

N. Esec.

Ordinanza di revoca di sentenza di condanna e di rideterminazione della pena per dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice in assenza di abolizione del reato
- art. 673 c.p.p. -

TRIBUNALE PENALE DI ROVERETO
- Ufficio del dibattimento -

Il Tribunale in composizione collegiale ed in funzione di Giudice dell'esecuzione, in persona dei sig.ri Magistrati:

| | |
|-----------------------------|--------------|
| dott. Corrado Pascucci | Presidente |
| dott.ssa Maria Teresa Dieni | Giudice |
| dott. Riccardo Dies | Giudice rel. |

Letta la richiesta presentata nell'interesse di **OMISSIS**, depositata in Cancelleria il 4 novembre 2014, intesa ad ottenere la rideterminazione della pena di anni 5 di reclusione ed € 20.000,00 di multa, oltre alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, di cui alla sentenza di condanna dibattimentale n. 181/2010 del Tribunale collegiale di Rovereto dd. 19.03.2010, irrevocabile il 31.01.2013.

Visto l'esito dell'udienza in camera di consiglio di data odierna nella quale il PM chiedeva il rigetto della richiesta, mentre il difensore insisteva per l'accoglimento della domanda.

Ritenuto che:

- il ricorrente è in espiazione pena per questo titolo, con fine pena attualmente fissata all'11.01.2017 (cfr. certificato stato di esecuzione dd. 02.12.2014).
- la pena sopra indicata attiene a 2 capi di imputazione, entrambi relativi ad una pluralità di condotte di acquisto, ricezione, trasporto, detenzione a fine di spaccio, vendita e spaccio di non precisate quantità di sostanze stupefacenti tipo *hashish*, comunque definite "*rilevanti*" (cfr. capi sub a e c dell'imputazione, essendo stato il condannato assolto dal reato sub b dell'imputazione), commesse dal settembre al dicembre 2006 a Rovereto, in favore di un notevole numero di consumatori finali, con l'aggravante di cui all'art. 80, comma 1 *lett. a)* d.P.R. n. 309 del 1990, per essere lo stupefacente destinato a numerosi consumatori minorenni (di cui 5 individuati in imputazione).
- Il fatto accertato in sentenza per il quale è stata pronunciata condanna differisce rispetto a quello descritto in imputazione e consiste, più precisamente: a) in un notevole numero di cessione diretta di modiche quantità di *hashish* a vari consumatori sia presso i giardini pubblici "Milano" di Rovereto sia presso la propria casa di abitazione nei mesi indicati; b) in numerose cessioni di più rilevanti, ma non esattamente precisati, quantitativi

di *hashish* a due spacciatori di strada tossicodipendenti (omissis) che, per suo conto, spacciavano le singole dosi ai consumatori finali, per lo più presso i giardini pubblici sopra indicati, con obbligo di consegna del denaro ottenuto e con la retribuzione di piccoli quantitativi di stupefacente.

- Più in dettaglio, i maggiori quantitativi di *hashish* ceduti ai due spacciatori di strada per lo spaccio al minuto sono stati accertati in base alle chiamate in correttezza dei medesimi, riscontrate dalle intercettazioni telefoniche, in base alle quali venivano consegnati quantitativi corrispondenti a non più di € 200,00 alla volta al omissis e di € 3-400,00 alla volta al omissis (cfr. pg. 9-10 della sentenza) e sono definiti in sentenza “*discreti*” (cfr. pg. 14), mentre l’episodio più grave di cessione al omissis di gr. 50 è stato accertato da un’intercettazione tra presenti del 29.11.2006 (cfr. pg. 13).
- Con riferimento alla contestata aggravante, in sentenza si è ritenuto provata la cessione in favore di un unico minorenne, in circa 15 occasioni, mentre si è ritenuta carente “*la prova della penale responsabilità dell’imputato per lo spaccio a favore degli altri minorenni citati nel primo capo di imputazione*” (cfr. pg. 34 della sentenza; cfr. anche pg. 10) e proprio il coinvolgimento di un unico minorenne ha consentito il riconoscimento, in prevalenza sull’aggravante, dell’attenuante del fatto di lieve entità, essenzialmente fondata sui quantitativi non rilevanti ceduti nelle singole occasioni.
- In sentenza la pena è stata in concreto così determinata (cfr. pg. 35 ss.): concessa la circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5 d.P.R. nr. 309 del 1990, prevalente alla contestata aggravante, pena base anni 3 di reclusione ed € 12.000,00 di multa, con riferimento all’episodio di cessione al omissis di gr. 50 che si considera più grave, aumentata per la continuazione ad anni 5 di reclusione ed € 20.000,00 di multa per tutti gli altri numerosi episodi delittuosi.
- La pena base di anni 3 di reclusione è motivata in sentenza sulla base della “*considerevole ampiezza dell’attività di spaccio gestita presso i giardini Milano di Rovereto*” (cfr. pg. 36 sentenza).
- La richiesta si fonda sulla sentenza della Corte Costituzionale 12-25.02.2014 nr. 34 (pubblicata in G.U. il 05.03.2014), che ha dichiarato **l’incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter** del decreto legge 30.12.2005, n. 272, convertito, con modificazioni, con legge 21.02.2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi) che hanno profondamente modificato numerose norme del d.P.R. nr. 309 del 1990 e, in particolare, gli artt. 13 e 14, relativi al sistema di classificazione delle sostanze stupefacenti in tabelle, nonché la norma incriminatrice di cui all’art. 73, con l’effetto che tornano “*a ricevere applicazione l’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate*”, come ha opportunamente precisato la stessa Corte Costituzionale.
- Ciò ha comportato, con riferimento ai delitti c.d. base aventi ad oggetto le c.d. droghe leggere evidenti **effetti favorevoli** limitati al trattamento punitivo, per

la notevolissima riduzione dei limiti edittali di pena, perché dalla pena della reclusione da 6 a 20 anni e della multa da € 26 mila ad € 260 mila, si passa alla pena della reclusione da 2 a 6 anni e della multa da € 5.164,00 ad € 77.468,00, mentre assai meno significativi sono gli effetti in riferimento alle ipotesi, ricorrenti nella specie, in cui sia riconosciuta la circostanza attenuante del fatto di lieve entità (nella versione precedente alle ultime modifiche legislative che l'hanno trasformata in reato autonomo) ¹, perché per le droghe c.d. leggere la riduzione è certo di rilievo, ma non comparabile alla riduzione verificatasi per il reato non circostanziato, con forbici edittali in gran parte sovrapponibili (in luogo della pena della reclusione da 1 a 6 anni e della multa da € 3.000,00 ad € 26.000,00, si dovrà applicare la reclusione da 6 mesi a 4 anni e la multa da € 1.032,00 ad € 10.329,00).

Tutto ciò premesso, la richiesta proposta deve essere affrontata sotto tre principali profili problematici, rappresentati:

1. Dall'**an**, se sia cioè ammissibile già in astratto l'intervento del Giudice dell'esecuzione in tal senso, superando il tradizionale principio di intangibilità del giudicato, problema che come si vedrà è stato sicuramente risolto in senso positivo da plurimi interventi delle Sezioni Unite.
2. Quale sia lo **strumento processuale** utilizzabile a tal fine e, in particolare, se sia possibile estendere in via analogica l'art. 673 c.p.p.
3. Il **quomodo**, ossia le concrete modalità operative attraverso le quali procedere alla rideterminazione della pena, in relazione alla *ratio* che fonda l'intervento.

1. L'an della rideterminazione della pena in corso di esecuzione.

In ordine al primo problema, si deve senz'altro ammettere la possibilità del giudice dell'esecuzione di rideterminare *in melius* la pena, superando il giudicato in caso di dichiarazione di incostituzionalità, con effetti favorevoli limitati al trattamento punitivo, come già ritenuto, in netta prevalenza, dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità della c.d. aggravante della clandestinità (cfr. art. 61 n. 11-bis c.p.)², con soluzione ormai definitivamente accolta anche dalle Sezioni Unite penali ed avvallata dalla Corte Costituzionale, nel

¹ Precisamente, dal 24.12.2014 l'ipotesi di lieve entità è stata trasformata da mera circostanza attenuante in reato autonomo punito, senza distinguere tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere, con la pena della reclusione da 1 a 5 di reclusione e della multa da € 3.000,00 ad € 26.000,00, per effetto del d.l. n. 146 del 2013, convertito con legge n. 10 del 2014. Dal 21.05.2014, poi, i limiti edittali di pena sono stati ulteriormente ridotti, con previsione della pena della reclusione da 6 mesi a 4 anni e della multa da € 1.032,00 ad € 10.329,00, per effetto della legge n. 79 del 2014. Tuttavia è pacifico che dette modifiche normative non rilevano ai presenti fini in forza del limite del giudicato espressamente previsto dall'art. 2, comma 4 c.p. e perché la successione di leggi nel tempo deve essere tenuta distinta dalla dichiarazione di incostituzionalità.

² Cfr. Cass., 27.10.2011, n. 977, rv. 252062; Cass., 24 febbraio 2012 n. 19361, rv. 253338; Cass., 27 marzo 2012, n. 23758, non massimata; Cass., 25 maggio 2012, n. 26899, rv. 253084; Cass., 12 giugno 2012, n. 40464, non massimata.

procedimento “*Ercolano*”, ossia nei c.d. casi analoghi a “*Scoppola*”³, relativi cioè ai casi in cui sia stata applicata in rito abbreviato l’illegittima pena dell’ergastolo in luogo della pena di anni 30 di reclusione, secondo quanto affermato dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scopola c. Italia*, per violazione dei principi del giusto processo e di legalità delle pene di cui rispettivamente agli artt. 6 e 7 della CEDU.

Più in particolare e per ciò che più qui interessa, Sezioni Unite penali e Consulta condividono la comune premessa secondo la quale l’esecuzione della pena detentiva trova titolo non solo nel giudicato ma anche e direttamente nelle norme sostanziali applicate in sentenza, tanto da fondare l’ammissibilità della loro questione di legittimità costituzionale in sede di procedimento di esecuzione, con ciò chiaramente sconfessando l’opinione tradizionale secondo la quale il giudicato si pone come regola del caso concreto e, pertanto, con la pronuncia irrevocabile “*si esaurisce l’applicazione di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove l’esecuzione della pena trova esclusivamente titolo del giudicato*”⁴.

Benché manchino, allo stato, precedenti specifici di legittimità, va sottolineato come la medesima soluzione sia stata confermata dalla fondamentale **Sez. Un. pen., 29.05.2014, nr. 42858** (dep. 14.10.2014, non ancora massimata), ric. *Gatto*, la quale, pur pronunciata in riferimento all’incostituzionalità dell’art. 69, comma 4 c.p., nella parte in cui precludeva il giudizio di prevalenza dell’attenuante del fatto di lieve entità, di cui al comma 5 dell’art. 73 cit., sulla recidiva reiterata, ha precisato che, in riferimento all’incostituzionalità dichiarata con sentenza n. 32 del 2014, “*all’esito del giudizio di bilanciamento tra la recidiva di cui all’art. 99, comma 4 c.p. e la circostanza attenuante di cui all’art. 73, comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990, occorrerà tenere conto di quest’ultima disposizione come ripristinata a seguito della predetta sentenza.*” (pg. 41 della motivazione, § 12 del considerato in diritto). In tal modo, pertanto, le Sezioni Unite hanno dato espressa risposta positiva, sia pure incidentalmente, al quesito in esame nella presente sede.

Più, in dettaglio, le Sezioni Unite “*Gatto*”, hanno qualificato senza mezzi termini come “*erronee e del tutto superate*” le contrarie conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza risalente alla fine del secolo scorso⁵, perché fondate sull’impropria assimilazione tra successione di leggi nel tempo e dichiarazione di incostituzionalità, attraverso il puntuale richiamo della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 1 del 1956, n. 58 del 1967 e n. 49 del 1970). Poiché la successione di leggi nel tempo configura un’ipotesi di fisiologico avvicendamento normativo, fondato su valutazioni di opportunità politica, mentre la dichiarazione di incostituzionalità attiene ad una patologia normativa che attesta come la norma illegittima “*mai avrebbe dovuto essere introdotta nell’ordinamento*”, si deve ritenere che “*a tali distinte situazioni corrispondono diverse conseguenze*” e, in particolare, si deve escludere che il limite del giudicato espressamente previsto solo per la successione di legge nel tempo (cfr. art. 2, comma 4 c.p.), possa essere fatto valere anche per la dichiarazione di incostituzionalità. Non solo, ma le Sezioni Unite non mancano di sottolineare come

³ Cfr. Sez. Un. Pen., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, rv. 252933-34, *Ercolano* e Corte Cost. n. 210 del 2013. Per la decisione finale nel merito, cfr. anche Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013 (dep.07.05.2014), n. 18821, rv. 258949-51, *Ercolano*.

⁴ così Cass. pen., 19.01.2012, n. 27640, rv. 253384 e, con identiche motivazioni, l’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite nel procedimento *Gatto* 20.11.2013, n. 4725.

⁵ Cfr., ad es. Cass. pen., 01.07.1983, n. 1375, rv. 160030 e Cass. pen., 02.10.1996, n. 4873, rv. 205948.

l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, se vale per tutti gli ambiti dell'ordinamento, in materia penale *“ha una portata ben maggiore”*, come dimostra l'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, interpretato come riferito non solo alle norme incriminatrici ma a *“tutte le norme 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”*.

Quanto al limite generale dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, rappresentato dai *“rapporti esauriti”*, identificati senz'altro nel giudicato dalla concezione tradizionale, le Sezioni Unite sottolineano, anzitutto, la netta distinzione tra il giudicato civile, fondato sull'art. 2909 c.c. e quello penale che ha una prevalente funzione di garanzia del singolo contro il potere punitivo dello Stato, attraverso il principio del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.). Ripercorrono, poi, la lenta erosione del *“mito del giudicato”* a partire dagli anni '50, attraverso un opportuno richiamo alla migliore giurisprudenza, di legittimità e costituzionale, in tema di reato continuato sviluppatasi sotto la vigenza del precedente codice di rito⁶, per poi valorizzare le numerose disposizioni del vigente codice che consentono di ritenere insostenibile *“la vecchia concezione circa la natura secondaria e accessoria della fase esecutiva”*, il nuovo comma 3 dell'art. 2 c.p., che impone di modificare il giudicato in caso di *lex mitior* che sostituisca la pena detentiva con pena esclusivamente pecuniaria e le norme dell'ordinamento penitenziario, che consentono di modificare la pena da eseguire, sia nel quantum che nelle sue modalità.

Infine, le Sezioni Unite, richiamandosi ai propri precedenti nel procedimento *Ercolano* nonché Corte Cost. n. 210 del 2013, ribadiscono che *“per situazioni quale quella in esame, non può invocarsi l'avvenuto esaurimento del rapporto, che secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità costituisce limite della retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale”*, pervenendo con chiarezza alla conclusione secondo la quale *“l'esecuzione della pena (...) implica esistenza di un rapporto esecutivo, che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena”* (cfr. § 8.1 del considerato in diritto, pg. 28 ss. della motivazione).

L'esaurimento del rapporto, pertanto, non si ha col giudicato ma con l'espiazione totale della pena o la sua estinzione.

Ad ulteriore sostegno della nuova interpretazione accolta dalle Sezioni Unite dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, in base alla quale la norma si riferisce non solo alle dichiarazioni di incostituzionalità di norme incriminatrici con effetti abolitivi del reato, come ritenuto dall'opinione tradizionale, ma a tutte le norme penali sostanziali comunque incidenti sul trattamento punitivo, può essere rilevato come questa conclusione sembra oramai imposta dall'evoluzione complessiva dell'ordinamento, che ha profondamente inciso sulla struttura e sulla natura del giudicato penale e, in particolare, dal cit. art. 2, comma 3 c.p., introdotto con legge n. 85 del 2006.

⁶ Sez. Un. 21 giugno 1986, n. 7682, rv. 173419 e Corte Cost. n. 115 del 1987, secondo la quale *“il principio del giudicato deve essere rettemente inteso (...)”* ed è *“proprio l'orientamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino”*, giungendo alla conclusione che il Giudice dell'esecuzione *“possa compiere valutazioni che i giudici della cognizione non avevano fatto o non erano stati in grado di fare”*.

E', infatti, agevole osservare come la disciplina della successione di leggi nel tempo delineata nell'art. 2 c.p. si riferisca ad un periodo storico in cui la quantità concreta di pena da espiare, una volta determinata in sede processuale di cognizione con la sentenza, non era effettivamente suscettibile di alcuna modificazione o riduzione nel corso dell'esecuzione, fatti salvi i provvedimenti di clemenza. In un simile contesto normativo appare del tutto appropriato parlare di intangibilità del giudicato, anche con riferimento alla determinazione della pena, mentre l'esecuzione finisce col costituire una mera appendice del processo, in linea di principio estranea alla giurisdizione, salva la possibilità di recuperare la figura del giudice in via eccezionale (così si spiega la tradizionale definizione del relativo procedimento come "incidente di esecuzione"). Del tutto ragionevole assumere che quando è stato introdotto l'art. 30 legge n. 87 del 1953 fosse data per scontata l'intangibilità del giudicato penale, anche con riferimento alla determinazione della pena, da considerarsi pertanto come vero e proprio rapporto esaurito e che la deroga prevista dal comma 4 in materia penale fosse pensata come limitata alla dichiarazione di incostituzionalità della sole norme incriminatrici, con effetti abolitivi del reato, in piena corrispondenza col caso di abolizione del reato disposto per legge, previsto dall'art. 2, comma 2 c.p. La piena corrispondenza tra le due ipotesi trova, del resto, conferma anche sul piano testuale, atteso che il comma 4 dell'art. 30 cit. riporta letteralmente l'ultima parte della norma codicistica - *"ne cessano la esecuzione e gli effetti penali"* -, riferito alla condanna.

Così inquadrata la dimensione storica dell'interpretazione tradizionale, va però subito aggiunto che una simile impostazione ha incontrato un primo momento di crisi con l'avvento della Costituzione repubblicana e, in particolare, del principio della necessaria finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.), che implica logicamente una concezione dinamica dell'esecuzione penale, con piena applicazione delle regole giurisdizionali anche in questa fase, come espressamente affermato da un'importante sentenza della Corte Costituzionale dei primi anni '70⁷.

Un ulteriore deciso passo verso questa direzione si è avuta con l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975 e successive modificazioni), che ha istituzionalizzato la possibilità di modificare nella fase esecutiva non solo la durata ma persino la qualità della pena, attraverso le c.d. misure alternative, inizialmente possibili solo dopo un primo periodo di osservazione in carcere, per poi essere disancorate da questo presupposto (cfr. Corte Cost. n. 569 del 1998 e legge n. 165 del 1998), sino ad arrivare alla situazione attuale in cui persino il concreto inizio dell'esecuzione è subordinato, per la stragrande maggioranza delle condanne, alla decisione della magistratura di sorveglianza sulle misure alternative (cfr. art. 656 c.p.p.), che vengono pertanto applicate per lo più a condannati liberi in forza di una decisione giurisdizionale fondata sui medesimi criteri, indicati dall'art. 133 c.p., che guidano il Giudice della cognizione nella determinazione concreta della pena in sentenza.

Ulteriore passo verso una piena giurisdizionalizzazione della fase esecutiva si ha con l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, che ha individuato specifiche ipotesi in cui al Giudice di esecuzione sono attribuiti poteri di

⁷ Corte Cost., n. 204 del 1974 che, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma che attribuiva al Ministro di giustizia la competenza sulla liberazione condizionale, anziché al magistrato di sorveglianza evidenziava *"il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminata al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale"*.

rideterminazione della pena in senso modificativo rispetto a quanto stabilito in sentenza. Il riferimento, evidentemente, attiene all'art. 671 c.p.p.

L'evoluzione dell'ordinamento, sopra brevemente tratteggiata, comporta, secondo autorevole dottrina, la conclusione secondo la quale sia semplicemente venuto meno il concetto stesso di giudicato sulla pena, appunto perché nel sistema attuale la pena, specie quella detentiva, può subire nella fase esecutiva incisive modificazioni sia sotto l'aspetto quantitativo che qualitativo, al fine di garantire la piena osservanza della finalità rieducativa. Insomma questa dottrina sostiene che *“il giudicato porta con sé la tendenziale immodificabilità del solo accertamento sul fatto, la sua illiceità e la responsabilità del condannato e che quindi il concetto di giudicato penale non postula assolutamente, neppure in via di tendenza, la immodificabilità della determinazione della pena né sotto il profilo della sua quantità né sotto quello della sua qualità”*, mentre vale piuttosto il contrario, ossia la tendenziale modificabilità del giudicato in punto di determinazione della pena.

Il venir meno della necessaria considerazione del giudicato penale quale rapporto esaurito, almeno con riferimento alla determinazione della pena, legittima di per sé la nuova interpretazione dell'art. 30 cit., con estensione dell'efficacia retroattiva di cui al comma 3, anche oltre il giudicato penale ed estensione del comma 4 anche alle dichiarazioni di incostituzionalità di norme penali sostanziali incidenti solo sul trattamento punitivo, atteso che sul piano letterale le norme non prevedono espressamente il limite del giudicato.

Non solo, ma in realtà, a ben vedere, questo esito interpretativo non solo è legittimato ma è addirittura imposto da un'ulteriore evoluzione dell'ordinamento, rappresentata dall'introduzione nel 2006 (con legge n. 85) dell'attuale comma 3 dell'art. 2 c.p. che, come è noto, impone di modificare il giudicato qualora la *lex mitior* successiva preveda esclusivamente una pena pecuniaria in luogo di quelle detentive, in precedenza prevista, mediante la conversione a norma dell'art. 135 c.p.

Si è già visto come le Sezioni Unite *Gatto* hanno già opportunamente evidenziato le maggiori esigenze di tutela sottese alle dichiarazioni di incostituzionalità rispetto alla successione di leggi nel tempo, perché non si tratta semplicemente di impedire l'applicazione di una norma superata da una diversa e più favorevole valutazione di opportunità politica, ma di impedire effetti ad una norma addirittura illegittima perché contrastante con la Costituzione che, in quanto tale, viola diritti fondamentali. Questo rilievo chiarisce in via definitiva il rapporto con l'art. 2 c.p., nel senso che il sistema di garanzie previsto per il caso di successione di leggi penali nel tempo può essere assunto come livello minimo di tutela che, a fortiori, deve valere anche per il diverso caso di dichiarazione di incostituzionalità, ma, per contro, l'impossibilità di un'applicazione diretta o anche solo analogica dell'art. 2 c.p. esclude che siano, invece, di per sé applicabili i limiti alle garanzie previste.

Da queste premesse è agevole dedurre che, nel caso in cui la dichiarazione di incostituzionalità renda applicabile una pena pecuniaria in luogo della pena detentiva prevista dalla norma illegittima, è gioco forza ritenere che il giudicato debba essere modificato in senso corrispondente, mentre l'interpretazione tradizionale implicherebbe un sicuro vizio di incostituzionalità dello stesso art. 30, comma 4 cit., per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., fondato sul termine di raffronto rappresentato dall'art. 2, comma 3 c.p., che, tuttavia, può essere agevolmente scongiurato attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme.

Infine, la soluzione di consentire la rideterminazione della pena nella fase di esecuzione, quando questa sia stata determinata in sentenza in applicazione di una

pena dichiarata incostituzionale, si impone anche per il rispetto dovuto a fondamentali principi costituzionali.

Viene in rilievo, in primo luogo, il principio di legalità delle pene di cui all'art. 25, comma 2 Cost. il quale postula una legge pienamente valida ed efficace a fondamento della pena che in concreto viene messa in esecuzione, mentre una legge incostituzionale, per quanto apparentemente in vigore al momento della decisione, appare radicalmente inadatta a garantire piena osservanza al principio. Al riguardo va sottolineato come il Giudice che ravvisi un vizio di incostituzionalità di una norma, se non può direttamente disapplicarla, non può neppure applicarla ma ha l'obbligo di sollevare la relativa questione di costituzionalità e, una volta pronunciata l'incostituzionalità, dovrà risolvere il caso sottoposto al suo giudizio, prescindendo totalmente da essa ed applicando la diversa e legittima norma ritenuta idonea a regolare il caso. Se così fossero andate le cose in occasione della prima applicazione giudiziale della legge c.d. Fini-Giovanardi, non esisterebbero ora sentenze irrevocabili fondate su una legge incostituzionale e non può certo andare a detrimento dei condannati il fatto che per oltre 8 anni si sia fatta applicazione di norme illegittime.

Viene poi in rilievo anche il principio di riserva di legge in materia penale, pure previsto dall'art. 25, comma 2 Cost., atteso il particolare vizio di formazione della legge ravvisato dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte Cost., che ha fatto ritenere la legge adottata in una situazione di radicale carenza di potere da parte del Parlamento. Pertanto, anche questa garanzia fondamentale sarebbe violata se si consentisse l'esecuzione di una pena determinata in applicazione di una legge approvata violando le regole previste in materia dalla Costituzione (nella specie l'art. 77 Cost., riguardo le leggi di conversione di decreti legge).

Infine, viene in rilievo la necessaria finalità rieducativa della pena, prevista dall'art. 27, comma 3 Cost. perché non può ipotizzarsi alcuna finalità educativa in relazione ad una pena prevista da una norma illegittima per contrasto alla Costituzione.

Se si considera che i sopra citati principi costituzionali finiscono col configurare veri e propri diritti fondamentali dei condannati, in particolare il diritto che la pena cui sono sottoposti abbia un effettivo, e non meramente apparente, fondamento legale, si deve concludere che una contraria soluzione al problema aprirebbe inevitabilmente le porte a possibili ricorsi a Strasburgo, per violazione dell'art. 7 della CEDU ed è noto che spetta ai singoli Giudici adottare interpretazioni non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente conformi, in modo da garantire piena attuazione e tutela ai diritti fondamentali dei cittadini.

2. Lo strumento processuale utilizzabile.

Se l'impostazione di base data al problema e la stessa soluzione offerta dalle Sezioni Unite è pienamente condivisibile, non altrettanto può dirsi in ordine all'individuazione dello strumento processuale utilizzabile.

Al riguardo le Sezioni Unite "*Ercolano*", nella decisione finale di merito⁸, escludono la possibilità di ricorrere all'art. 673 c.p.p., ma si limitano a motivare questa scelta sulla base della lettera della legge, con riferimento non tanto ai presupposti ma ai provvedimenti adottabili dal giudice: "*non lascia spazio, però, per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul*

⁸ Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013 (dep.07.05.2014), n. 18821, rv 258949-51.

giudicato formale nella sola parte relativa all'esperto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia" (cfr. § 9.2 del considerando in diritto), affermando una diretta applicazione dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953.

Per individuare lo strumento processuale, tuttavia, le Sezioni Unite, dopo aver giustamente sottolineato come *"i margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva sono molto ampi. I poteri di questa non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma possono incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigono"* (cfr. § 9) e dopo un opportuno richiamo all'ampiezza dei poteri istruttori riconosciuti dall'art. 665, comma 5 c.p.p., concludono nell'individuare come strumento idoneo l'art. 670 c.p.p., il quale *"pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo. Il genus delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art. 666 c.p.p., in sostanza, è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità del fenomeno esecutivo"* (cfr. la terza massima ufficiale della sentenza, rv. 258651).

Non del tutto sovrapponibili sono però le conclusioni sul punto della sentenza della sentenza *"Gatto"*⁹ che, pur ribadendo l'impossibilità di applicare l'art. 673 c.p.p., non essendovi *"alcun motivo per revocare un giudicato di condanna la cui parte essenziale, ossia l'accertamento del fatto costituente reato e la sua attribuzione alla persona condannata, rimane ferma perché non coinvolta, neppure indirettamente, da una declaratoria di incostituzionalità limitata al trattamento sanzionatorio"*, in favore della diretta applicazione dell'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, che pertanto copre *"uno spettro più ampio rispetto allo specifico potere concesso dall'art. 673 c.p.p."* (non solo incostituzionalità di norme incriminatrici ma anche incostituzionalità di qualsiasi norma penale sostanziale), non compie, tuttavia, alcun riferimento all'art. 670 c.p.p., limitandosi a richiamare i poteri generali del Giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p., con la precisazione che il Giudice dell'esecuzione investito della questione deve disapplicare la norma dichiarata incostituzionale, a norma dell'art. 30, comma 3 cit. e far cessare qualsiasi effetto pregiudizievole dalla sua applicazione in sentenza, a norma dell'art. 30, comma 4 cit.

Invero, da un lato, la proclamata esclusione dell'art. 673 c.p.p., risulta motivata solo sul piano strettamente letterale, senza che sia fornita alcuna motivazione circa l'impossibilità di una sua estensione analogica, neppure quella tradizionale della pretesa natura eccezionale della norma e, dall'altro, questa scelta finisce col determinare un'estensione in via interpretativa di uno strumento alternativo, quale l'art. 670 c.p.p., pensato per casi assai lontani a quello in esame, ovvero della competenza generale del giudice dell'esecuzione di cui agli artt. 665 e 666 c.p.p. che, in realtà, non prevedono affatto uno strumento specifico di tutela, ma si limitano a dettare le norme generali sulla competenza e sul procedimento di esecuzione, in relazione a tutti i casi previsti negli articoli successivi.

⁹ Sez. Un. pen., 29.05.2014, nr. 42858 (dep. 14.10.2014).

Tuttavia questa soluzione presenta due inconvenienti.

Sul piano generale occulta la *ratio* dell'intervento modificativo sulla pena da parte del giudice dell'esecuzione, rappresentato dalla necessità di salvaguardare i principi di legalità della pena e di parità di trattamento che, invece, il richiamo all'art. 673 c.p.p. espliciterebbe in tutta la sua evidenza.

Sul piano pratico ed operativo non consente di recuperare, almeno direttamente, l'elaborazione compiuta in riferimento all'art. 673 c.p.p., in particolare in punto di concessione della sospensione condizionale della pena, nei casi in cui una pena originariamente fissata oltre i limiti previsti dall'art. 163 c.p. sia rideterminata *in executivis* entro tali limiti, aprendo una drammatica alternativa: o si nega, coerentemente alla scelta fatta, la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, esponendosi però a delicati profili di legittimità costituzionale, perché non appare ragionevole la diversità di disciplina rispetto ai casi analoghi, disciplinati dall'art. 673 c.p.p. (e dall'art. 671 c.p.p.); ovvero si ammette questa possibilità in via interpretativa rendendo però allora palese che il richiamo all'art. 670 c.p.p. ed ai poteri generali del giudice di esecuzione è di pura facciata perché, in realtà, si finisce con applicare una disciplina corrispondente all'art. 673 c.p.p., sotto mentite spoglie.

Nonostante la perentorietà delle affermazioni compiute sul punto dalle Sezioni Unite la partita sullo strumento processuale non può ritenersi definitivamente chiusa, considerando che entrambe le sentenze si sono pronunziate su casi in cui la possibilità di concessione della sospensione condizionale della pena era esclusa alla radice (alternativa tra ergastolo e 30 anni di reclusione, nel primo, recidivi reiterati, nel secondo), mentre verrà posta in modo impellente dalle numerose richieste di rideterminazione della pena fondate sull'incostituzionalità della legge c.d. Fini-Giovanardi.

Ritiene pertanto questo Collegio sia preferibile l'estensione analogica dell'art. 673 c.p.p. al caso in esame, perché sul piano dei presupposti applicativi emerge chiara la vicinanza tra l'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, con effetti abolitivi del reato, espressamente contemplata dall'art. 673 c.p.p. e l'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale in applicazione della quale è stata pronunziata la sentenza di condanna irrevocabile, con incidenza sul trattamento punitivo in senso favorevole. Le due ipotesi sono entrambe contemplate dall'art. 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, in base all'innovativa interpretazione che si è proposta. Poiché l'art. 673 c.p.p. è stato introdotto proprio al fine di realizzare una più compiuta tutela dei casi previsti dall'art. 2, comma 2 c.p. e 30, comma 4 legge n. 87 del 1953, con revoca della condanna anziché con la sola perdita di efficacia esecutiva, ragioni di coerenza sistematica spingono a ritenere che l'estensione in via interpretativa della norma sostanziale possa e debba implicare anche una corrispondente estensione interpretativa della norma processuale.

Anche la *ratio* appare comune, essendo in entrambe le ipotesi riconducibile alla necessità di garantire piena attuazione dei principi di parità di trattamento punitivo e di legalità delle pene, impedendo sperequazioni punitive fondate unicamente sul tempo in cui si forma il giudicato, per lo più indipendente dalla condotta del condannato.

La possibilità di applicazione analogica può fondarsi sull'esclusione della natura eccezionale della norma, in quanto essa garantisce piena attuazione di principi fondamentali e generali, quali il principio di legalità delle pene e di parità di trattamento punitivo, che si contrappongono al principio di intangibilità del giudicato

e che devono trovare con esso un giusto bilanciamento, anche in via interpretativa, in assenza di precise prese di posizione da parte della legge.

Questa conclusione risulta del resto avvalorata dall'evoluzione interpretativa dello stesso art. 673 c.p.p. che attesta una progressiva espansione in riferimento sia ai presupposti che ai provvedimenti adottabili dal Giudice, per lo più alla stregua dei principi dell'analogia, benché spesso mascherati da motivazioni alternative.

Sul piano dei provvedimenti adottabili occorre anzitutto ricordare che, a partire dalla fondamentale sentenza della Corte Cost. n. 96 del 1996, deve ritenersi ricompreso nell'art.673 c.p.p. il potere del Giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena da eseguire, attraverso incisive valutazioni discrezionali da compiere sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., nell'ipotesi in cui fosse abolito solo un reato tra quelli riuniti in continuazione cui si riferisce la condanna irrevocabile, superando la precedente interpretazione secondo la quale in tal caso la disposizione non sarebbe applicabile. Nell'occasione la Consulta ha avuto modo di precisare come *“in ogni caso, la sentenza di condanna dovrebbe essere revocata nella sua interezza (...) salvo poi l'esercizio da parte del Giudice dell'esecuzione del potere di determinare il residuo della pena inflitta”* che *“costituisce soltanto l'ineludibile conseguenza della revoca del giudicato (...), perché “una volta venuto meno il giudicato nella sua integrità, sarà necessario pervenire ad adottare una nuova statuizione in sede esecutiva da sovrapporre al giudicato di cognizione”*, riferibile ai reati non aboliti.

Inoltre può essere richiamata l'elaborazione relativa alla possibilità del Giudice dell'esecuzione di concedere la sospensione condizionale della pena, quando il beneficio fosse reso possibile per effetto della revoca di una o più condanne, perché ha determinato una rideterminazione della pena al di sotto delle soglie di cui all'art. 163 c.p. ovvero ha eliminato condanne che fossero risultate preclusive alla concessione del beneficio. Sulla tesi negativa, fondata sulla mancata espressa previsione di legge e sull'impossibilità di estensione analogica dell'art. 671 c.p.p., a lungo prevalente, è prevalsa la tesi affermativa accolta da una sentenza delle Sezioni Unite¹⁰, fortemente sollecitata da una pronunzia della Corte Costituzionale¹¹.

Nell'occasione le Sezioni Unite, pur respingendo l'estensione analogica dell'art. 671 c.p.p., riconducono il potere di concedere la sospensione condizionale della pena nell'ambito dei provvedimenti conseguenti cui l'art. 673 c.p.p. fa espresso riferimento nell'ultima parte del comma 1, osservando come la norma implichi necessariamente l'attribuzione al Giudice di adottare tutte le misure occorrenti per la totale rimozione degli effetti della condanna. Anche in tal caso si è fatto, pertanto, ricorso ai provvedimenti conseguenti, formalmente respingendo l'estensione analogica, ma si deve tuttavia, osservare, come possa ritenersi semplice conseguenza della revoca della condanna solo la mera possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, perché la revoca elimina preclusioni prima presenti in relazione ai presupposti formali (limiti di pena, precedenti condanne e concessioni), non certo il giudizio di prognosi positiva, che non risulta affatto imposto, in quanto tale, dalla revoca di precedenti condanne. Nulla esclude, infatti, che il Giudice formuli

¹⁰ Sez. Un. pen., 20 dicembre 2005, n. 4678, rv. 232610.

¹¹ Corte Cost. n. 211 del 2005, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non consentiva, nell'interpretazione allora prevalente, la concessione della sospensione condizionale della pena, sulla base delle considerazioni che il Giudice in presenza di più possibilità interpretative ha l'obbligo di seguire l'interpretazione costituzionalmente conforme.

una prognosi negativa sulla base della gravità dei reati, sui motivi a delinquere, sull'intensità del dolo e così via.

Anche sul piano dei presupposti applicativi la norma ha manifestato una sua naturale vocazione all'estensione analogica.

Il caso più semplice e recente attiene alla c.d. disapplicazione della norma incriminatrice per contrasto col diritto comunitario accertato con sentenza della Corte di giustizia. Benché sia pacifico che la sentenza della Corte di giustizia che accerti il contrasto tra una norma interna ed il diritto comunitario non determini, di per sé, alcuna abrogazione della norma medesima, che rimane formalmente in vigore, tanto che è suscettibile di tornare automaticamente applicabile in caso di mutamento del diritto comunitario ovvero di uscita dell'Italia dall'Unione europea, la giurisprudenza ha tuttavia riconosciuto la necessità di procedere alla revoca delle condanne, a norma dell'art. 673 c.p.p., in virtù dell'assimilazione degli effetti della disapplicazione a quelli dell'abolizione, ossia con una giustificazione che richiama in modo chiaro l'analogia¹².

La stessa individuazione del presupposto dell'*abolitio criminis* presuppone spesso la soluzione di delicate questioni interpretative, dietro le quali possono celarsi applicazioni analogiche sotto mentite spoglie. Il caso più emblematico è quello conseguente all'abrogazione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p.), che costituiva un caso classico di scuola di *abrogatio sine abolitio*, in virtù del rapporto di evidente specialità col delitto di ingiuria. In buona sostanza l'abrogazione della norma speciale (art. 341 c.p.) comporta l'estensione della norma generale (art. 594 c.p.) anche ai fatti in precedenza riconducibili alla prima e, pertanto, un fenomeno di successione di leggi nel tempo e non di abolizione del reato. Nonostante queste chiare evidenze, tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente il presupposto dell'*abolitio criminis* al fine di affermare la necessità della revoca delle condanne già intervenute ad opera del Giudice dell'esecuzione, pur affermando contestualmente la possibilità per il Giudice della cognizione di riqualificare il fatto contestato come ingiuria aggravata¹³.

In termini più generali, va sottolineato come nei casi più difficili di abolizione solo parziale conseguente ad una complessiva riformulazione della fattispecie incriminata, spesso compiuta con l'aggiunta di ulteriori elementi di rilevanza penale, l'accertamento di questi nuovi elementi, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell'imputato, implica una loro formale previa contestazione ed un accertamento in contraddittorio che, evidentemente, non possono trovare spazio in sede esecutiva. La conseguenza è che in questi casi, mentre nei processi pendenti in fasi in cui sia consentita un'integrazione della contestazione, si potrà pervenire ad una condanna per il nuovo reato riformulato, sulla base di un accertamento in contraddittorio anche dei nuovi elementi aggiuntivi richiesti, distinguendo i fatti concreti rientranti nell'abolizione del reato da quelli che hanno mantenuto rilevanza

¹² Così esplicitamente Cass. pen., 6 marzo 2008, B. 21579, rv. 239961. Preferiscono invece parlare di *interpretazione estensiva*, ma la sostanza non cambia Cass. pen., 29 aprile 2011, n. 20130, rv. 250041; Cass. pen., 28 aprile 2001, n. 24009, rv. 250342 e Cass., pen., 12 aprile 2012, n. 14276, rv. 252235.

¹³ Sez. Un. pen., 27 giugno 2001, n. 29023, rv. 219223-4, oggetto di generale critica da parte della dottrina. La soluzione peraltro è stata probabilmente condizionata dalla profonda diversità di disciplina tra le fattispecie in successione di leggi nel tempo, perché da una pena obbligatoriamente detentiva succedeva una pena alternativa che, nella pratica, si traduce nella costante applicazione della pena pecuniaria e, inoltre, la nuova fattispecie prevedeva la procedibilità a querela di parte rispetto alla procedibilità d'ufficio prevista per la vecchia fattispecie. Insomma, effetti sostanziali molto vicini a quelli di una vera e propria *abolitio criminis*.

penale, nei processi già chiusi con sentenza irrevocabile non rimane che concludere che il fatto, per come è stato contestato ed accertato in sede cognitiva (ossia in assenza dei requisiti aggiuntivi richiesti dalla nuova norma), non è più previsto dalla legge come reato e, pertanto, occorre disporre sempre la revoca della condanna a norma dell'art. 673 c.p.p., salva l'ipotesi del tutto marginale che questi elementi, benché normativamente irrilevanti al tempo della decisione, abbiano formato oggetto di un accertamento espresso nel giudizio di cognizione rispetto al quale la parte abbia avuto modo di difendersi¹⁴. In buona sostanza l'interagire del principio del contraddittorio e della correlazione tra fatto contestato e fatto oggetto di condanna, comporta che in questi casi la revoca della condanna a norma dell'art. 673 c.p.p. finisce per intervenire anche nelle ipotesi in cui sia predicabile la permanenza della rilevanza penale del fatto e ciò perché i nuovi elementi aggiuntivi di rilevanza penale non possono essere più, in concreto, contestati ed accertati.

Si è cioè dimostrato che vi sono specifiche ipotesi in cui l'art. 673 c.p.p. trova pacificamente applicazione anche a casi in cui, sul piano sostanziale, non sussiste il presupposto dell'*abolitio criminis*, ma una vera e propria continuità normativa.

Né sembra dirimente l'obiezione della dottrina in base alla quale l'estensione analogica non sarebbe consentita perché in questo caso non si estende semplicemente il rimedio previsto dall'art. 673 c.p.p., rappresentato dalla revoca integrale della condanna irrevocabile con eliminazione di tutti gli effetti, a casi simili non previsti ma si legittima una modifica contenutistica del giudicato, con rideterminazione della pena, ossia si configura un rimedio non previsto per un caso pure non previsto.

L'obiezione può essere superata attraverso il meccanismo suggerito da Corte Cost. n. 96 del 1996, ossia ipotizzare una revoca integrale della condanna, perché pronunciata in applicazione di una norma illegittima, seguita da una successiva rideterminazione della pena alla stregua della norma legittima, quale provvedimento conseguente alla revoca, reso necessario perché il fatto oggetto della condanna ha mantenuto rilevanza penale. Più in particolare, va osservato come nel caso in esame l'intera determinazione della pena è fondata sulla norma dichiarata incostituzionale e ciò sembra imporre una revoca integrale di questa valutazione ed una sua sostituzione con una nuova determinazione della pena, in applicazione della norma legittima.

Persino in caso di rigetto del ricorso, perché il Giudice dell'esecuzione ritenga che la pena irrogata in sentenza sia congrua anche rispetto ai limiti edittali previsti dalla norma tornata in vigore a seguito della declaratoria di incostituzionalità, si deve ritenere che l'ordinanza integri il giudicato, perché attesta come la pena irrogata, pur in applicazione della norma incostituzionale, è comunque conforme al principio di legalità delle pene.

In conclusione, si deve pertanto ritenere che nella specie sia applicabile in via analogica l'art. 673 c.p.p.

¹⁴ In materia di bancarotta fraudolenta impropria e di false comunicazioni sociali cfr. Cass., 05.04.2004, n. 26859, rv. 229864; Cass. pen., 16 aprile 2008, n. 17285, rv. 239629; Cass. pen., 1° febbraio 2011, n. 29170, rv. 250999. Per un caso di esclusione della revoca perché il nuovo elemento costitutivo del reato (causazione del dissesto della società) era stato accertato nella sentenza cfr. Cass., 22 aprile 2013, n. 42116, rv. 257356. Per i processi pendenti in Cassazione, Sez. Un. pen., 26.03.2003, n. 25877, rv. 224606. Cfr. anche Sez. Un. pen., 26 febbraio 2009, n. 243587, rv. 243585-7, con riferimento all'abrogazione dell'amministrazione controllata e alla conseguente *abolitio criminis* della bancarotta impropria a norma dell'art. 236, comma 2 n. 1 legge fallimentare rispetto alle più generali di appropriazione indebita e di false comunicazioni sociali.

3. Il quomodo dell'intervento del Giudice dell'esecuzione.

Così impostato in termini generali il problema dell'intervento del Giudice dell'esecuzione, va ora affrontato il tema del modo di procedere, sia con riferimento alla perimetrazione dei poteri esercitabili dal Giudice dell'esecuzione sia delle concrete modalità operative.

Sotto il primo aspetto, occorre richiamare le importanti precisazioni compiute in merito dalla sentenza "Gatto" delle Sezioni Unite (cfr. § 10.2 e seguenti del considerando in diritto).

Anzitutto le Sezioni Unite evidenziano lucidamente la maggiore complessità del caso oggetto del giudizio rispetto sia al precedente "Ercolano", nel quale era richiesta "l'adozione di un provvedimento a contenuto predeterminato", sia dei precedenti in materia di incostituzionalità dell'aggravante c.d. della clandestinità, in cui pure il Giudice dell'esecuzione è chiamato o ad un'operazione puramente aritmetica, eliminando l'aumento di pena applicato in sentenza in conseguenza dell'aggravante illegittima, ovvero ad un limitato esercizio di poter discrezionale, quando si tratta di applicare una riduzione per attenuanti riconosciute, ritenute in sentenza equivalenti all'aggravante illegittima.

Pure nella diversità di situazioni, in ordine all'estensione dei potersi del Giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite concludono che *"la stessa conclusione deve essere adottata allorché oggetto della declaratoria di incostituzionalità non è un'aggravante (...) ma il divieto normativo che inibiva al Giudice la possibilità di trarre dalle sue valutazioni il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti"*. A questa conclusione non *"può opporsi la supposta carenza di poteri valutativi da parte del Giudice dell'esecuzione, giacché, da un lato, penetranti poteri di accertamento e valutazione, ben più complessi di quelli richiesti da un giudizio di comparazione tra circostanze, sono stati espressamente attribuiti dal legislatore a tale organo in materia di concorso formale e reato continuato (art. 671 c.p.p.). E ciò è previsto dal legislatore per rimediare al limite di conoscenza e di conoscibilità che impedisce al Giudice della cognizione di esaminare e valutare l'eventuale sussistenza del medesimo disegno criminoso tra reati separatamente giudicati. Nel nostro caso, il giudice dell'esecuzione è chiamato ad intervenire per rimediare ad un limite normativo di operatività, imposto della disposizione poi ritenuta costituzionalmente illegittima, che inibiva al Giudice della cognizione di procedere al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva"* reiterata.

Emerge da questo passo motivazionale una sensibilità nuova rispetto ad una norma chiave come l'art. 671 c.p.p. capace di attribuirgli la portata generale che merita e che le ricorrenti apodittiche affermazioni circa la sua natura di "norma eccezionale" hanno sino ad ora impedito.

A questo punto le Sezioni Unite avvertono, però, che *"ovviamente (...) il Giudice dell'esecuzione non ha la stessa libertà del Giudice della cognizione, dovendo procedere (...), nei limiti in cui gli è consentito dalla pronunzia di cognizione, ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69, comma 4 c.p.: in sintesi, le valutazioni del Giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del Giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile"*. In buona sostanza il potere valutativo del Giudice dell'esecuzione viene ammesso senza riserve, persino riguardo all'accertamento del fatto laddove logicamente necessario, ma solo in

funzione integrativa e non sostitutiva del giudizio di merito ed in stretta connessione col “*novum*” che legittima il suo intervento, nella specie l’incostituzionalità dell’art. 69, comma 4 c.p., perché il procedimento di esecuzione non serve a correggere pretesi errori di giudizio ma, appunto, ad integrare il giudizio di merito rispetto a quella novità, onde garantirne la stretta aderenza al principio di legalità.

Alla luce dei rilievi che precedono va, anzitutto, precisato come il Giudice dell’esecuzione non possa modificare l’accertamento del fatto compiuto in sentenza, non solo con riferimento agli elementi costitutivi del reato ma anche al riconoscimento delle circostanze ed al loro bilanciamento, trattandosi di temi che non possono essere rimessi in discussione in sede esecutiva e che, in tal caso, non sono minimamente intaccati dalla pronuncia di incostituzionalità in questione. A differenza dell’ipotesi dell’incostituzionalità dell’art. 69, comma 4 c.p., il fatto che occorra dare applicazione di più favorevoli limiti edittali di pena non implica affatto debba essere intaccato anche l’accertamento del fatto compiuto in sentenza.

Venendo alle concrete modalità operative, la necessità di fare applicazione di una diversa norma con diversi limiti edittali di pena impone un nuovo ed autonomo esercizio del potere discrezionale della pena, sulla base degli usuali criteri di cui all’art. 133 c.p. In buona sostanza il Giudice deve applicare la pena, con i più favorevoli limiti edittali, al fatto così come accertato in sentenza, in via del tutto autonoma sulla base delle valutazioni che avrebbe compiuto in sede cognitiva, senza essere in alcun modo vincolato alle determinazioni compiute in merito in sentenza, perché inevitabilmente condizionate dalle diverse cornici edittali allora applicabili, viziate da illegittimità costituzionale.

Con riferimento ai reati non circostanziati, in particolare, è noto che la cornice edittale della pena detentiva da 6 a 20 anni di reclusione fosse nella prassi avvertita, specialmente con riguardo alle droghe leggere, come eccessivamente rigorosa e ciò ha determinato la fissazione della c.d. pena base in conformità del limite edittale minimo in via pressoché generalizzata, anche con riferimento a casi per i quali fosse facilmente argomentabile una gravità oggettiva ben superiore al minimo. Solo per i casi particolarmente gravi, in via del tutto eccezionale, ci si discostava dal minimo edittale, normalmente in modo non particolarmente rilevante.

Dovendo ora applicare limiti edittali decisamente più congrui è ragionevole assumere che il limite edittale minimo, passato da 6 a 2 anni per la pena detentiva, possa essere considerato congruo per un numero minore di fatti, realmente corrispondenti ai fatti di minore rilevanza, con la conseguenza che tutti gli altri casi in precedenza comunque ricondotti al minimo ben possono essere puniti con pene base superiori al minimo. Il fatto poi che in precedenza il minimo edittale, con riferimento alla pena base, assorbisse quasi la totalità dei fatti, alcuni dei quali decisamente gravi, porta alla conclusione che non si possa a priori escludere che una ridotta classe di questi casi meriti ora la pena edittale massima pari a 6 anni, corrispondente al minimo applicato in sentenza, con conseguente mantenimento della stessa pena anche in fase esecutiva. Solo in questo modo si garantisce compiuta attuazione al principio di legalità delle pene e di parità di trattamento punitivo perché si garantisce l’applicazione di una pena corrispondente a quella che conseguirebbe se il processo si facesse ora, applicando la norma legittima tornata in vigore.

E’, tuttavia, noto come sia emersa nella giurisprudenza di merito anche una diversa interpretazione secondo la quale il Giudice dovrebbe procedere “*a rime obbligate*” ossia attraverso criteri matematico – proporzionali che consentano di mantenere

ferme le determinazioni del giudice di merito anche in punto di determinazione della pena (cfr., Gip Rovigo, 28.03.2014, giud. *Mondaini*; Gip Mantova, 03.06.2014, giud. *Grimaldi* e Gip Lecce, 17.06.2014, giud. *Maritati*; Gip Bologna, 27.05.2014, giud. *Gianganacomo*), alla quale in udienza la difesa si è richiamata. Questa soluzione è stata, in particolare, argomentata con riferimento alle sentenze di patteggiamento, per la ritenuta necessità di mantenere a base della determinazione della pena l'accordo intervenuto tra le parti.

In concreto il criterio automatico, se inteso in senso rigoroso, impone un preciso calcolo matematico, invero non sempre agevole, in base al quale la pena base viene determinata in funzione della medesima proporzione ritenuta in sentenza rispetto ai limiti edittali in vigore al momento della decisione, limitandosi ad adeguarla ai nuovi e più favorevoli limiti edittali tornati in vigore a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014. In buona sostanza, con riferimento ai casi in cui sia stata fatta applicazione dei limiti edittali previsti per l'ipotesi base (6 – 20 anni di reclusione), si propone uno sconto fisso grosso modo pari ai 2/3, visto che l'attuale minimo edittale (2 anni di reclusione) è appunto pari ad un terzo del minimo previsto dalla norma incostituzionale.

Si tratta, tuttavia, ad avviso del Collegio di un'interpretazione che non convince, anzitutto perché la determinazione concreta della pena non può mai essere mera attuazione di criteri matematici, che finiscono inevitabilmente per svilire il ruolo del Giudice dell'esecuzione ridotto a mero "calcolatore" di pene, anziché di garante del principio di legalità. Non ha poi senso la pretesa di mantenere fermo il giudicato, anche con riferimento alle valutazioni espresse nel giudizio di merito in ordine alla determinazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p., trattandosi di valutazioni necessariamente inquinate dall'applicazione della norma incostituzionale. La realtà è che, una volta ritenuta applicabile in sede esecutiva la norma legittima tornata in vigore in luogo di quella illegittima applicata in sentenza, quelle valutazioni necessariamente sono travolte e vanno sostituite con le nuove ed autonome valutazioni del Giudice dell'esecuzione.

Sul piano pratico operativo, poi, il ricorso ai criteri matematici comportano due gravi inconvenienti.

In primo luogo impongono la modifica di tutti i giudicati, perché la diversità dei limiti edittali di pena applicabili comporta sempre una pena concreta diversa se questa è determinata alla stregua della medesima proporzione, rispetto ai limiti minimo e massimo, fissata in sentenza, senza dar modo di ritenere congrua la pena anche alla stregua della norma tornata in vigore a seguito della dichiarazione di incostituzionalità. Questa possibilità può essere ritenuta residuale, ma non del tutto esclusa come sopra si è argomentato, in caso di fatto "non lieve", visto l'enorme differenza dei limiti edittali di pena previsti dalle due norme, con un unico punto di contatto, in corrispondenza col limite minimo della norma incostituzionale e col limite massimo della norma tornata in vigore. Invece, può essere tutt'altro che eccezionale per i casi di concessione dell'attenuante del fatto di lieve entità, almeno nelle ipotesi in cui il Giudice di merito sia partito da una pena base superiore al minimo in vigore al momento della decisione, in considerazione della notevole sovrapposizione tra i limiti edittali che vengono in considerazione (da 1 a 6 anni, da un lato, e da 6 mesi a 4 anni, dall'altro).

In secondo luogo il criterio matematico rischia di garantire abnormi sconti di pena garantendo pene che mai i condannati potrebbero aspirare ad ottenere se il processo si facesse ora, con sostanziale tradimento del principio di parità di trattamento punitivo, che giustifica l'operazione e senza considerare che in molti casi il giudice

dell'esecuzione ha applicato il limite minimo edittale solo perché dalla legge fissato a 6 anni di reclusione, mentre se ne sarebbe discostato qualora avesse avuto a disposizione l'attuale limite minimo di 2 anni. Questa conclusione è pienamente conforme alla constatazione che l'individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai operazione neutra ma è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicché la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge.

Infine, la disputa tra i due orientamenti interpretativi sembra aver trovato una definitiva composizione, in favore del criterio della nuova e autonoma determinazione della pena a norma dell'art. 133 c.p., con la sentenza delle Sezioni Unite "*Gatto*", sopra ampiamente esaminata, per la semplice osservazione che nel caso in cui il Giudice dell'esecuzione riconosca la prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità sulla recidiva reiterata, modificando il bilanciamento in termini di mera equivalenza imposto dal divieto di legge, dichiarato incostituzionale, il criterio matematico-proporzionale risulta semplicemente inapplicabile. Infatti, non si tratta solo di applicare i nuovi e più favorevoli limiti edittali previsti per il reato base, tornati in vigore a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, ma occorre, più radicalmente, individuare la pena base alla stregua dei limiti edittali, ancora più favorevoli, previsti per l'ipotesi circostanziata, tra l'altro facendo riferimento, come precisato dalle Sezioni Unite, dei limiti edittali previsti per l'ipotesi attenuata non dalla norma incostituzionale ma di quella tornata in vigore.

E' evidente, infatti, che il criterio matematico-proporzionale presuppone che siano applicati limiti edittali "omogenei" tra sentenza ed esecuzione, riferiti cioè in entrambi i casi al reato base o alla circostanza attenuante. Viceversa, mutando i termini di raffronto, perché il Giudice dell'esecuzione deve fare applicazione dei limiti edittali previsti per l'ipotesi circostanziata, mentre il Giudice della cognizione ha fatto applicazione dei limiti edittali previsti per l'ipotesi base, non può essere garantita la medesima proporzione della pena prevista in sentenza rispetto ai limiti edittali.

4. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni tutte che precedono, la richiesta merita accoglimento nei limiti di seguito precisati.

In termini generali, in caso di riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, poiché la riduzione dei limiti edittali di pena è stata decisamente minore, la riduzione sembra imporsi solo nel caso di fatti effettivamente minimi (il caso classico della cessione di un singolo "spinello"), in cui il Giudice sia partito dalla pena minima di anni 1 di reclusione ovvero, all'opposto, quando il Giudice abbia fissato una pena base superiore all'attuale massimo di 4 anni. Nel primo caso, in particolare, è ragionevole ipotizzare l'applicazione dell'attuale minimo edittale, mentre nel secondo caso la riduzione si impone almeno riportando la pena base entro il massimo attuale di anni 4 di reclusione. Viceversa quando in sentenza la pena base sia fissata in misura superiore al minimo, ma sotto l'attuale massimo (ad es. anni 2 o anni 3 di reclusione), ciò significa che lo stesso Giudice di merito ha collocato il fatto in una posizione intermedia tra i limiti edittali a disposizione, corrispondente alla vasta area di sovrapposizione con gli attuali limiti edittali e ciò può giustificare il mantenimento della medesima pena, anche in applicazione di quest'ultimi.

Anche in tal caso, tuttavia, questa conclusione non può essere l'effetto di un automatismo valutativo, che in materia di determinazione concreta della pena va

sempre escluso, potendosi giustificare solo sulla base di un giudizio di concreta congruità della pena rispetto alla gravità complessiva del fatto commesso. Non può, infatti, escludersi che il Giudice della cognizione abbia fissato quella pena base per effetto dei limiti di pena incostituzionali.

Ad avviso del Collegio, è proprio questo il caso che è accaduto nel caso di specie, perché l'episodio più grave di cessione di 50 gr. di *hashish*, pur valutato nel contesto in cui si è inserito, ossia, come precisato in sentenza in rapporto alla "*considerevole ampiezza dell'attività di spaccio gestita presso i giardini Milano di Rovereto*", non giustifica la pena base di anni 3 di reclusione in applicazione degli attuali limiti edittali da 6 mesi a 4 anni, collocandosi in prossimità dell'attuale limite massimo, mentre era significativamente distante al massimo vigente al momento della decisione.

Ancora più evidente è la necessità di rideterminare la pena pecuniaria, dal momento che la pena base di € 12.000,00 di multa risulta ora illegale, perché superiore al massimo edittale, paria ad € 10.329,00.

Ritiene il Collegio congrua, in riferimento ai criteri tutti di cui all'art. 133 c.p., la pena base di anni 2 di reclusione ed € 6.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 4 di reclusione ed € 12.000,00 di multa.

La pena indicata si giustifica, in applicazione degli attuali limiti edittali di pena, considerando la notevole gravità del fatto commesso nel suo complesso, in considerazione: a) della "*considerevole ampiezza dell'attività di spaccio gestita presso i giardini Milano di Rovereto*", come ritenuto in sentenza (cfr. pg. 36 sentenza); b) della notevole reiterazione delle condotte illecite (con cadenza quasi quotidiana nei 4 mesi di consumazione dei reati); c) l'utilizzo di almeno due tossicodipendenti come spacciatori di strada, sui quali il condannato esercitava un forte controllo e dominio, come emerge chiaramente dalle motivazioni della sentenza, in particolare nella parte dedicata all'analisi delle intercettazioni telefoniche (cfr. pg. 12 ss.).

In particolare ritiene il Collegio che non sia meritevole di riduzione l'aumento previsto in sentenza per la continuazione, considerando il notevole numero dei reati satelliti in continuazione e la possibilità di aumento sino al triplo della pena applicata per il reato più grave (art. 81, comma 1 c.p.).

La rideterminazione della pena detentiva sotto la soglia dei 5 anni di reclusione, ma comunque sopra la soglia dei 3 anni, impone, quale provvedimento conseguente, anche la modifica della pena accessoria con sostituzione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici con l'interdizione temporanea per anni 5, in applicazione dell'art. 29, comma 1 c.p.

La rideterminazione della pena principale ed accessoria e la ritenuta applicazione dell'art. 673 c.p.p. comporta la revoca integrale della sentenza, limitatamente alla determinazione delle pene e rideterminazione, quale provvedimento conseguente, della pena principale di anni 4 di reclusione ed € 12.000,00 di multa e della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici per anni 5.

PQM

Letto l'art. 673 c.p.p.;

1. Revoca la sentenza n. 181/2010 del Tribunale di Rovereto, in composizione collegiale del 19.03.2010, irrevocabile il 31.01.2013, di condanna alla pena principale di anni 5 di reclusione ed € 20.000,00 di multa e alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici nei confronti di OMISSIS, limitatamente alla pena principale come sopra indicata, fermo per il resto.
2. Ridetermina la pena principale in anni 4 di reclusione ed € 12.000,00 di multa e la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici per anni 5.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza e di annotare il presente provvedimento sulla sentenza a norma dell'art. 193 disp. att. c.p.p.

Rovereto, 5 dicembre 2014.

IL GIUDICE rel.
(dott. Riccardo Dies)

IL PRESIDENTE
(dott. Corrado Pascucci)