" l'accertamento definitivamente compiuto all'interno di termini prescrizionali collegati a trattamenti sanzionatori successivamente dichiarati illegittimi.

9. Come è noto, la prescrizione estintiva del reato è concepita nel nostro ordinamento come un limite al potere punitivo dello Stato e come una fondamentale garanzia dell'imputato: limite

del potere punitivo, perché il decorso di un lasso di tempo - variabile a seconda della gravità dei reati ed oggi anche delle precedenti condanne penali dell'imputato - senza che sia intervenuta una sentenza definitiva fa ritenere che la collettività non abbia più un concreto interesse a perseguire il presunto autore del reato; garanzia dell'imputato, perché gli evita la prospettiva di un esercizio dell'azione penale e di un processo temporalmente indefiniti o comunque irragionevolmente lunghi.

Il decorso del tempo in assenza di un esito di merito del processo - assoluzione o condanna definitive - è dunque posto a base di una rinuncia "ex lege" e preventiva dello Stato a far valere la pretesa punitiva contro l'incolpato, in un momento divenuto ormai così lontano dai fatti da far presumere che l'allarme suscitato nella collettività sia cessato e, inoltre, che sia divenuto troppo difficile l'esercizio del diritto di difesa.

Essendo questa, almeno nel modello astratto dell'istituto, la logica ispiratrice della prescrizione, è evidente che essa si sostanzia in una "relazione" tra l'imputato ed un termine temporale predeterminato dal legislatore, che inizia a decorrere dal momento del fatto-reato addebitato e continua a svolgersi ed a vivere nel corso e per così dire nell'ambiente del processo, subendone tutte le influenze.

E' naturale, dunque, che le scelte squisitamente "personali" compiute dall'imputato nel corso del processo (per esempio, quelle relative alla scelta del rito o alla proposizione di una impugnazione) abbiano una diretta incidenza sui tempi della procedura e sul verificarsi o meno della causa estintiva della prescrizione, spesso affiancandosi o sommandosi ad ulteriori fattori di natura del tutto casuale incidenti sullo svolgimento del processo.

In questo quadro, la relazione tra l'imputato ed il tempo del processo acquista l'autonoma valenza di causa estintiva del reato e determina l'estinzione del processo stesso una volta che sia decorso il termine prefissato dal legislatore, oppure perde definitivamente di autonomo rilievo allorquando, prima del decorso del termine prescrizionale, sia intervenuta una tempestiva pronuncia irrevocabile, che chiude definitivamente la vicenda processuale e preclude ogni ulteriore valutazione di carattere meramente temporale.

Naturalmente non si può ignorare che il modello astratto sin qui delineato subisce, nella realtà effettuale, non poche torsioni poiché la vigente disciplina della prescrizione (ed in particolare la sua natura giuridica e il suo decorso dal momento della commissione del presunto reato e durante l'intero arco del processo sino ad una sentenza definitiva) l'ha resa, in molti casi, una meta possibile ed ambita, raggiungibile attraverso condotte processuali dirette a prolungare i tempi del processo; così che spesso la prescrizione costituisce il "non esito" di processi lunghi, complessi e relativi a gravi fatti piuttosto che il frutto dell'inerzia o di ingiustificati ritardi o arbitrarie dilazioni dello Stato nell'esercizio dell'azione penale: anche in questi casi, comunque, il dato centrale cui prestare attenzione resta solo quello della oggettiva relazione che corre tra l'imputato ed il tempo del "suo" processo, da un lato, e il predeterminato termine di prescrizione, dall'altro, restando influente che il maturare della prescrizione sia mero "evento" o il raggiungimento di una "meta".

10. Rimarcata la congenita interrelazione della prescrizione con la dinamica processuale - che non è in contrasto con la natura sostanziale dell'istituto (più volte ribadita dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 275 del 1990) e con l'effetto da essa prodotto di eliminazione della punibilità in sé e per sé - indiscutibile appare anche l'estraneità della prescrizione a quel nucleo duro di cd. "norme penali sostanziali", intese - secondo il riportato insegnamento delle Corti superiori - come quelle che correlano la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento o che stabiliscono una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta, e che, in quanto tali, sono il bersaglio della incidenza "retroattiva", nella massima estensione possibile, delle decisioni d'incostituzionalità nella materia penale, in attuazione dell'art. 25 della Carta fondante.

Come la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di osservare (sentenza n. 72 del 2008), la prescrizione si limita ad esprimere *"l'interesse generale di non perseguire più i reati rispetto ai quali sia trascorso un periodo di tempo che, secondo la valutazione del legislatore, ha*

comportato l'attenuazione dell'allarme sociale e reso più difficile l'acquisizione del materiale probatorio (e, quindi, l'esercizio del diritto di difesa)".

Come tale, non si tratta di un diritto assoluto della persona, ma di un diritto (peraltro rinunciabile) destinato ad essere recessivo a fronte di valori di pari o maggior rango costituzionale.

A riprova, sembra opportuno ricordare che la Consulta (sentenza n. 393 del 2006), in relazione all'intera norma transitoria posta dall'art. 10, comma 3, legge n. 251 del 2005 (cd. legge "Ex Cirielli") – disposizione secondo la quale "Se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione" - ha individuato la giustificazione di tale deroga proprio nell'esistenza di "interessi di non minore rilevanza" idonei a controbilanciare il principio della retroattività della lex mitior, *"quali quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo"*.

La deroga del principio di retroattività fondata sulla tutela di tali interessi è stata dunque, in quel caso, ritenuta ragionevole, per l'evidente considerazione che la generalizzata applicazione retroattiva dei nuovi più brevi termini di prescrizione avrebbe provocato l'estinzione su larga scala di processi, relativi anche a gravi delitti, con la conseguente compromissione delle aspettative dei diritti dei soggetti, diversi dall'imputato, coinvolti nel processo penale, e la contestuale vanificazione delle risorse statuali impiegate e dell'esercizio della giurisdizione avviato sotto il regime prescrizionale previgente.

È questa la ragione di fondo che emerge dalla sentenza n. 393 del 2006 e, ancor più esplicitamente, dai successivi interventi (Corte cost., nn. 78 del 2008; 236 e 314 del 2011) con cui la Corte costituzionale ha ritenuto legittima la ragione posta a fondamento della norma transitoria introdotta con l'art. 10, comma 3, legge n.251 del 2005, volta a bilanciare il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina sui termini di prescrizione sulla base dello stato di avanzamento del processo penale, in modo da non sacrificare del tutto l'interesse costituzionalmente rilevante dell'efficienza della giurisdizione in corso di esercizio al momento della entrata in vigore della legge.

11. Per le ragioni esposte, costituisce convincimento di questo Ufficio che la prescrizione non possa come detto iscriversi nel perimetro di quella "illegalità della pena e degli effetti penali" – derivante dalla pronuncia di incostituzionalità non di una norma direttamente regolatrice della prescrizione, ma di una norma penale determinatrice della pena che abbia effetti riflessi anche sui termini prescrizionali – che il giudice dell'esecuzione è tenuto a "bonificare".

Al contrario, la questione della prescrizione pare rientrare esattamente in quell'ambito di "rapporti esauriti", per i quali il vincolo del giudicato costituisce limite insormontabile, proprio perché, assicurando la certezza ed intangibilità del "decisum", tutela i succitati interessi di non minore rilevanza costituzionale, impedendo la "contestuale vanificazione delle risorse statuali impiegate e dell'esercizio della giurisdizione avviato sotto il regime prescrizionale previgente".

Detto ancora una volta – e conclusivamente – proprio a causa dell'intima consistenza della prescrizione - istituto, quantunque di natura sostanziale, legato strutturalmente al mancato raggiungimento dell'accertamento definitivo nel tempo prefissato e non equiparabile alle norme penali "sostanziali" (nella accezione sopra indicata) sul piano della capacità di proiettare retroattivamente gli effetti, e con prevalenza su qualsiasi altro interesse, secondo le scadenze indicate nell'art. 25 Cost. – non pare giustificabile un intervento, "ora per allora", del giudice dell'esecuzione, qualora l'accertamento giudiziale si sia "esaurito" definitivamente, quantunque alla luce di termini successivamente diminuiti per effetto riflesso di una declaratoria di incostituzionalità del trattamento sanzionatorio: conforta – in tale convincimento – l'affermazione delle Sez. U, n. 37107 del 26/2/2015, Marcon, Rv. 264859 – pronuncia peraltro oggetto di esplicito richiamo proprio nel precedente di questa Sezione (sentenza n. 38691 del 11/7/2017,

dep. 3/8/2017, imp. Giordano) - là dove sono evidenziate le evidenti differenze tra "il "giudicato sull'accertamento" - che è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto [e, ad avviso di questo Ufficio, non consentendo neppure rivalutazioni sulla "tempestività legale" dell'accertamento medesimo]- e il "giudicato sulla pena", invece permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché "in bonam partem".

P. Q. M.

chiede che la Corte di Cassazione, riunita in camera di consiglio, voglia rigettare il ricorso o, in subordine, voglia rimettere la questione alla decisione delle Sezioni Unite.

Roma, 25 ottobre 2017

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE

dr. Pietro Molino