



34539/15

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

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 10/07/2015

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. UMBERTO GIORDANO
Dott. FRANCESCO MARIA SILVIO BONITO
Dott. GIUSEPPE LOCATELLI
Dott. FILIPPO CASA
Dott. RAFFAELLO MAGI

- Presidente - SENTENZA
- Rel. Consigliere - N. 2043/2015-
- Consigliere - REGISTRO GENERALE
N. 36655/2014
- Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

avverso l'ordinanza n. 234/2014 TRIBUNALE di ROMA, del
23/07/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. FRANCESCO MARIA
SILVIO BONITO;

lette/sentite le conclusioni del PG Dott.

*Aurelio Galano il quale
ha chiesto il rigetto del ricorso*

Udit i difensori Avv.;

La Corte osserva in fatto ed in diritto

1. Con ordinanza del 23 luglio 2014 il Tribunale di Roma, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava l'istanza con la quale ... aveva chiesto, in forza della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale, la rideterminazione della pena irrogata dallo stesso tribunale il 25.3.2008, con sentenza 32/14, per il delitto di cui all'art. 73. co. 1-bis dpr 309/1990, contestato per la detenzione di gr. 451,2 di hashish corrispondente a n. 822 dosi. Con la citata pronuncia, come è noto, il giudice delle leggi ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 272/2005, convertito con modificazioni, dall'art. 1 co. 1 l. 49/2006. A sostegno della decisione il G.E. chiariva che la pronuncia di incostituzionalità appena evocata non ha determinato *una abrogatio criminis*, bensì la reviviscenza della disciplina sanzionatoria in materia di droghe leggere, più favorevole al reo, prevista dalla norma incriminatrice (l'art. 73 citato appunto) nel testo vigente anteriormente alla modifica intervenuta nel 2006 e che, nella fattispecie, la pena inflitta dal giudice della cognizione, calcolata su una pena base pari ad anni sei di reclusione ed euro 27.000 di multa, rientra nei limiti previsti dalla regolamentazione sanzionatoria previgente, ancorchè nel massimo edittale e non già nei minimi.
2. Ricorre per cassazione avverso detta ordinanza il ... personalmente, denunciandone l'illegittimità per violazione di legge e vizio della motivazione. Deduce in particolare il ricorrente che la tesi propugnata dal giudice territoriale in ordine al mero controllo della legalità o meno della pena inflitta dal giudice della cognizione in applicazione della disciplina sanzionatoria venuta meno a seguito della più volte ripresa pronuncia di incostituzionalità di cui in premessa, contrasta con gli artt. 136 Cost. e 30 l. 87/1953, che disciplinano gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale, e con il recente insegnamento di ss.uu. 29.5.2014, applicando il quale, al caso in esame, deve avere applicazione la disciplina *in executivis* di cui all'art. 673 c.p.p..
3. Con argomentata requisitoria scritta il P.G. in sede ha concluso per il rigetto del ricorso.



4. Il ricorso è fondato.

4.1 Sul tema del rapporto tra l'intangibilità del giudicato e le ricadute di decisioni della Corte Costituzionale incidenti sul mero trattamento sanzionatorio - 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 nonché con le decisioni emesse nella recente udienza del 26 febbraio 2015 ric. Jazouli e ric. Marcon (di tali decisioni sono disponibili le informazioni provvisorie).

L'opzione interpretativa seguita in detti arresti - cui si presta adesione - ritiene superabile, anche lì dove la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi una norma incidente sul trattamento sanzionatorio (e non anche abrogativa della rilevanza penale del fatto) il limite del giudicato.

La motivazione della decisione Sez. U. ric. Gatto si incentra - essenzialmente - sulla diversità ontologica di una pronuncia di incostituzionalità rispetto ad 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 - a differenza dell' ordinario intervento normativo - inficia, invece, sin dall'origine la disposizione impugnata e pertanto non è in alcun modo omologabile alla vicenda della successione di leggi nel tempo.

Si è ribadito pertanto che la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento giuridico perchè affetta da invalidità originaria e ciò impone e giustifica la proiezione «retroattiva» sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi della intervenuta pronuncia di incostituzionalità.

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 perchè 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.

Da qui la considerazione per cui la formazione del giudicato e il mancato inserimento nel corpo dell'art. 673 cod.proc.pen. del caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio (essendo presa in esame la sola ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di norma incriminatrice) non rappresentano fattori ostativi alla estensione in sede esecutiva degli effetti di simili pronunzie.

In particolare, le Sezioni Unite ric. Gatto hanno così individuato il limite di rilevanza della pronunzia di incostituzionalità rispetto al giudicato *... 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, giacchè il citato art. 30 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili perchè 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.

Si tratta di una affermazione di indubbio rilievo sistematico e pratico, posto che viene imposta al giudice della esecuzione una verifica di «rilevanza» del *decisum* della Corte Costituzionale nel caso concreto, non potendosi intervenire sul titolo esecutivo lì dove l'effetto della norma dichiarata incostituzionale si sia in fatto esaurito per aver già dato luogo alla esecuzione della pena in modo integrale.



Nel caso oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite, ric. Gatto si trattava di valutare le ricadute della decisione n. 251 del 2012 C.Cost. attestante l'invalidità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co.5 dPr 309/90 sulla recidiva reiterata.

Si è affermato che, in tal caso, lì dove il mancato esito del giudizio di comparazione nel senso della prevalenza sia dipeso dal divieto di legge rimosso (art. 69 co.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. A tutto questo occorre aggiungere, secondo affermato nello stesso arresto giurisprudenziale, che "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".

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

- 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 affermavano 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 co.5 dPR n. 309 del 1990 semprechè una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile» .

4.2 Ora, alla luce di tali affermazioni, è evidente che - come già ritenuto da questa Corte anche in rapporto alla fase esecutiva (si vedano, tra le altre Sez. I n. 53019 del 4.12.2014 e Sez. I n. 2492 del 2015) - la pena inflitta in riferimento a delitti afferenti sostanze stupefacenti, nell'ipotesi di droghe cd. leggere, commessi durante la vigenza della normativa dichiarata incostituzionale (in rapporto alla parificazione del disvalore del fatto tra smercio di droghe pesanti e di droghe leggere) va rideterminata in sede esecutiva, lì dove ricorrano alcune condizioni.

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 dichiarata incostituzionale e dunque rimossa dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* ;

c) in caso positivo, rideterminazione del trattamento sanzionatorio tenendo conto della compiuta ricostruzione del fatto nonché delle



norme applicabili al momento della decisione in punto di commisurazione della sanzione.

Tra dette ultime norme, peraltro, andranno considerate - in rapporto alla qualità delle sostanze stupefacenti - le stesse norme incriminatrici, interessate dalla pronunzia di illegittimità costituzionale (nel caso di specie la n. 32 del 12 febbraio 2014).

Come è noto, con tale decisione è stata oggetto di declaratoria di incostituzionalità la novellazione apportata con decreto legge n. 272 del 30.12.2005 (artt. 4-bis e 4-vicies ter) convertito in legge n. 49 del 21 febbraio 2006 all'originario testo dell'art. 73 del dPr n.309 del 1990.

L'effetto della pronunzia di incostituzionalità è stato quello di «riespandere» per i fatti commessi dal 28 febbraio 2006 al 6 marzo 2014 la previgente disciplina incriminatrice e le correlate diverse sanzioni (fermo restando che per l'ipotesi di fatti di lieve entità 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).

Lì dove, pertanto, il soggetto destinatario della esecuzione sia stato condannato per fatto rientrante in detto intervallo temporale è da ritenersi «esportabile» il contenuto delle affermazioni operate dalla decisione emessa dalle Sezioni Unite prima ricordate (come del resto evidenziato nella motivazione di tale sentenza) al caso della «abrogazione» del trattamento sanzionatorio vigente all'epoca della decisione perchè contrario a norme costituzionali.

4.3. Va ribadito, inoltre, che la comparazione tra le fasce edittali previste dalla normativa dichiarata incostituzionale e quelle previgenti (e riattivatesi per effetto della pronunzia di incostituzionalità) porta a ritenere in ogni caso «illegale» il trattamento sanzionatorio inflitto in ipotesi di condotta illecita concernente le droghe cd. 'leggere' (ossia le sostanze rientranti nelle tabelle II e IV allegate al dPR del 1990) posto 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, quello della condotta attenuata da sei mesi a 1 anno; il massimo edittale era stato innalzato da 6 a 20 anni nell'ipotesi ordinaria e da 4 a 6 anni 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 (circa la necessità di effettiva spiegazione dell'incidenza degli indici di commisurazione, specie in ipotesi di superamento dei minimi edittali, tra le molte, Sez. II 9.10.1992, rv 192645; Sez. VI n. 35346 del 12.6.2008, rv 241189) è evidente che il profondo mutamento di «cornice» derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria - sempre in ipotesi di condanna per 'droghe leggere' - una rivalutazione *piena* di tale aspetto, qui in sede esecutiva, che va compiuto tenendosi conto del «fatto» così come accertato in cognizione ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice (in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale) in una condizione in realtà «alterata» dalla adozione di un criterio legislativo (legge del 2006) teso a «parificare» il disvalore di condotte tra loro diverse (in rapporto alla tipologia di sostanze oggetto delle condotte).

Con ciò si intende affermare 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).

Circa tali specifici aspetti, peraltro, sono di recente intervenute le Sezioni Unite di questa Corte, confermando l'orientamento interpretativo qui sostenuto (udienza del 26 febbraio 2015, ric. Jazouli, secondo i contenuti della informazione provvisoria già disponibile) e teso a ritenere obbligatoria la rivalutazione ai sensi degli artt. 132 e 133 cod.pen. .

Va precisato, infine, 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

B

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 co.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 *in toto* del precedente titolo ma di una sua parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge.

4.4 Nel caso in esame il giudice dell'esecuzione ha pertanto errato circa l'individuazione e la delimitazione dell'ambito di intervento da porsi in essere in fase esecutiva, ritenendo non consentita alcuna modifica del trattamento sanzionatorio, dovendosi ritenere comunque illegittima la sanzione a suo tempo inflitta all'imputato, attuale ricorrente *in executivis*, ancorchè contenuta essa nei limiti edittali ripristinati dalla pronuncia di illegittimità costituzionale, in quanto la sanzione deve essere necessariamente rideterminata in riferimento al quadro sanzionatorio coerente con i principi della suprema carta e non già con quello dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Va pertanto disposto l'annullamento della impugnata ordinanza, al fine di rendere possibile - in sede di rinvio - l'applicazione dei principi sin qui esplicitati al caso concreto .

P.Q.M.

la Corte, annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Roma.

Così deciso il 10 luglio 2015

Il cons. est.

Il Presidente

Bovio

Alfieri

