



# TRIBUNALE DI PERUGIA

## Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

Proc. N. 98/2014 R. Es. Gip

Il Giudice per le indagini preliminari;

Letta la richiesta di incidente di esecuzione presentata dal difensore di *Omissis*;

Sentito il P.M. nella camera di consiglio del 12.11.2014;

### OSSERVA

Va premesso che ad *Omissis*, con la sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 5.2.2014, irrevocabile il 29.4.2014, è stata applicata la pena di 2 mesi 8 di reclusione ed euro 12.000 di multa, per il delitto di cui all'art. 73 c. 1 e 1 bis d.p.r. n.309/90; si riporta il capo di imputazione:

Delitto di cui all'art. 73 c. 1 e 1 bis d.p.r. n.309/90 per avere detenuto a fine di cessione a terzi i seguenti quantitativi di sostanza stupefacente:

all'interno dell'autovettura in uso all'*OMISSIS* all'interno di un sacchetto di cellophane:

1. Gr. 521,62 di sostanza stupefacente del tipo hashish, suddivisi in 55 (cinquantacinque) ovuli rinvenuti, avente un titolo medio di principio attivo THC del 18,54% pari a gr. 96,71 di THC puro;

All'interno della sala da pranzo dell'abitazione dell'*OMISSIS* venivano inoltre rinvenuto quanto segue:

2. un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un ovulo di grammi 7,098 di sostanza stupefacente del tipo hashish, avente un titolo medio di principio attivo THC del 30,66% pari a Gr. 2,18 di THC puro;

3. un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un frammento di grammi 1,736 di sostanza stupefacente del tipo hashish, avente un titolo medio di principio attivo THC del 12,03% pari a Gr. 0,21 di THC puro;

4. nr. 1 trita marijuana con residui di sostanza stupefacente del tipo marijuana di colore argento con scritta Black Leaf;

5. Nr. 1 trita marijuana con residui di sostanza stupefacente del tipo marijuana di colore grigio scuro con foglia di marijuana disegnata sul coperchio;

per un totale di Gr. 99, I di THC puro riscontrato nei reperti "1 - 2 - 3" per i quali è possibile ricavare n.3964 dms.

Accertato in Perugia località Bosco il 09 luglio 2013

Il difensore di *Omissis*, a seguito della sentenza del 12.2.2014 n.34 della Corte Costituzionale, ha chiesto che il giudice dell'esecuzione proceda ad una nuova determinazione della pena, a seguito della declaratoria di incostituzionalità 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, e conceda al ricorrente la sospensione condizionale 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 cd. 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, 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.

Secondo l'**orientamento "tradizionalista"** (cfr. Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, Sentenza n. 27640 del 19/01/2012; Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh Assic; Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi; Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, n. 40464 del 12/06/2012, Kabi) che si fonda su una lettura conservatrice dell'intangibilità del giudicato, nei limiti dell'art. 2 c.p., 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.

Questo orientamento tradizionale è oggi in giurisprudenza definitivamente superato.

Cfr., in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 61 n. 11 bis c.p. Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, Sentenza n. 977 del 27/10/2011; Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, Sentenza n. 19361 del 24/02/2012.

Cfr. l'ordinanza del 10.9.2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nel procedimento penale a carico di E. S., uno dei cd. "figli minori del caso Scoppola", con la quale fu sollevata 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 fu accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 210 del 2013).

Cfr. ancora la sentenza n. 18821 delle Sezioni Unite, depositata il 7.5.2014, quanto all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

Cfr. la sentenza del 29 maggio 2014 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, (ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto). Il ricorso del p.m., volto ad ottenere la rideterminazione della pena dal giudice dell'esecuzione, è l'effetto della pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen.,

come sostituito dall'art. 3 della legge 251/2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Può affermarsi che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi e della “riviviscenza” della legge abrogata, così come nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante, o di pena non conforme alla CEDU e, quindi, alla Costituzione, non può essere data esecuzione alla pena “incostituzionale”, perché fondata su una norma incostituzionale nella sola parte della sanzione.

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), ovvero sia 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 ...*” (Cfr. Cass. 1<sup>a</sup> sezione penale n. 977 del 27/10/2011).

Cfr. anche la recente sentenza n. 18821 delle Sezioni Unite, depositata il 7.5.2014:

... 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 ...”.

Nello stesso senso la sentenza Gatto:

“... Occorre perciò ribadire che il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile ...”.

Vanno distinti (cfr. Cass. Sezioni Unite sentenza del 29 maggio 2014 ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto) gli effetti della declaratoria di incostituzionalità da quelli relativi allo *ius superveniens*.

La dichiarazione d'illegittimità costituzionale invalida fin dall'origine la norma impugnata; determina la cessazione di efficacia delle dichiarate incostituzionali; impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che la norma sia applicabile anche rispetto a soggetti ai quali sarebbe stata applicabile, secondo i principi sulla successione delle leggi nel tempo.

Come affermano le Sezioni Unite, con la sentenza Gatto, la declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma - formalmente in vigore fino alla pubblicazione

della sentenza ma sostanzialmente invalida – “... *attesta che quella norma mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano, che è Stato costituzionale di diritto, ciò che implica il primato delle norme costituzionali, che non possono perciò essere violate dal legislatore ordinario...*”.

La norma incostituzionale è *tamquam non fuisset*, perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi: di conseguenza, gli effetti pregiudizievoli che derivano da una sentenza penale di condanna fondata, anche solo parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere eliminati, salvo quelli irreversibili perché *già compiuti e del tutto consumati*.

Le Sezioni Unite, con la sentenza del 29 maggio 2014 nel processo Gatto, hanno quindi dato una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di intangibilità del giudicato:

“... La Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale ...”.

L'efficacia del giudicato penale nasce dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma deriva anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, sicché si esprime essenzialmente nel divieto di “bis in idem” e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna ove la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona (Conf. Corte cost. sentenze n. 115 del 1987, n. 267 del 1987, n. 282 del 1989).

Pertanto, dalla pronuncia di incostituzionalità sorge l'obbligo per il giudice di non applicare le norme dichiarate illegittime, a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio (Corte cost., sent. n. 58 del 1967), “*come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena ...*” ( cfr. la sentenza Gatto).

Nel sistema penale il rapporto esaurito è dato non dal passaggio in giudicato della sentenza ma dalla definitiva esecuzione della pena; la pena, come effetto della sentenza irrevocabile fondata su una norma incostituzionale, non resiste alla dichiarazione di incostituzionalità:

“... L'esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi ...” ( cfr. la sentenza Gatto).

Cfr. i principi di diritto affermati dalla sentenza del 29 maggio 2014 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione:

"Successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione."

"Per effetto della medesima sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, è compito del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta all'esito del nuovo giudizio di comparazione."

Compito del giudice dell'esecuzione è controllare la legalità della pena ancora in esecuzione e successivamente, riportare la pena, nel caso in esame, nell'alveo dell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990 oggi attualmente in vigore, mitigando il trattamento sanzionatorio: spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena "incostituzionale" corrispondente e di dichiararla non eseguibile.

Lo strumento per incidere sulla pena non è quello previsto dall'art. 673 c.p.p. che ha un diverso ambito applicativo.

L'art. 673 c.p.p. prevede infatti che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza di condanna e dichiari che il fatto non è previsto come reato: pertanto, l'art. 673 c.p.p. si applica esclusivamente alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma che abbia istituito una fattispecie incriminatrice, prevedendo un autonomo titolo di reato.

Si afferma nella sentenza Gatto:

"Non c'è infatti 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...".

Il giudice dell'esecuzione può procedere alla rideterminazione della pena, facendo applicazione diretta, in esecuzione, dei principi ex art 136 cost., 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*").

Affermano le sezioni unite nella sentenza Gatto:

"Il terzo comma pone il divieto di applicazione (ovvero l'obbligo di disapplicazione) della norma dichiarata incostituzionale e si rivolge innanzitutto ai giudici, a tutti i giudici, compreso il giudice dell'esecuzione nel momento in cui viene chiamato, da una delle parti legittimate dall'art. 666 cod. proc. pen., a controllare la legittimità della pena ancora in corso di esecuzione.

Il quarto comma impone di far cessare qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dalla sentenza di condanna irrevocabile pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

Ciò vuol dire che se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l'illecito penale, cessano l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall'art. 673 cod. proc. pen.; se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale ...".

Dunque, l'articolo 30 comma 4 trova applicazione anche quando la dichiarazione di incostituzionalità riguardi la norma che preveda un aumento di pena derivante dalla introduzione di una circostanza aggravante o dalla modifica dei limiti edittali.

Norma penale è quella che commina una pena o che determina 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...*” (Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, Sentenza n. 977 del 27/10/2011).

Nello stesso senso, Cass. Sezioni Unite sentenza del 29 maggio 2014 ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto).

L’art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 consente di impedire l’esecuzione anche di una sola porzione di pena che discendeva dall’applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima.

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 (cfr. l’ordinanza del 10 settembre 2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nel procedimento penale a carico di E. S.)).

Va osservato poi che è assolutamente irrilevante che la pena sia stata irrogata all’esito di un giudizio o sia stata applicata ex art. 444 c.p.p.

Cfr. in tema di applicazione della pena Cass. Sez. 1<sup>a</sup>, 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.

Va infatti ricordato che la pena è sempre applicata dal giudice il quale deve controllare non solo la congruità della pena ma anche la sua legalità.

Pertanto, l’esistenza di una domanda di applicazione della pena non elimina quella che è l’esigenza fondamentale della rideterminazione: non dare esecuzione alle pene “incostituzionali”.

Non è condivisibile l’orientamento della giurisprudenza di merito per il quale, ove la pena incostituzionale sia stata applicata ex art. 444 c.p.p., si applica, in via analogica o estensiva, l’art. 188 disp. Att. C.p.p.

Va in primo luogo osservato che anche al caso della applicazione della pena “incostituzionale” le norme di riferimento ci sono e sono i commi 3 e 4 dell’art. 30 prima richiamato. Dunque, non c’è in realtà un vuoto normativo.

In secondo luogo, non vi è una identità di ratio. Ed invero, il consenso delle parti nel procedimento ex art. 188 disp. Att. C.p.p. trova il suo fondamento nella applicazione degli istituti del patteggiamento nella fase esecutiva, ove sussista la continuazione o il concorso formale tra reati oggetto di titoli esecutivi omogenei; reati cioè rispetto ai quali sono state applicate le pene. Da qui la necessità del previo consenso delle parti, anche ai fini della ammissibilità della richiesta.

Nel caso invece della pena *incostituzionale*, scatta per il giudice dell'esecuzione l'obbligo di eliminare la porzione di pena incostituzionale, a prescindere dall'accordo delle parti.

Nel caso in esame, un preventivo accordo delle parti sulla pena da rideterminare può avere certamente una rilevanza per il giudice dell'esecuzione quale parametro di valutazione; ma rispetto a quell'accordo il giudice dell'esecuzione non è vincolato ed in ogni caso è obbligato al controllo sulla congruità della pena ex art. 133 c.p.

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": o meglio quella parte di pena che supera i limiti previsti nel testo normativo in vigore prima del 2006.

Ovviamente, la pena a cui si deve far riferimento è quella irrogata in applicazione della norma incostituzionale. Non la pena finale, ma la pena base, perché il giudice o le parti nella sua determinazione possono essere partiti da quella prevista dalla legge del 2006.

È infatti del tutto irrilevante che la pena in concreto inflitta rientri nella oscillazione dell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990, oggi di nuovo in vigore; infatti, quella pena può essere 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 farebbe ugualmente applicazione della 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.

Cfr. la sentenza Gatto, con riferimento al fatto concreto oggetto di quel procedimento:

"... Ovviamente, nell'esercizio di tale potere-dovere, il giudice dell'esecuzione non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere – non diversamente da quanto è previsto negli artt. 671 e 675 cod. proc. pen., - nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia 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,

quarto comma, cod. pen.: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile ...”.

Il giudice dell'esecuzione può infatti acquisire (cfr. sul punto la sentenza Gatto) ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. gli atti processuali, , “... e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio ...”.

Dunque, non 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<sup>a</sup>, 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.

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 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.

Nel caso in esame, ai fini della determinazione della pena base deve tenersi conto della significativa gravità del reato. Dalla sentenza risulta la seguente ricostruzione del fatto:

“... all'interno dell'autovettura in uso all'*Omissis* è stato rinvenuto un sacchetto di cellophane nel quale vi erano 55 ovuli contenenti Gr. 521,62 di sostanza stupefacente del tipo hashish, con percentuale di principio attivo di THC del 18,54% pari a gr. 96,71 di THC puro.

All'interno della sala da pranzo dell'abitazione dell'imputato la p.g. ha rinvenuto un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un ovulo dal peso di grammi 7,098 di sostanza stupefacente del tipo hashish, con percentuale di principio attivo del 30,66% pari a Gr. 2,18 di THC puro ed un altro un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un frammento di grammi 1,736 di sostanza stupefacente del tipo hashish, con percentuale di principio attivo del 12,03% pari a Gr. 0,21 di THC puro. In totale sono stati sequestrati oltre Gr. 99 di THC dai quali è possibile ricavare n.3964 dosi medie singole ...”.

Deve ancora osservarsi che il ricorrente ha organizzato l'attività illecita dotandosi di strumenti per il confezionamento ed il peso delle sostanze stupefacenti. Dunque, il reato è stato commesso con mezzi e strumenti previamente procurati dall'imputato.

Pertanto, si stima equa una pena base di anni 3 di reclusione ed euro 9.000 di multa. Tale pena va ridotta per le circostanze attenuanti generiche ad anni 2 di reclusione

ed euro 6.000 di multa, rispettando la proporzione del giudice del merito, e per il rito alla pena di anni 1 mesi 4 di reclusione ed euro 6.000 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<sup>a</sup>, 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 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, può operarsi tenuto conto che dagli atti risulta che l'imputato rese nell'udienza di convalida dell'arresto una confessione. Ciò dimostra la volontà di assumersi le proprie responsabilità e di uscire al circuito criminale.

#### **P.Q.M.**

Ritenuta non eseguibile la pena di anni 2 mesi 8 di reclusione ed euro 12.000 di multa applicata a **Omissis**, nato a .... il ../../..., con la sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 5.2.2014, irrevocabile il 29.4.2014, concesse le circostanze attenuanti generiche, tenuto conto della riduzione per il rito, sostituisce la predetta pena con quella di anni 1 mesi 4 di reclusione ed euro 6.000 di multa.

Letto l'art. 163 c.p. dispone che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di anni 5.

Manda la cancelleria per le comunicazione di rito.

Perugia, all'esito della camera di consiglio del 12.11.2014.

Il Giudice per le indagini preliminari  
Dott. Luca Semeraro