



TRIBUNALE DI PERUGIA

Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

Proc. N. 50/2014 R. Es. Gip

Il Giudice per le indagini preliminari;

Letta la richiesta di incidente di esecuzione presentata dal difensore di **M J**;

Sentito il P.M. nella camera di consiglio del 11.6.2014;

OSSERVA

Va premesso che a M J, con la sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 22.3.2012, irrevocabile il 21.2.2013, è stata applicata la pena di anni 3 mesi 4 di reclusione ed € 15.000 di multa, per il delitto di cui agli artt.110 c.p., 73 c. 1° dpr. 309/90 perché, a fine di cessione, in concorso con Rosellini Alessio trasportò e detenne venticinque buste di plastica trasparente contenenti sostanza stupefacente tipo “*marijuana*” per un peso complessivo pari a kg. 27,995 circa (in Bastia il 3.12.2011).

Il difensore di M J, a seguito della sentenza del 12.2.2014 n.34 della Corte Costituzionale, ha chiesto che il giudice dell’esecuzione revochi la sentenza, limitatamente al trattamento sanzionatorio irrogato, e proceda ad una nuova rideterminazione della pena.

Il ricorso può essere accolto nel senso che segue.

Con la **sentenza del 12.2.2014 n.34**, la **Corte Costituzionale** ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 77 secondo comma della Costituzione che regola la procedura di conversione dei decreti-legge, degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall’art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, ed ha così rimosso “... *le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309...*”: così recita il comunicato emesso dalla Corte Costituzionale.

Nella motivazione della sentenza si afferma chiaramente che “... *Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l’effetto abrogativo ...*”.

La dichiarazione di incostituzionalità ha così travolto la legge detta Fini-Giovanardi che eliminò la differenza tra “droghe leggere e pesanti” ed aumentò di molto le pene per le cd. droghe leggere.

Il “*vecchio*” comma 4 dell’art. 73 d.p.r. 309/1990 (quello previsto dalla cd. legge Iervolino-Napolitano), per le condotte penalmente rilevanti relative alle *droghe leggere*, prevedeva una pena da due a sei anni e la multa da lire dieci milioni a lire centocinquanta milioni.

L’art. 73 d.p.r. 309/1990 - modificato dalla legge n.49/2006 (incostituzionale) di conversione del d.l. 272/2005 - aumentò le pene, portando il limite minimo edittale da due a 6 anni di reclusione e quello massimo da 6 a 20 anni; la multa fu elevata con una oscillazione da € 26.000 ad € 260.000.

A seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi e della “riviviscenza” della legge Iervolino-Napolitano, come osservato dal difensore, si è posta la questione della legittimità di dare esecuzione ad una pena “incostituzionale”, perché fondata su una norma incostituzionale nella sola parte della sanzione.

Ci si è domandati se in sede di esecuzione, come richiesto dalla difesa, il giudice possa rideterminare la pena “incostituzionale” inflitta al condannato in base alla cd. Legge Fini Giovanardi, per riportarla nell’alveo dell’art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990.

Per le considerazioni che seguono, deve ritenersi che non si possa dare esecuzione ad una pena “incostituzionale”, per quanto definitiva, e che sia possibile per il giudice dell’esecuzione procedere alla rideterminazione della pena, facendo applicazione diretta dell’art. 30 comma 3 (“*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”) e dell’art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (“*Quando in applicazione delle norme dichiarate illegittime è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”).

Non può infatti condividersi l’**orientamento "tradizionalista"** (cfr. Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 27640 del 19/01/2012) che si fonda sulla intangibilità del giudicato, nei limiti dell’art. 2 c.p., per il quale l’art. 30, comma quarto, della l. n. 87 del 1953 è stato implicitamente abrogato dall’art. 673 cod. proc. pen., che ne ha completamente assorbito la disciplina; di conseguenza non sarebbe soggetta a revoca “in executivis” la sentenza di condanna intervenuta per reato aggravato da circostanza dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente al suo passaggio in giudicato né è consentito al giudice dell’esecuzione dichiarare non eseguibile la porzione di pena corrispondente.

La tesi “tradizionale” della intangibilità assoluta del giudicato non è condivisibile: non tiene conto di quanto è accaduto negli scorsi anni, a partire dalla cd. vicenda Scoppola, e degli orientamenti maturati successivamente. Tali orientamenti non sono affatto isolati, ma anzi sono ora del tutto prevalenti.

Dell’articolo 30 comma 4, lungi dall’essersi prodotto un effetto di abrogazione implicita, è doverosa un’interpretazione adeguatrice, che tenga conto della mutata realtà giuridica; interpretazione che affermi che gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità riguardano non solo la norma incriminatrice ma anche la norma che preveda un aumento di pena derivante dalla introduzione di una circostanza aggravante o dalla modifica dei limiti edittali.

Questi principi sono stati affermati da più sentenze della Corte di Cassazione, in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 61 n. 11 bis c.p.:

cfr. **Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 977 del 27/10/2011**: Gli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 non consentono l’esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell’applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente

dichiarata costituzionalmente illegittima. (La Suprema Corte ha precisato che spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze).

Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 19361 del 24/02/2012: La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di previsione di una circostanza aggravante (nella specie, dell'art. 61 n. 11-bis c.p.) impedisce che sia eseguita la porzione di pena, irrogata con sentenza irrevocabile, corrispondente all'indicata circostanza, spettando al giudice dell'esecuzione individuare la porzione di pena da eliminare.

In ordine alla applicazione della pena:

Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 26899 del 25/05/2012: A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale (v. Corte cost., n. 249/2010) dell'art. 61, n. 11 bis, cod. pen., introdotto dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, che ha previsto la nuova circostanza aggravante della commissione del fatto da parte di una persona che illegalmente si trovi sul territorio nazionale, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena applicata con la sentenza di patteggiamento in conseguenza dell'effetto abolitivo prodotto dalla citata pronuncia, laddove l'ipotesi circostanziale sia stata considerata dal giudice di merito nella determinazione del trattamento sanzionatorio.

La **sentenza n. 977 del 27/10/2011**, della 1^a sezione penale della Corte di cassazione, opera una lettura sistematica e costituzionalmente orientata degli artt. 673 c.p.p. e 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953.

Attribuisce all'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953 uno spazio di applicazione autonomo:

“... Allorché si parla di norma penale in senso stretto, s'intende comunemente fare riferimento - nell'accezione mutuata appunto dall'art. 25 Cost., comma 2, - alle disposizioni che comminano una pena o che determinano una differenza di pena in conseguenza di determinati comportamenti o situazioni. Nella misura in cui da dette norme deriva una sanzione criminale per un aspetto dell'agire umano, di esse può dirsi altresì che sono analoghe alle norme incriminatrici, essendo indifferente, da tale punto di vista, che istituiscano un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante.

La differenza tra la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, e l'art. 673 cod. proc. pen., non risiede perciò, a ben vedere, nel riferimento alle norme penali sostanziali o incriminatrici, ma nel fatto che l'art. 673, prevedendo (come detto) che il giudice dell'esecuzione, nel revocare la sentenza di condanna, dichiari che il fatto non è previsto come reato, limita evidentemente quel riferimento alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato, ovverosia al norme che non possono ritenersi solo in senso lato incriminatrici, ma che istituiscono specifiche fattispecie incriminatrici.

La stessa interpretazione riduttiva non è imposta invece dalla lettera dell'art. 30, che non circoscrive in alcun modo, ne' direttamente ne' indirettamente, il divieto di dare esecuzione alla condanna pronunciata "in applicazione" di una norma penale dichiarata incostituzionale, e che si presta perciò ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell'esecuzione, quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima ...”.

È questa una interpretazione conforme ai principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità desumibili dall'art. 27 Cost., “... *che investono la funzione della pena dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione, oltre che a quegli stessi precetti costituzionali posti a base della sentenza n. 249 del 2010 (l'art. 3 Cost., che inibisce di istituire discriminazioni irragionevoli; l'art. 25 Cost., comma 2, che prescrive, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali), ovverosia all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale e che impediscono di ritenere*

costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione della pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione ...”.

La sentenza conclude affermando che l'art. 136 Cost. e i commi 3 e 4 dell'art. 30 della L. n. 87 del 1953 ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima: di conseguenza, compito del giudice dell'esecuzione è quello di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto, come nel caso in esame, al bilanciamento tra circostanze.

Anche la **sentenza n. 26899 del 25/05/2012** propone un'interpretazione, costituzionalmente orientata, che attribuisce all'art. 30, comma 4, della L. 11 marzo 1953, n. 87, uno spazio autonomo rispetto all'art. 673 c.p.p.:

L'interpretazione letterale e logico-sistematica della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, permette, invece, di ritenere che l'ambito applicativo della norma non è limitato alla fattispecie incriminatrice intesa in senso stretto, ma riguarda qualunque parte della condanna pronunciata "in applicazione" di una norma dichiarata incostituzionale e impedisce, perciò, anche solo una parte dell'esecuzione della sentenza irrevocabile, quale appunto quella relativa alla porzione di pena irrogata in attuazione della norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima.

Tale approdo interpretativo appare l'unico conforme al quadro costituzionale di riferimento e, in particolare, ai principi fissati dagli artt. 27 e 3 Cost., art. 25 Cost., comma 2, che regolano l'intervento penale e non consentono di considerare costituzionalmente giusta e, perciò eseguibile, anche soltanto una porzione di pena che consegua all'applicazione di una norma ritenuta non conforme alla Carta fondamentale (Sez. 1[^], 27 ottobre 2011, n. 977; Corte Cost. sent. n. 249 del 2010).

Una conferma autorevole dell'orientamento “più moderno” si rinviene nell'**ordinanza del 10 settembre 2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, nel procedimento penale a carico di E. S., uno dei cd. figli minori del caso Scoppola”.

Le Sezioni Unite hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 ed 8 del d.l. 341/2000, convertito nella legge n. 4 del 2001, in riferimento agli artt. 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

La questione è stata accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 210 del 2013.

Non è questa la sede per ripercorrere tutte le questioni relative al caso Scoppola ed ai “suoi figli”; in sintesi però deve osservarsi che le Sezioni Unite:

- richiamano, condividendolo, il principio di diritto affermato dalla Sez. 1^a della Corte di Cassazione con la sentenza n. 977 del 27 ottobre 2011, prima riportata;
- individuano nell'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953 la norma da adoperare nel procedimento di esecuzione per rimediare alle questioni relative alla incostituzionalità della pena;
- affermano che l'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953, quale norma che deroga al principio di intangibilità del giudicato, ha uno spazio più ampio rispetto all'art. 673 c.p.p. perché “... *impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima*”;

- affermano che tale interpretazione è anche coerente con la funzione che la pena, ex art. 27 Cost., deve assolvere dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione;
- affermano che l'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953 è eccezione alla regola generale prevista nell'art. 2 comma 4 c.p. e legittima quindi il superamento del giudicato di fronte alle primarie esigenze, insite nell'intero sistema penale, di tutelare il diritto fondamentale della persona di fronte alla legalità della pena anche in fase esecutiva e di assicurare parità di trattamento tra i condannato che versano in una identica situazione.

La recente **sentenza n. 18821 delle Sezioni Unite, depositata il 7.5.2014**, sempre sulle vicende susseguenti al cd. caso Scoppola, ha fornito indicazioni precise sulla possibilità di procedere con il giudizio di esecuzione, secondo quanto sopra indicato, per rideterminare la pena nei casi di declaratoria di incostituzionalità della norma che fissi una pena, sia essa quella principale o derivante da una circostanza aggravante:

“... Vi sono tuttavia argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. L'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente sub iudice e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

... Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, comma primo, Cost.

E, allora, s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo ...”.

Si rimanda all'iter argomentativo della sentenza, per necessaria brevità, anche per le rilevanti critiche all'orientamento “tradizionalista”.

Possono qui riportarsi esclusivamente i principi di diritto:

“La pena dell'ergastolo inflitta all'esito del giudizio abbreviato, richiesto dall'interessato in base all'art. 30, comma 1, lett. b), legge n. 479 del 1999, ma conclusosi nel vigore della successiva e più rigorosa disciplina dettata dall'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000 e in concreto applicata, non può essere ulteriormente eseguita, essendo stata quest'ultima norma ritenuta, successivamente al giudicato, non conforme al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, p. 1, CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, e dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost.”;

“Il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato”.

È infine da segnalare anche la massima provvisoria della **sentenza del 29 maggio 2014** pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nel processo P.M. nel processo Gatto:

Se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporti una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato (nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, comma quarto, cod. pen. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del D.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen.)

Soluzione adottata: Affermativa, con la precisazione che nella specie il giudice della esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza tenere conto di successive modifiche legislative.

Orbene, una volta individuati gli strumenti normativi attraverso i quali è possibile incidere nel giudizio di esecuzione sulla “pena incostituzionale”, si devono individuare i **limiti del potere del giudice dell'esecuzione**.

Infatti, deve tenersi conto che il giudice dell'esecuzione è chiamato esclusivamente ad eliminare la pena “incostituzionale”, riportandola nei limiti previsti nel testo normativo in vigore prima del 2006.

Proprio il caso del ricorrente **M J** aiuta ad individuare i limiti del potere del giudice dell'esecuzione.

A M J era ascritta la seguente imputazione, in concorso con R A:

Delitto di cui agli artt.110 cp 73 c. 1° dpr. 309/90 perché, a fine di cessione, in concorso tra loro trasportavano e detenevano:

- venticinque buste di plastica trasparente contenenti sostanza stupefacente tipo “**marijuana** ” per un peso complessivo pari a **Kilogrammi 27,995** circa.
in Bastia il 3.12.2011

A M J, con la sentenza del 22.3.2012, irrevocabile il 21.2.2013, è stata applicata la pena di anni 3 mesi 4 di reclusione ed € 15.000 di multa, così determinata: pena base anni 7 di reclusione e € 33.750 di multa, ridotta per la concessione delle circostanze attenuanti generiche ad anni 5 di reclusione e € 22.500 di multa, ridotta come sopra per il rito.

Nel caso in esame dunque, è la pena base ad essere *incostituzionale*, perché le parti nella sua determinazione sono partite da quella prevista dalla legge del 2006.

È infatti del tutto irrilevante che la pena in concreto inflitta (anni 3 mesi 4 di reclusione ed € 15.000 di multa) rientri nella oscillazione dell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990, oggi di nuovo in vigore; infatti, quella pena è il frutto della legittima riduzione per le circostanze attenuanti generiche e per il rito: però, il giudice dell'esecuzione è tenuto a modificare la pena base, perché altrimenti verrebbe ugualmente posta in esecuzione la pena incostituzionale.

Il giudice dell'esecuzione quindi deve rideterminare la pena base da infliggere al ricorrente, partendo da quella prevista nell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990 oggi applicabile (per intendersi, nella formulazione della legge Iervolino-Napolitano).

Non è però sufficiente riportare esclusivamente la pena base entro il limite massimo di sei anni previsto dall'art. 73 co. 4: non è cioè possibile che per tutte le pene "incostituzionali" si applichi quella base di sei anni di reclusione.

La rivisitazione della pena deve infatti rispondere ai criteri ex art. 133 c.p., saper distinguere i fatti gli uni dagli altri, tenendo conto della diversa gravità e della personalità dell'imputato; altrimenti si violerebbe il principio di proporzionalità della pena e si giungerebbe a pene che per la loro uniformità, in presenza di fatti diversi, non risponderebbero alle finalità ex art. 27 Cost.

Inoltre, un limite per il giudice dell'esecuzione è rinvenibile proprio nell'oggetto della questione sottoposta al suo giudizio: si vuol dire che se il compito del giudice dell'esecuzione è eliminare quella parte di pena "incostituzionale", per rideterminarla con quella "costituzionale", non sono sottoposte al suo esame altre questioni già legittimamente decise dal giudice di merito, come quelle relative alla concessione di circostanze attenuanti o al loro bilanciamento.

Questo giudice non condivide la tesi del p.m., per il quale è tutta la pena ad essere travolta, perché il riconoscimento delle circostanze attenuanti o il loro bilanciamento si fonda su fatti diversi, su motivazioni diverse e su norme diverse che non sono travolte dalla sentenza n. 34 del 2014 della Corte Costituzionale.

È cioè doveroso "*scindere*" il giudicato, perché altrimenti l'effetto della decisione del giudice dell'esecuzione andrebbe oltre l'eliminazione della pena "incostituzionale".

Ci si trova cioè ad una situazione simile a quella affrontata da Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 977 del 27/10/2011: nel caso in esame però, la porzione di pena "incostituzionale" è quella prevista dalla fattispecie, nel caso affrontato dalla Suprema Corte derivava dall'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata incostituzionale.

Compito del giudice dell'esecuzione è quindi quello di individuare la porzione di pena "incostituzionale" e di dichiararla non eseguibile.

Cfr. anche la motivazione della **sentenza del 7 maggio 2014, n. 18821**, delle Sezioni Unite, pur con riferimento al diverso caso del rito abbreviato:

Ricorrendo tali condizioni, il giudice dell'esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 cod. proc. pen., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima.

Nel caso in esame, all'imputato sono state concesse le circostanze attenuanti generiche per l'assenza di precedenti penali e per il comportamento processuale tenuto, con una riduzione per altro non totale di un terzo. Nel rideterminare la pena, deve essere rispettata la decisione del giudice di merito sia quanto al riconoscimento della sussistenza della circostanza attenuante che quanto alla entità della diminuzione; ciò perché si tratta di valutazioni ed applicazioni del tutto legittime, coperte dal giudicato e non travolte dagli effetti della sentenza n. 34.

Pertanto, deve ritenersi che il giudice dell'esecuzione debba rideterminare la pena "base", mediante i parametri ex art. 133 c.p., e poi procedere tenendo conto di quanto legittimamente stabilito dal giudice di merito in ordine alla applicazione o al bilanciamento delle circostanze.

Nel determinare la pena, un criterio che può ispirare il giudice dell'esecuzione, ed al contempo limitarne la discrezionalità, procedendo ad una "operazione sostanzialmente ricognitiva" (cfr. anche la motivazione della sentenza del 7 maggio 2014, n. 18821, delle Sezioni Unite), è quello di tener conto che il legislatore del 2006 ha operato una diversa valutazione del disvalore penale del fatto, rispetto alla legge precedente, triplicando la pena minima per i delitti concernenti le cd. droghe leggere.

Pertanto, l'eliminazione della pena "incostituzionale" può anche concretizzarsi nella eliminazione, sulla pena base, degli effetti di quell'aumento della pena, con un ragionamento al contrario.

La riduzione, da parte del giudice dell'esecuzione, di 2/3 della pena applicata/inflitta dal giudice di merito, in base alla legge del 2006 dichiarata incostituzionale, riporta da un lato la pena nella cornice edittale del d.p.r. 309/1990 nella versione ante 2006, e dall'altro elimina quell'aumento di pena dichiarato incostituzionale; rispetta inoltre, la proporzionalità della pena già fissata dal giudice del merito sia quanto alla pena base sia quanto ai successivi passaggi relativi alla diminuzione per le circostanze attenuanti generiche.

Quanto alla rideterminazione della pena, nel caso in esame il mero criterio matematico di riduzione non può essere adoperato, perché produrrebbe una pena non rispondente ai criteri ex art. 133 c.p. e neanche alla valutazione del giudice di merito; valutazione sulla quale ha inciso la mancata distinzione tra droghe "leggere" e "pesanti", pur in presenza di fatto di gravità oggettivamente diversa.

Nel caso in esame, ai fini della determinazione della pena base deve tenersi conto della significativa gravità del reato, che ha avuto ad oggetto un quantitativo di quasi 28 chili di marijuana. Inoltre, il fatto è stato commesso da più persone, con divisione dei ruoli e modalità organizzate: è stato reperito un furgone per il trasporto; M J aveva la disponibilità del garage nel quale era la marijuana, come emerge anche dal rinvenimento in suo possesso delle chiavi del locale. Dunque, il reato è stato commesso con mezzi e strumenti previamente procurati dall'imputato.

Pertanto, si stima equa una pena base di anni 3 mesi 6 di reclusione ed euro 15.000 di multa.

Tale pena va ridotta per le circostanze attenuanti generiche ad anni 2 mesi 6 di reclusione ed euro 12.000 di multa, rispettando la proporzione del giudice del merito, e per il rito alla pena di anni 1 mesi 8 di reclusione ed euro 8.000 di multa.

Deve ritenersi ammissibile la richiesta di applicazione della **sospensione condizionale della pena**; l'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 impone anche l'eliminazione degli effetti penali della condanna. Uno degli effetti della pena "incostituzionale", ove superiore ai limiti ex art. 163 c.p., è proprio quello di rendere non applicabile il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Deve pertanto ritenersi che il giudice dell'esecuzione, una volta rideterminata la pena, possa valutare la sussistenza dei presupposti di applicazione dell'art. 163 c.p.

Va ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4687 del 20/12/2005, sia pure per il diverso caso della *abolitio criminis*, hanno affermato il seguente principio:

Il giudice dell'esecuzione, qualora, in applicazione dell'art. 673 cod. proc. pen., pronunci per intervenuta "abolitio criminis" ordinanza di revoca di precedenti condanne, le quali siano state a suo tempo di

ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna, può, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, concedere il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, comma primo, cod. pen., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti.

Cfr. anche Cass. Sez. 1^a, sentenza n. 40334 del 25/09/2008:

Il giudice dell'esecuzione che disponga la revoca di condanna per "abolitio criminis" può applicare ad altra condanna la sospensione condizionale della pena che sia stata impedita, nel giudizio di cognizione, dalla sentenza revocata, quando la concessione del beneficio sia giustificata dalla valutazione degli elementi acquisiti nel momento in cui egli stesso formula il giudizio prognostico.

Nel caso in esame però, dalla lettura della sentenza emerge che non sussistono i presupposti per la concessione della sospensione condizionale della pena.

Ai sensi dell'art. 164 c.p., il giudice può concedere la sospensione condizionale della pena soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., "... *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*".

Orbene, questa presunzione, nel caso in esame, non può operarsi, proprio in base alla valutazione della capacità a delinquere del ricorrente: infatti, deve tenersi conto che le condotte hanno avuto ad oggetto un significativo quantitativo di sostanza stupefacente. Ciò implica che l'imputato ha certamente avuto rapporti con ambienti criminali in grado però di fornire un tale quantitativo. Rapporti quindi non con piccoli spacciatori, ma con trafficanti. Sono queste circostanze di fatto che dimostrano una elevata capacità a delinquere; proprio i rapporti con tali ambienti criminali rendono più che concreto il pericolo di reiterazione di altri reati.

P.Q.M.

Ritenuta non eseguibile la pena di anni 3 mesi 4 di reclusione ed € 15.000 di multa applicata a **M J**, con la sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 22.3.2012, irrevocabile il 21.2.2013, concesse le circostanze attenuanti generiche, tenuto conto della riduzione per il rito, sostituisce la predetta pena con quella di anni 1 mesi 8 di reclusione ed euro 8.000 di multa.

Rigetta la richiesta di applicazione della sospensione condizionale della pena.

Manda la cancelleria per le comunicazioni di rito.

Perugia, all'esito della camera di consiglio del 11.6.2014.

Il Giudice per le indagini preliminari

Dott. Luca Semeraro