

Pene “incostituzionali” relative alle droghe “leggere” e rideterminazione: a proposito di una pronuncia della Prima sezione penale

Cass. pen, sez. I, 22 dicembre 2014 (dep. 30 dicembre 2014), n. 53793, Pres. Siotto, Rel. Rocchi.

[[Nicola Canzian](#)]

1. La sentenza in esame concerne il problema della **rideterminazione in sede esecutiva delle pene per reati riguardanti droghe “leggere”** e divenute definitive prima della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l’illegittimità della cornice edittale sulla base della quale tali pene sono state stabilite^[1]. Come noto, dall’incostituzionalità della riforma “Fini-Giovanardi” del 2006, con cui era stato notevolmente inasprito il trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite relative alle droghe “leggere”^[2], è conseguita la reviviscenza della più mite disciplina previgente.

La sentenza della Prima sezione penale della Cassazione riguarda il caso di un condannato alla pena di due anni e otto mesi di reclusione per la detenzione di sostanza stupefacente rientrante nelle droghe leggere (canapa indiana) che aveva presentato istanza al Tribunale di Milano in funzione di giudice dell’esecuzione per la rideterminazione della pena. Il giudice rigettava l’istanza in ragione del supposto vincolo del giudicato; il condannato proponeva ricorso per cassazione.

2. Non stupisce che la Prima sezione penale abbia annullato l’ordinanza impugnata. Con le sentenze “Ercolano” [Cass., Sez. un. pen., 24.10.2013 (dep. 7.5.2014), n. 18821, su cui v. [F. Viganò, Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola](#), in questa *Rivista*, 12 maggio 2014] e “Gatto” [Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, su cui v. G. Romeo, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all’esecuzione di pena “incostituzionale”](#), in questa *Rivista*, 17 ottobre 2014; [S. Ruggeri, Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona](#), in questa *Rivista*, 22 dicembre 2014], le Sezioni unite hanno superato un precedente contrasto giurisprudenziale facendo proprio l’orientamento secondo cui gli effetti retroattivi dell’illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice **non trovano il limite del giudicato, ma solo quello della totale espiazione della pena**: finché la pena è in corso di esecuzione, devono essere rimosse tutte le conseguenze derivanti dall’applicazione della norma penale incostituzionale.

La sentenza “Gatto” ha infatti affermato il principio di diritto, testualmente richiamato nella pronuncia in esame, per cui *“successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espia, da parte del giudice dell’esecuzione”*. Non possono sorgere dubbi che tale principio, pur enunciato in una sentenza avente ad oggetto una situazione diversa^[3], sia applicabile anche nel caso delle condanne definitive per droghe “leggere”. Può tuttavia essere notato che l’ordinanza del Tribunale di Milano risale al 15.5.2014 e dunque precede di circa 15 giorni l’informazione provvisoria della sentenza “Gatto” (le cui motivazioni sono state depositate nell’ottobre 2014).

Coerentemente all’orientamento delle Sezioni unite, la Prima sezione penale ritiene che nel caso in questione debba trovare applicazione l’**art. 30, comma 4 della L. n. 87/1953** (secondo cui “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”), interpretato nel senso che il concetto di “norma dichiarata incostituzionale” ricomprende anche le norme penali sostanziali diverse da quella incriminatrice che abbiano inciso sulla determinazione della pena.

3. Ai fini del dibattito giurisprudenziale in corso e considerando che, in astratto, il principio della permeabilità del giudicato alle istanze di legalità della pena non sembra poter più essere negato, è forse di maggiore interesse la seconda parte del provvedimento, in cui si affronta la questione dell'intervento che il giudice dell'esecuzione è chiamato a porre in essere.

La sentenza in esame non motiva sulla **competenza del giudice dell'esecuzione**, che è infatti un punto non controverso: pur in mancanza di una attribuzione espressa, si ritiene pacificamente che tale organo abbia il compito di decidere su tutte le questioni relative al rapporto esecutivo^[4]. Tuttavia è attualmente **controversa la questione dell'ampiezza dei poteri che il giudice dell'esecuzione può e deve esercitare nell'ambito della rideterminazione della pena**: la norma su cui tale facoltà viene fondata (il citato art. 30, c. 4 della L. 87/1953) si limita infatti a indicare il caso in cui ciò può avvenire, ma è muta quanto alle modalità da seguire in concreto per la nuova commisurazione della pena.

Come già rammentato dalle pagine di questa *Rivista* ([*Sulle pene 'incostituzionali' in materia di droga si pronunceranno le Sezioni unite*](#), 19 gennaio 2015), sulla questione in esame si riscontra attualmente una **diversità di orientamenti** sotto **due aspetti**: in primo luogo, in relazione alla **possibilità di rideterminare la pena quando questa risulti comunque già compatibile con i limiti edittali oggi vigenti**; in secondo luogo, in relazione ai **criteri con cui deve essere operata la rideterminazione**. Con la sentenza in esame, la Prima sezione penale della Cassazione prende una posizione precisa su entrambi gli aspetti.

4. Coerentemente con l'indirizzo fatto proprio dalle Sezioni Unite, la Prima sezione ritiene che il giudice dell'esecuzione sia tenuto a compiere **due valutazioni successive**.

In primo luogo, il giudice deve verificare la *“incidenza concreta della decisione irrevocabile, all'atto della domanda, sulla libertà personale per essere in effettiva esecuzione la pena derivante - anche in parte - da norma di diritto sostanziale dichiarata incostituzionale”*; si tratta, cioè, di **verificare che la pena (o la parte di pena) di cui si richiede la rideterminazione non sia stata completamente eseguita**, il che renderebbe gli effetti della sentenza irreversibili e, dunque, non più rimuovibili nonostante la sopravvenuta incostituzionalità della norma penale sostanziale. Infatti, la norma che legittima l'intervento in fase esecutiva (il già richiamato art. 30, c. 4 della L. 87/1953) prevede espressamente la *“cessazione dell'esecuzione”* della pena, da intendersi riferita - nei casi come quello in esame - alla quota di pena eccedente la misura legittima: se l'esecuzione è già terminata per integrale espiazione della pena, non c'è intervento che il Giudice dell'esecuzione possa porre in essere^[5].

5. In secondo luogo, qualora la prima valutazione abbia dato esito positivo, il giudice dell'esecuzione deve procedere alla *“ricostruzione del contenuto della decisione irrevocabile nel senso della “concreta incidenza” sul trattamento sanzionatorio determinato in sede di cognizione della specifica norma (...) dichiarata incostituzionale, con conseguente rideterminazione del trattamento sanzionatorio, tenendo conto della compiuta ricostruzione del fatto da parte del giudice della cognizione nonché delle norme applicabili al momento della decisione in punto di commisurazione della sanzione”*. Questo passaggio riassume più aspetti di notevole importanza, che sono successivamente precisati dalla pronuncia in parola.

Quanto alla **concreta incidenza della norma incostituzionale**, la Prima sezione osserva che l'incostituzionalità dichiarata con la sentenza n. 32/2014 (che precisamente ha sancito l'illegittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del D.L. n. 272/2005, convertito con modificazioni in Legge n.

49/2006) ha colpito un intervento di complessiva riforma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990, con conseguente e automatica riespansione (*rectius*, reviviscenza) della previgente disciplina, certamente più favorevole al reo per la drastica riduzione dei minimi e massimi edittali. La Prima sezione ritiene che ciò sia sufficiente per considerare che siano viziate tutte le condanne per i fatti commessi durante la vigenza della norma illegittima e divenute definitive prima della declaratoria di incostituzionalità: **“risulta in ogni caso “illegale” il trattamento sanzionatorio delle condotte illecite concernenti le droghe c.d. “leggere” (...) atteso che, in relazione a tali sostanze, l'intervento normativo dichiarato illegittimo aveva comportato (...) un massiccio incremento dei limiti edittali della sanzione detentiva”**.

È chiaro che, seguendo questa impostazione, il solo fatto che le cornici edittali introdotte con la riforma “Fini-Giovanardi” fossero illegittime e non sovrapponibili a quelle che sono state ripristinate rende automaticamente “illegali” tutte le condanne definitive, senza che sia necessario valutare caso per caso se le singole pene irrogate siano o meno compatibili con la normativa ritornata in vigore. La Prima sezione postula dunque un concetto di **pena illegale in astratto** [6], per cui l'illegalità discende non da un superamento dell'attuale e ripristinato limite massimo (come invece richiedere il concetto di *pena illegale in concreto*), bensì dal fatto che in ogni caso si tratta di “*pena determinata sulla base di una forbice edittale dichiarata illegittima*” [7] e nettamente più sfavorevole.

6. La Prima sezione esclude dunque che la rideterminazione possa essere limitata a una mera sottrazione del *quantum* di pena eccedente i limiti massimi vigenti. Né viene accolta l'ipotesi di effettuare una proporzione matematica fra i vecchi e i nuovi estremi della cornice edittale, in modo da riprodurre la medesima collocazione della pena concretamente inflitta nell'arco compreso tra il minimo e massimo della pena alla luce della normativa ripristinata dalla Corte costituzionale.

La soluzione qui seguita parte invece dalla considerazione che la **commisurazione della pena** “è frutto di una scelta che il giudice della cognizione compie, con discrezionalità guidata, in un ambito legislativamente definito tra il minimo e il massimo edittale”, per cui “il profondo mutamento di “cornice” derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria (...) **una rivalutazione piena di tale aspetto in sede esecutiva**, che il giudice dell'esecuzione deve compiere tenendo conto del “fatto”, così come accertato da quello della cognizione, ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice (...) trattandosi di scelte operate in un quadro normativo alterato dal criterio legislativo (legge del 2006)”. Dunque, il giudice dell'esecuzione è chiamato a una **rivalutazione che, pur dovendo basarsi sui fatti accertati in via definitiva dal giudice della cognizione, implica una nuova determinazione della pena** “tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio (tra cui quello per cui non può essere aumentata l'afflittività della pena stabilita nella sentenza di condanna)”. Il che non esclude, dunque, che il giudice dell'esecuzione possa stabilire una pena in proporzione più distante dal minimo edittale rispetto a quella precedentemente stabilita in sede di cognizione, fermo restando che in termini assoluti essa non possa essere aumentata.

7. Si tratta di una soluzione che ci pare spiccatamente a tutela della libertà personale del condannato, a cui con la nuova determinazione della pena viene riconosciuto un trattamento sanzionatorio pienamente conforme al quadro edittale ripristinato dalla Corte costituzionale.

Non si tratta del resto di un orientamento nuovo, come emerge da vari provvedimenti già pubblicati precedentemente su questa *Rivista*: Trib. Treviso, ud. 18 giugno 2014, Giud. Vettoruzzo, con annotazione di [A. Della Bella, Rideterminazione della pena in materia di stupefacenti: quali i poteri del giudice dell'esecuzione?](#) pubblicata in data 23 giugno 2014; GIP Trib. Pisa, 15 aprile 2014, giud. Bufardecì, con annotazioni di [M. C. Ubiali, Dichiarazione di incostituzionalità della](#)

disposizione più sfavorevole: il giudice dell'esecuzione ricalcola la pena, pubblicata in data 11 maggio 2014; Trib. Trento, Sez. Incidenti esecuzione, 18 aprile 2014, (ord.) Giud. Ancona con annotazione di N. Canzian, Il (superato) limite del giudicato e l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione a fronte dell'incostituzionalità della cornice edittale: prime pronunce a seguito della sent. n. 32/2014, pubblicata in data 15 maggio 2014.

Per il diverso orientamento che limita l'intervento del giudice dell'esecuzione alla sola non eseguibilità della pena nella misura superiore al nuovo limite edittale massimo, si segnala invece Trib. Milano, Sez. XI pen., 3 aprile 2014, (ord.) Giud. Cotta, con annotazione di N. Canzian, Il (superato) limite del giudicato e l'ampiezza dei poteri del giudice dell'esecuzione a fronte dell'incostituzionalità della cornice edittale: prime pronunce a seguito della sent. n. 32/2014, pubblicata in data 15 maggio 2014. Per l'ulteriore differente orientamento secondo cui il Giudice dell'esecuzione è chiamato a una rideterminazione della pena in misura aritmeticamente corrispondente a quella effettuata in sede di cognizione, si veda Trib. Bologna, ud. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo e il relativo commento di M. De Micheli, La declaratoria di illegittimità della legge Fini-Giovanardi e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile, pubblicato su questa *Rivista* in data 15 ottobre 2014 (con puntuale disamina dei vari indirizzi emersi nella prassi giurisprudenziale).

Al momento si assiste dunque a una inconciliabile pluralità di indirizzi, dovuta sostanzialmente alla mancanza di una disposizione processuale che preveda in modo espresso il potere di rideterminare la pena definitiva a seguito di incostituzionalità sopravvenuta di una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice.

Un problema in parte analogo si presenta per le sentenze di applicazione concordata della pena ex art. 444 c.p.p., per cui si assiste a due indirizzi che divergono sulla qualificazione di pena "illegale" - se cioè essa discenda automaticamente dall'applicazione della cornice edittale incostituzionale o se invece derivi da un superamento del tetto massimo di pena attualmente previsto; tale distinzione, come visto in precedenza, è rilevante anche ai fini della rideterminazione in fase esecutiva.

8. I contrasti interpretativi in corso saranno comunque affrontati nella ormai prossima **udienza delle Sezioni unite del 26 febbraio 2015** (per una disamina delle numerose questioni che le Sezioni Unite saranno chiamate a risolvere si rinvia al già menzionato contributo *Sulle pene 'incostituzionali' in materia di droga si pronunceranno le Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 19 Gennaio 2015); in specie, particolare importanza riveste il ricorso assegnato direttamente dal primo Presidente e concernente la duplice questione della necessità o meno di rideterminazione della pena in sede esecutiva e del criterio da seguire nella rideterminazione.

[1] Per un commento alla sentenza n. 32/2014 si segnala V. Manes-L. Romano, L'illegittimità costituzionale della c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale, in questa *Rivista*, 23 marzo 2014.

[2] Per le condotte illecite legate alle droghe "leggere" la riforma del 2006 aveva portato il minimo edittale da 2 a 6 anni di reclusione e il massimo da 6 a 20 anni di reclusione; per la condotta attenuata, il minimo era stato innalzato da 6 mesi a un anno di reclusione e il massimo da 4 a 6 anni di reclusione.

[3] La sentenza “Gatto” riguarda la caducazione del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 73, comma 5, del D.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva di cui all’art. 99, comma 4 c.p. a seguito della sentenza n. 251/2012 della Corte costituzionale.

[4] Cfr. le motivazioni della sentenza “Gatto”, in specie cons. in diritto, punto 7.

[5] Al riguardo, nella Sentenza “Gatto” si osserva che *“tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall’universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati”* (cons. in diritto, p. 5.2).

[6] Per i concetti di “pena illegale in astratto” e “pena illegale in concreto” si veda [G. Riccardi, Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti](#), in questa *Rivista*, 26 gennaio 2015, pp. 15 ss.

[7] Così testualmente [G. Riccardi, Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena](#), cit., p. 15.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 22/12/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. MARIA CRISTINA SIOTTO
- Dott. MARGHERITA CASSANO
- Dott. ANTONELLA PATRIZIA MAZZEI
- Dott. GIACOMO ROCCHI
- Dott. RAFFAELLO MAGI

- Presidente - SENTENZA N. 3742/2014-
- Consigliere -
- Consigliere - REGISTRO GENERALE N. 32307/2014
- Rel. Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GAMBINO DAVIDE N. IL 26/01/1987

avverso la sentenza n. 454/2014 TRIBUNALE di MILANO, del 15/05/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. GIACOMO ROCCHI;
lette/SENTITE le conclusioni del PG Dott. PAOLA CAFFARELLI che

ha chiesto l'ammissione in rinvio della richiesta impugnata

~~Udit i difensor Avv.;~~

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 15 maggio 2014, il Tribunale di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava l'istanza proposta da Davide Gambino - condannato alla pena di anni due e mesi otto di reclusione ed euro 12.000 di multa, per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 per la detenzione di kg. 1,4 di canapa indiana - di rideterminazione della pena inflitta in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014.

Secondo il Giudice, la pronuncia della Corte Costituzionale determinava la reviviscenza della normativa anteriore alla riforma del 2006, con conseguente impossibilità di un intervento in fase esecutiva volto ad incidere sulla pena inflitta con la condanna definitiva: non solo mancava una norma idonea ad attribuire in via generale al Giudice dell'esecuzione l'eccezionale potere di incidere sul giudicato, ma sussistevano ragioni per ritenere che la mancanza di una norma del genere - salvo che per casi eccezionali - sia frutto della volontà del legislatore.

Non soccorrevano allo scopo né l'art. 2 cod. pen., né l'art. 673 cod. proc. pen., norma eccezionale che non lasciava spazio ad interpretazioni estensive o ad applicazioni analogiche; né, infine, il combinato disposto degli artt. 136 della Costituzione e 30 legge 87 del 1953, il quarto comma di quest'ultima norma essendo applicabile solo in caso di declaratoria di illegittimità di una norma incriminatrice, come più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte.

Poiché l'effetto della sentenza della Corte era quello di una successione di leggi nel tempo, l'art. 30 cit. non poteva trovare applicazione se non con un'inammissibile interpretazione analogica.

In definitiva, doveva trovare applicazione la regola generale dell'intangibilità del giudicato, dovendosi considerare eccezionali e tassativi i poteri di intervento sul giudicato da parte del giudice dell'esecuzione.

D'altro canto, l'intervento richiesto avrebbe imposto al Giudice dell'esecuzione una rideterminazione *ex novo* della pena sulla base di nuovi limiti edittali, in pratica duplicando, a processo ormai concluso, il giudizio già operato in fase di cognizione, con il rischio di soluzioni del tutto arbitrarie e discriminatorie nei diversi casi.

Il Giudice esplorava i principi costituzionali e quelli emersi in sede di Corte EDU per dimostrare che il provvedimento richiesto non era permesso.

2. Ricorre per cassazione il difensore di Gambino Davide, deducendo erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione.

La sentenza n. 32 della Corte Costituzionale fa ritenere la normativa

antecedente al 2006 mai validamente abrogata, con conseguente necessità di una sua applicazione. L'ordinanza è contraddittoria quando, dapprima afferma la reviviscenza delle norme abrogate dalla legge dichiarata illegittima e successivamente nega che, mantenendo fermo il giudicato, si darebbe applicazione ad una norma da considerarsi *tamquam non esset*.

Il ricorrente contesta i due passaggi centrali dell'ordinanza: quelli in cui si nega la possibilità di rimodulare la pena inflitta con sentenza passata in giudicato e quella secondo cui non esiste un potere del genere del Giudice dell'esecuzione. Al contrario, tale possibilità si deduce dagli artt. 673 cod. proc. pen. e 30 comma 4 legge 87 del 1953, cui deve essere data un'interpretazione costituzionalmente orientata e il potere del giudice dell'esecuzione di intervenire si deduce dall'art. 671 cod. proc. pen..

Il ricorrente richiama la giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte, che supera l'artificioso argomento formalistico che contrappone l'applicazione della pena al mero dispiegarsi dell'efficacia della norma in costanza dell'esecuzione della pena.

In caso di mancato accoglimento del ricorso, il ricorrente chiede sollevarsi questione di legittimità costituzionale della norma.

Il ricorrente conclude per l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

3. Il Procuratore Generale, nella requisitoria scritta, conclude per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, per le ragioni e con le precisazioni che seguono.

Sul tema del ricorso - oggetto di disputa teorica e di contrastanti orientamenti giurisprudenziali - sono di recente intervenute le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n. 42858 del 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) ric. Gatto.

L'opzione interpretativa seguita in detto arresto - cui si presta adesione - ritiene superabile il limite del giudicato anche nei casi in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi una norma incidente sul trattamento sanzionatorio, senza coinvolgere la rilevanza penale del fatto.

La motivazione si incentra - essenzialmente - sulla diversità ontologica tra una pronuncia di incostituzionalità e un 'ordinario' intervento legislativo basato, il secondo, sulla rivalutazione - in rapporto al decorso del tempo e a mutate sensibilità sociali, storiche o culturali - del contenuto di norme penali.

La pronuncia di incostituzionalità, invece, inficia sin dall'origine la disposizione impugnata e pertanto non è in alcun modo omologabile alla vicenda



della successione di leggi nel tempo: la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento giuridico e ciò impone e giustifica l'efficacia «retroattiva» della pronuncia di incostituzionalità sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi.

Da ciò deriva che «tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure in parte, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati».

La norma regolatrice viene individuata, per l'appunto, nella previsione dell'art. 30 comma 4 legge n. 87 del 1953 (*"quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"*), il cui ambito applicativo non si limita ad imporre la retroattività delle decisioni aventi ad oggetto la rilevanza penale del fatto ma si estende al caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale diversa ed 'incidente' sulla determinazione della pena.

Pertanto, la formazione del giudicato e il mancato riferimento, nell'art. 673 cod. proc. pen., all'ipotesi di declaratoria di incostituzionalità di norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio non ostano alla estensione in sede esecutiva degli effetti di pronunzie di questo tipo.

Il limite per la rilevanza della pronuncia di incostituzionalità rispetto al giudicato è così individuato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite: *"... l'aspetto decisivo, che segna invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché il citato art. 30 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili perché già consumati, come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena...; l'esecuzione della pena implica infatti l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può dirsi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e dunque possono e devono essere rimossi."* In effetti, *"il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile"*.

Il giudice dell'esecuzione deve, quindi, verificare la rilevanza della pronuncia

di illegittimità costituzionale nel caso concreto, non potendo intervenire sul titolo esecutivo se l'effetto della norma dichiarata incostituzionale sia esaurito per aver già dato luogo alla esecuzione integrale della pena.

La sentenza delle Sezioni Unite verteva sulla valutazione degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2012, che aveva dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata.

La Corte ha affermato che, se il mancato esito del giudizio di comparazione nel senso della prevalenza sia dipeso dal divieto di legge rimosso (art. 69 comma 4 cod. pen.) l'esecuzione della pena deve ritenersi illegittima sia sotto il profilo oggettivo, in quanto derivante dall'applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo la sentenza irrevocabile, sia sotto il profilo soggettivo, in quanto, almeno per una parte, non potrà essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato imposta dalla previsione dell'art. 27, comma 3, Cost.. Infatti, l'illegittimità della pena costituisce un ostacolo al perseguimento di tali obiettivi rieducativi, perché sarà avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata non già determinata dal giudice nell'esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione.

Quanto ai poteri del giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite hanno evidenziato due aspetti di particolare rilievo:

- il limite del «fatto accertato» nella pronuncia di cognizione non può essere superato, nel senso che - in rapporto al tema oggetto della decisione - il giudice della esecuzione potrà pervenire al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante (prima inibito) sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito (indipendenti dalla esistenza, allora, del divieto di legge e valorizzate come tali);

- il potere di verifica della legittimità del trattamento sanzionatorio va esteso agli ulteriori accadimenti *medio tempore* incidenti sulle norme applicate, all'epoca, dal giudice della cognizione (vi è riferimento espresso alle ricadute della decisione n. 32 del 2014 sui contenuti della legge n. 49 del 2006, di conversione del d.l. n. 272 del 2005).

Sulla scorta di questa ricostruzione sistematica, le Sezioni unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

«successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la



rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione»;

«per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2012 ... il giudice dell'esecuzione potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile».

2. La decisione del Tribunale di Milano deve, quindi, essere annullata in base ai principi fin qui enunciati.

Il giudice dell'esecuzione, in particolare, è tenuto a compiere le seguenti valutazioni:

a) verifica dell'incidenza concreta della decisione irrevocabile, all'atto della domanda, sulla libertà personale per essere in effettiva esecuzione la pena derivante - anche in parte - da norma di diritto sostanziale dichiarata incostituzionale;

b) in caso positivo, ricostruzione del contenuto della decisione irrevocabile nel senso della 'concreta incidenza' sul trattamento sanzionatorio determinato in sede di cognizione della specifica norma (in questo caso l'art. 73 d.P.R. 309 del 1990) dichiarata incostituzionale, con conseguente rideterminazione del trattamento sanzionatorio, tenendo conto della compiuta ricostruzione del fatto da parte del giudice della cognizione nonché delle *norme applicabili* al momento della decisione in punto di commisurazione della sanzione.

Come è noto, la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 ha dichiarato illegittima la novellazione all'originario testo dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 apportata con d. l. n. 272 del 30 dicembre 2005 (artt. 4-bis e 4-vicies ter) convertito in legge n. 49 del 21 febbraio 2006.

L'effetto della pronuncia di incostituzionalità è stato quello di «riespandere» la previgente disciplina incriminatrice e le correlate diverse sanzioni per i fatti commessi dal 28 febbraio 2006 al 6 marzo 2014 (fermo restando che per l'ipotesi di fatto di lieve entità - che, nel caso di specie, non ricorre - il limite temporale finale va anticipato al 23 dicembre 2013, essendo il giorno seguente entrata in vigore diversa e autonoma disciplina normativa introdotta dal decreto legge n. 146 del 2013).

Pertanto, se il soggetto destinatario della esecuzione è stato condannato per fatto rientrante in detto intervallo temporale, sono applicabili i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite prima ricordata, trattandosi di pronuncia che riguarda la legittimità del trattamento sanzionatorio vigente all'epoca della decisione del giudice della cognizione. In particolare, risulta in ogni caso

"illegale" il trattamento sanzionatorio delle condotte illecite concernenti le droghe cd. 'leggere' (ossia le sostanze rientranti nelle tabelle II e IV allegate al d.P.R. del 1990), atteso che, in relazione a tali sostanze, l'intervento normativo dichiarato illegittimo aveva comportato (a differenza di quanto previsto per le altre sostanze) un massiccio incremento dei limiti edittali della sanzione detentiva: il minimo edittale della condotta ordinaria era stato innalzato da 2 a 6 anni di reclusione, quello della condotta attenuata da sei mesi a un anno di reclusione; il massimo edittale era stato innalzato da 6 a 20 anni di reclusione nell'ipotesi ordinaria e da 4 a 6 anni di reclusione per l'ipotesi attenuata.

Ora, posto che l'operazione di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen. - commisurazione della pena - è frutto di una scelta che il giudice della cognizione compie, con discrezionalità guidata, in un ambito legislativamente definito tra il minimo e il massimo edittale, il profondo mutamento di «cornice» derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria - in ipotesi di condanna per 'droghe leggere' - una rivalutazione piena di tale aspetto in sede esecutiva, che il giudice dell'esecuzione deve compiere tenendo conto del «fatto», così come accertato da quello della cognizione, ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice - in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale - trattandosi di scelte operate in un quadro normativo alterato dal criterio legislativo (legge del 2006) teso a «parificare» il disvalore di condotte tra loro diverse (in rapporto alla tipologia di sostanze oggetto delle condotte).

In altre parole, che se da un lato risulta doverosa ed obbligatoria, alla luce di quanto sopra, la rideterminazione in sede esecutiva della pena inflitta in rapporto ad una squilibrata (e costituzionalmente illegittima) cornice edittale, dall'altro non può escludersi che - con valutazione in concreto e rispettosa del «fatto accertato» - il giudice dell'esecuzione possa rivalutarne la valenza in rapporto ai «nuovi» e profondamente diversi parametri edittali, ovviamente dando conto (*ex artt. 132 e 133 cod. pen.*) delle modalità di esercizio del potere commisurativo e tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio (tra cui quello per cui non può essere aumentata l'afflittività della pena stabilita nella sentenza di condanna).

Va precisato, inoltre che la decisione emessa dal giudice della esecuzione, in ipotesi di accoglimento dell'istanza e rideterminazione del trattamento sanzionatorio, assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo (la precedente decisione irrevocabile) *solo in tale parte* non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva (peraltro anch'essa ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 666



comma 6 cod. proc. pen.) secondo uno schema procedimentale non estraneo al procedimento di esecuzione (si pensi a quanto previsto e regolamentato dall'art. 671 cod. proc. pen., norma che - a diverso fine - consente la modifica in esecuzione dell'entità del trattamento sanzionatorio correlato a decisioni parimenti irrevocabili circa l'an della responsabilità).

Non si tratta, pertanto, di una revoca del precedente titolo (non versandosi in ipotesi applicativa dell'art. 673 cod. proc. pen.) ma di una sua parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge.

L'ordinanza impugnata va pertanto annullata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Milano.

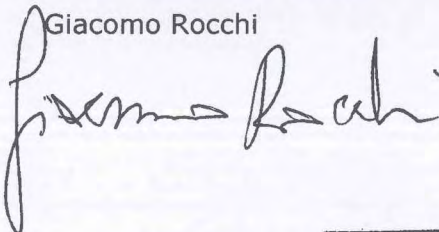
P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Milano.

Così deciso il 22 dicembre 2014

Il Consigliere estensore

Giacomo Rocchi



Il Presidente

Maria Cristina Siotto

