



Tribunale di Lecce

Sezione del giudice per le indagini preliminari

ORDINANZA

(artt. 665 e ss c.p.p.)

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce, in funzione di giudice dell'esecuzione, dott. Alcide Maritati,

sentite le parti all'udienza camerale del 17.06.2014 e visto il fascicolo del procedimento penale a carico di **XXX** (procedimento n.XXXX);

a scioglimento della decisione riservata all'udienza del 17.06.2014;

letta l'istanza presentata dal difensore di **XXXX**, finalizzata alla rideterminazione della pena applicata con sentenza emessa a seguito di richiesta di applicazione pena n. 67/2014, emessa il 23.01.2014 ed ormai irrevocabile sin dal 11.03.2014, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, che ha dichiarato incostituzionale la pena prevista dall'art. 73 d.p.r. 309/90, così come riformata dalla legge n. 49/06;

letti gli atti del procedimento in epigrafe;

OSSERVA

L'istante ha richiesto ed ottenuto l'applicazione della pena nella citata sentenza per il delitto di cui agli artt. 110 c.p., 73, co. 1 d.p.r. 309/90 perché illecitamente coltivava 36 piante di canapa indiana, che era stato ritenuto in continuazione con altri due reati (meno gravi) ed, in particolare, quello p. e p. dall'art. 697 c.p. e quello di cui agli artt. 337 e 582, 585 e 576 c.p.. Era stata, pertanto, applicata la pena di **anni due e mesi dieci di reclusione ed euro 12.200,00 di multa** (senza sospensione condizionale della pena), con la concessione delle attenuanti generiche e riconosciuta la continuazione tra i reati contestati, applicando una pena base pari al minimo edittale (all'epoca) previsto, ossia la pena di sei anni di reclusione ed € 27.000,00 di multa.

A seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale (n. 32/2014) la pena detentiva applicabile per il fatto contestato al **XXX** sarebbe stata quella della reclusione da 2 a 6 anni e della

multa da € 5.164,00 ad € 77.468,00 anziché quella della reclusione da 6 a 20 anni (oltre multa) che, in concreto, è stata tenuta in considerazione dal Giudice di cognizione (e dalle parti che avevano proposto l'accordo poi avallato in sentenza) nel momento in cui ha giudicato l'imputato recependo l'accordo sulla pena intercorso con la pubblica accusa.

Preliminarmente va approfondito il tema relativo ai poteri del Giudice della esecuzione a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'arco edittale della pena che sia intervenuta successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

La dichiarazione di incostituzionalità delle norme innanzi citate in materia di sostanza stupefacenti, avendo una forza invalidante *ex tunc*, come chiarito dall'art. 30 legge 11 marzo 1953 n. 87, va ad incidere evidentemente sulla esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al condannato.

L'art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953, infatti, dispone che, quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali. Ne consegue che, nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale, la tutela della libertà personale si unisce alla forza espansiva della dichiarazione di incostituzionalità e travolge anche il giudicato, con effetti diretti sull'esecuzione, ancora in atto, della condanna irrevocabile.

In ordine ai poteri di rideterminazione della pena ad opera del Giudice dell'esecuzione, deve ritenersi poi che quest'ultimo sia vincolato al rispetto delle valutazioni di merito espresse nella sentenza di cognizione, non potendo il giudice - pena la violazione del limite della intangibilità del giudicato - rivalutare non solo l'esito della sentenza relativo alla responsabilità dell'imputato, ma anche (ad esempio) l'eventuale riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche o il giudizio di comparazione tra le circostanze stesse ed, in genere, tutto l'argomentare e le valutazioni già compiute (esplicitamente e/o implicitamente) dal giudice in sede di cognizione.

Assolutamente vincolato alle valutazioni *quoad poenam* fatte nella sentenza passata in giudicato deve ritenersi, a maggior ragione, il giudice dell'esecuzione nel caso di giudizio di rideterminazione relativamente ad una sentenza di applicazione della pena, avendo in tale sentenza il giudice della cognizione unicamente recepito un accordo formatosi tra le parti, non residuando in capo al giudicante alcun margine di valutazione discrezionale (valutazione ormai consumata, nei suoi già stretti confini tra l'accoglimento ed il rigetto della richiesta di applicazione pena, dal giudice della cognizione).

Tanto premesso, deve ritenersi pertanto che al Giudice dell'esecuzione sia attribuito unicamente il potere/dovere di rideterminare la pena inflitta, attraverso un percorso meramente

aritmetico (basato sostanzialmente nell'operare un calcolo proporzionale che individui la pena oggi costituzionalmente corretta, sulla base dei limiti minimi e massimi edittali previsti dalla fattispecie astratta nella sua formulazione precedente alla modifica dichiarata incostituzionale, applicando una pena che corrisponda – in proporzione – all'entità di pena applicata in sentenza commisurata all'epoca in rapporto tra i minimi ed i massimi edittali), non residuando in capo allo stesso se non ristrettissimi limiti di discrezionalità (eventualmente esercitabili con riferimento a decisioni in ipotesi impedita dai precedenti margini edittali, come ad esempio in materia di sospensione condizionale della pena), avendo già il giudice del merito esplicitamente o implicitamente consumato quelli propri della fase del giudizio nella particolare funzione di commisurazione della pena adeguata al caso concreto, in applicazione degli artt. 132 e 133 c.p..

Sul punto va sottolineato infatti che, nell'ipotesi di specie, la pena applicata deve considerarsi “*illegale*” in quanto la stessa è stata irrogata (sia pure in conformità alla richiesta pattizia delle parti) in applicazione di limiti edittali travolti con effetto *ex tunc* dalla pronuncia di illegittimità costituzionale.

Come detto il giudice dell'esecuzione avrà il compito di effettuare pertanto unicamente un adeguamento matematico riducendo proporzionalmente le pene applicate fino a ricomprenderle nei limiti “legali”, ferma la valutazione di congruità – tra il minimo ed il massimo -, esplicitamente o implicitamente operata dal giudice della cognizione, dalla quale non potrà discostarsi, travolgendo in caso contrario il giudicato, ben oltre lo stretto necessario per ricondurre a legalità la pena applicata.

Né può obiettarsi che al giudice dell'esecuzione non sarebbe precluso il discostarsi dalle eventuali valutazioni effettuate dal giudice della cognizione in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio (ad esempio in applicazione dei limiti minimi edittali) – sulla base della petizione di principio in base alla quale una volta innescato il meccanismo di rideterminazione della pena riviverebbe il potere discrezionale di commisurazione della sanzione tipico del giudizio di merito nella sua interezza -, in quanto le valutazioni che sono state operate dal giudice della cognizione in relazione ad uno spazio edittale non più esistente – fatta salva la concreta determinazione del *quantum* di pena, resa necessitata dall'esito del giudizio di incostituzionalità della norma che la aveva condizionata – restano intangibili, essendo parte integrante ed indeformabile del giudicato, non spettando al giudice (ma al legislatore) l'astratto giudizio sulla adeguatezza dei limiti minimi e massimi delle pene previste per le singole fattispecie di reato, spettando invece al giudicante il concreto giudizio (che può compiere solo e soltanto il giudice della cognizione) in ordine alla pena da applicarsi al caso concreto (oggettivamente e soggettivamente

caratterizzato) che non può che effettuarsi tra un minimo ed un massimo “dati”, la cui modifica *in melius* per l'imputato (come nel caso in esame) non può certo legittimare una riapertura della fase di merito ormai preclusa dal giudicato calato sulla decisione.

D'altro canto che la tesi interpretativa proposta in questa sede sia l'unica possibile per far fronte alla necessità (ormai peraltro avallata dall'autorevole ed insuperabile giudizio della Suprema Corte a SS.UU. del 29 maggio 2014, della quale ancora si attende il deposito delle motivazioni) di evitare che venga eseguita o che produca conseguenze afflittive per l'imputato condannato una sentenza pronunciata sulla base di una norma (anche diversa da quella prettamente di natura incriminatrice) che ha concorso a determinare il *quantum* di sanzione irrogata che sia stata travolta da una dichiarazione di illegittimità costituzionale, viene dimostrato proprio dal caso della rideterminazione in fase esecutiva di una pena applicata in accoglimento di un accordo intervenuto tra le parti. In questo caso, infatti, ferma restando la assoluta e non discrezionalmente eludibile necessità di rideterminare la pena irrogata sulla base di norma dichiarata incostituzionale, il giudice non potrebbe operare alcun aggiustamento “discrezionale”, nemmeno mutuando tale potere dal giudice del merito, non avendone avuto (in materia di pena) neppure quest'ultimo. In assenza di un nuovo accordo tra le parti – che nel caso all'esame di questo giudice è peraltro intervenuto – vi sarebbe quindi una insuperabile impasse, evidentemente incompatibile con la necessità di ricondurre la pena nei margini della legalità costituzionale.

Il riferimento, inoltre, alle ipotesi nelle quali al giudice dell'esecuzione siano “eccezionalmente” consentiti margini di discrezionalità normalmente propri della funzione del giudizio di cognizione (come nel caso della applicazione della continuazione *in executivis*, nella quale peraltro almeno una delle sentenze – quella applicativa della pena più grave – viene totalmente salvaguardata e su questa si calcolano gli aumenti di pena in forma discrezionale, o nel caso, sempre in ipotesi di applicazione della disciplina della continuazione, del giudizio sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena), sostenute per legittimare la tesi che vorrebbe attribuire al giudice dell'esecuzione tutti i poteri di valutazione tipici del giudizio di cognizione in materia di determinazione della pena, appaiono del tutto fuorvianti in quanto si tratta di ipotesi nelle quali, a ben vedere, il giudicato (almeno uno tra le varie sentenze portate in continuazione) è assolutamente salvo e gli eventuali benefici concessi o negati sono solo conseguenza indiretta e necessitata del nuovo computo della pena. Si tratta comunque di ipotesi esplicitamente previste dalla legge che consentono di “attingere” il giudicato solo in quei ristretti limiti. Norme eccezionali, quindi, e come tali di stretta interpretazione, perché capaci – ove

interpretate estensivamente – di travolgere il giudicato, che rimane pur sempre il (sia pure ormai sempre più teorico) confine di invalicabilità.

Neppure di particolare rilievo appare l'argomentazione proposta per sostenere la validità della tesi interpretativa contraria a quella in questa sede sostenuta, del "pericolo" di ingiustificate disparità di trattamento tra condannati in epoca diversa che discenderebbe dall'applicazione del c.d. criterio della rideterminazione "proporzionale". Tale "pericolo" invero è connaturato all'esercizio della funzione giurisdizionale e consegue al normale esercizio della giurisdizione (diverse essendo le "sensibilità" dei diversi magistrati), soprattutto poi in fasi storiche coincidenti – come quella attuale – con profonde e sostanziali modifiche (in qualsiasi forma determinatesi) dei livelli sanzionatori previsti per singole fattispecie di reato. Disparità di trattamento ingiustificabili si verificherebbero, invece, solo ove non si operassero le necessarie rideterminazioni proporzionali e si continuasse ad esercitare un potere "discrezionale" anche in fase esecutiva che sostanzialmente finirebbe per rendere del tutto imprevedibile (ed in gran parte arbitrario) il criterio di rideterminazione, che per un giudice potrebbe essere quello di ricondurre unicamente la pena da eseguirsi nel limite massimo edittale previsto dalla "nuova" norma, per un altro quello di rideterminare a sua esclusiva ed ampia discrezione la pena e per un altro ancora quello di operare in maniera matematica e proporzionale. Disparità di trattamento queste assai più odiose ed incomprensibili (perché tutte attinenti ad una medesima fase) di quelle che potrebbero determinarsi tra livelli sanzionatori sostanzialmente riferibili a decisioni assunte in fasi diverse e conseguenti a declaratoria di incostituzionalità imprevedibile all'epoca del giudizio di merito.

In sostanza se è vero che il Giudice in sede di commisurazione della pena deve tenere conto dei limiti minimi e massimi edittali previsti dal legislatore, operando una valutazione di congruità e di adeguatezza del trattamento sanzionatorio (che discendono anche dalla diretta applicazione dell'art. 27 comma 2 Cost.) che tenga conto anche della entità e della "severità" della pena effettivamente irrogata al condannato, è altresì vero – ed insuperabile, ad avviso di questo giudice – che tali poteri competono esclusivamente al giudice della cognizione e si consumano in tale fase con le valutazioni che il giudice compie (esplicitamente o implicitamente) scegliendo, nell'esercizio di quei poteri, di commisurare la pena in concreto da irrogare in misura più o meno vicina o lontana dai minimi e/o dai massimi, qualunque essi siano, essendo di esclusiva spettanza del legislatore (e non del giudice) individuare il *range* edittale di pena nell'ambito del quale il giudice deve poi individuare in concreto la pena da irrogare. Ne consegue che, compiuta tale valutazione da parte del giudice della cognizione, che per ipotesi abbia applicato il minimo edittale della norma giudicata incostituzionale (partendo da una pena di sei anni di reclusione + multa) non può non ritenersi non

vincolante per il giudice dell'esecuzione tale giudizio (ossia la scelta di rapportare il calcolo della pena facendo riferimento al minimo edittale, valutato in concreto pena equa per quel caso), essendo ormai tale valutazione coperta dal giudicato.

Neppure convincente appare, infine, la considerazione per la quale applicando il minimo edittale (anni due di reclusione + multa) oggi previsto per il reato in oggetto tutte le volte in cui il giudice della cognizione abbia applicato il limite minimo all'epoca previsto, si verrebbe a produrre l'effetto che situazioni del tutto differenti in ordine alla effettiva gravità del reato vengano oggi giudicate con una pena identica, con evidenti ricadute in ordine alla valutazione del parametro costituzionale di riferimento di cui all'art. 3 Cost.. Se ciò, infatti, è indubbiamente vero non può di certo sottacersi che anche in passato è stata applicata la pena minima edittale per fatti anche molto diversi tra loro (ad esempio per la detenzione di gr. 200 di marijuana e per la detenzione di kg. 2 della stessa sostanza), trattandosi sempre di fatti per la cui obiettiva rilevanza – per la natura “leggera” della sostanza - e per la necessità di parametrare la pena rispetto a fatti di molto più eclatanti quanto a dato ponderale appariva eccessivamente severa una pena superiore a quella determinata sulla base di una pena superiore al minimo edittale. Pertanto, anche con riferimento a tale argomentazione, non pare che la stessa possa portare a far rivivere in sede di esecuzione quei margini di discrezionalità ormai esauriti con la fine del giudizio di cognizione.

Fatte queste premesse e passando all'analisi del caso concreto, tenuto conto peraltro della natura “pattizia” della pena applicata sulla base della norma poi dichiarata incostituzionale, non può farsi altro in questa sede che rideterminare la pena stessa riconducendola nei nuovi margini di legalità, applicando il calcolo proporzionale di cui si è detto che deve portare, in concreto, alla riformulazione del calcolo relativo alla pena (peraltro in conformità alla richiesta proposta dalla parte istante sulla quale è intervenuto anche il consenso del P.M. in udienza), nei termini seguenti:

p.b. anni 2 di reclusione ed € 6.000,00 di multa (invece degli anni sei di reclusione ed € 27.000,00 di multa, che come si vede era ancorata al minimo della pena detentiva ed ad una cifra “arrotondata” per mere finalità di calcolo di pena assolutamente prossima al minimo per la pena pecuniaria, circostanza che ricorre anche nella nuova determinazione della nuova pena pecuniaria base) – diminuzione ex art. 62 bis c.p. (già ritenute nella sentenza passata in giudicato) = anni uno e mesi quattro di reclusione ed € 24.000,00 di multa + aumento per la continuazione con il capo b) nella misura di mesi uno di reclusione ed € 100,00 di multa e col capo c) nella misura di mesi due di reclusione ed € 200,00 di multa = anni uno e mesi sette di reclusione ed € 4.300,00 di multa – diminuzione ex art. 444 c.p.p. = anni uno e gg. 20 di reclusione ed € 2.867,00 di multa.

Considerato che nella sentenza passata in giudicato il giudicante aveva espressamente evidenziato come, pur in presenza di uno stato di incensuratezza dell'imputato e dunque della plausibilità di un giudizio prognostico favorevole circa l'inverosimiglianza del rischio di recidiva, il superamento del limite di pena previsto dalla legge impediva la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, quest'ultima può essere invece oggi concessa, derivando tale conseguenza indirettamente dalla necessitata rideterminazione della pena e non richiedendo giudizi discrezionali preclusi dal giudicato.

P.Q.M.

Visti gli art. 673 c.p.p. e l'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87,

RIDETERMINA

la pena di anni **due e mesi dieci di reclusione e di 12.200,00 di multa** inflitta con sentenza n. 67/2014 emessa a seguito di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. dal Gip del Tribunale di Lecce in data 23.01.2014 (irr. 11.03.2014), nella pena di **anni uno e gg. 20 di reclusione ed euro 2.867,00 di multa e**

CONCEDE

all'imputato XXX la sospensione condizionale della pena, **ORDINANDO** la immediata cessazione della esecuzione della pena ove la stessa sia in esecuzione nei confronti di **XXX**, **DISPONENDONE** ove occorra l'immediata liberazione se non detenuto per altra causa

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di rito

Lecce, 17.06.2014.

Il Giudice dell'esecuzione

dott. Alcide Maritati