

TRIBUNALE DI VICENZA
Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari
n. 100/14 SIGE

Il Giudice dell'esecuzione ,

Provvedendo sull'istanza depositata in data 7.3.2014 nell'interesse di M. T. di rideterminazione della pena inflitta con la sentenza di questo ufficio n. 494/11 del 15.7.2011, confermata in appello con sentenza 5.3.2012, definitiva il 11.5.2012, e sentite le parti nell'udienza del 3.6.2014, osserva quanto segue

Con sentenza 12.2.2014 n. 32 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49. Tali norme avevano riformato l'art. 73 DPR 309/90 in materia di stupefacenti, prevedendo, tra l'altro, le medesime pene edittali per le condotte attinenti alle droghe cosiddette "leggere" e "pesanti". In tal modo, rispetto alla normativa previgente, si è determinato un forte inasprimento del trattamento sanzionatorio delle condotte relative alle droghe leggere, per le quali si è passati da un minimo edittale di due anni di reclusione ad un minimo di sei anni di reclusione. La Corte Costituzionale ha rilevato che le modifiche dell'art. 73 operate con la legge 49/2006 sono frutto di un procedimento legislativo viziato e pertanto sono inidonee "ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa". Ne consegue che tutte le sentenze emesse in tale ambito hanno fatto applicazione di una norma penale invalida. Si pone il problema della sorte delle condanne emesse per condotte commesse dal 2006 al 2014, ricadenti nella previsione dell'art. 73 DPR 309/90, e divenute definitive.

Secondo alcuni la cosa giudicata costituisce un limite per gli effetti della dichiarazioni di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice. L'art. 673 c.p.p. prevede infatti che la sentenza di condanna definitiva sia revocata dal giudice dell'esecuzione quando la norma incriminatrice viene abrogata o dichiarata incostituzionale. Solo in tale ipotesi, si sostiene, il giudicato sarebbe travolto dagli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, mentre negli altri casi - ovvero in tutti i casi in cui oggetto della declaratoria di incostituzionalità è una norma che attiene al reato o al suo trattamento sanzionatorio, ma non definisce quale sia la condotta che costituisce reato - resterebbe intatto il limite dell'irrevocabilità della sentenza. Non vi è infatti, tra le norme che regolano i poteri del giudice dell'esecuzione, una specifica previsione per questo tipo di situazioni.

L'art. 136 della Costituzione prevede che le norme riconosciute illegittime dalla Corte Costituzionale cessino di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza e nulla dispone circa le situazioni definite. La legge 11.3.1953 n. 87 sul funzionamento della Corte Costituzionale prevede all'art. 30 che "Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali". Tale disposizione, differentemente dall'art. 673 c.p.p., non specifica il riferimento alla "norma incriminatrice", e tuttavia la previsione, quale unico effetto del fenomeno considerato, della cessazione dell'esecuzione della condanna, senza la possibilità di una rideterminazione della pena, porta a ritenere che la disposizione si riferisca

comunque alla sola ipotesi di incostituzionalità della norma incriminatrice. In ogni modo, secondo i sostenitori della intangibilità del giudicato, l'approvazione del nuovo codice di procedura penale - con la previsione specifica dell'art. 673 c.p.p., inequivocabilmente limitata al solo caso della caducazione della norma incriminatrice - avrebbe determinato l'abrogazione implicita dell'art. 30 comma 4 della legge 87/53 (così Cass. 27640/12, rv. 253383, Hamrouni).

Il Pubblico Ministero, nella memoria depositata, sposa queste tesi e contesta che il giudice dell'esecuzione disponga dei poteri che viene sollecitato ad esercitare.

Gli effetti della riforma di una norma penale sulle condanne definitive sono disciplinati dall'art. 2 c.p., il quale prevede la flessione del giudicato per il caso di abrogazione della norma incriminatrice e invece lo fa salvo quando la riforma riguardi norme penali diverse. Anche la Corte EDU - nel riconoscere che l'art. 7 della CEDU include il principio secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato - non prevede la flessione del giudicato a fronte di una riforma della legge penale che la renda meno severa. L'art. 2 c.p. però non si applica all'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità. L'aver l'art. 673 c.p.p. equiparato ai fini degli effetti sul giudicato la fattispecie della dichiarazione di incostituzionalità di una norma a quella della sua abrogazione, prevedendo che in entrambi i casi il venir meno della norma incriminatrice travolge il giudicato, non deve indurre a confondere le due situazioni, che appaiono invero molto diverse. La norma abrogata dopo la pronuncia della sentenza era valida nel momento in cui è stata applicata, mentre nel caso della sentenza della Corte Costituzionale viene rilevato che la norma era invalida, perché configgente con norme di rango superiore, (di regola) fin dal momento della sua approvazione, e quindi anche nel momento in cui è stata applicata. La cosa appare ancora più evidente ove, come nella situazione in esame, il vizio costituzionale attiene al procedimento formativo della legge. In tali casi, scrive la Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/14, le Camere hanno agito in una situazione di "carenza di potere" (nel caso della legge 49/06 per avere applicato la procedura "funzionalizzata e specializzata" prevista per la conversione dei decreti legge a scopi diversi ed ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo). Se i due fenomeni sono così profondamente diversi, appare impraticabile l'ipotesi, pure avanzata da una parte della dottrina, di estendere ai casi di declaratoria di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p. sulla retroattività della *lex mitior* e soprattutto sui limiti di questa retroattività.

Ritiene questo giudice che sia il principio costituzionale della legalità della pena ad imporre di far prevalere sul principio dell'intangibilità del giudicato quello per cui gli effetti dell'applicazione di una norma penale di sfavore invalida devono essere rimossi. Affermare, come fa l'art. 25 della Costituzione, che nessuno può essere punito se non in forza di una legge antecedente al fatto, equivale a dire che la punizione deve sempre fondarsi su una legge validamente introdotta nell'ordinamento giuridico prima del fatto. Non è compatibile con il principio fondamentale "Nulla poena sine lege" la pretesa di fare salva l'esecuzione di un condanna emessa anche in applicazione di una norma incostituzionale, solo perché l'accertamento

dell'incostituzionalità è avvenuto dopo che la condanna è passata in giudicato, perché ciò consentire la punizione senza (una valida) legge.

L'intangibilità del giudicato d'altronde non è assoluta. L'ordinamento conosce casi di flessione del giudicato di fronte all'esigenza di bilanciare il principio dell'irrevocabilità delle sentenze definitive con altri fondamentali principi dell'ordinamento. Oltre ai già citati articoli 673 c.p.p., 30 legge 87/53 e 2 c.p., possono ricordarsi gli articoli 669, 670 comma terzo, 671 e 672 c.p.p.

Con le più recenti pronunce le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che non può essere data esecuzione ad una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, costituzionalmente illegittima. La sentenza n. 18821/13 rv. 258649 Ercolano, occupandosi dell'ipotesi in cui la Corte EDU abbia rilevato il contrasto di una norma nazionale in materia penale con uno dei principi statuiti dalla CEDU, ha ritenuto che "Il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di rideterminare la pena dell'ergastolo inflitta con sentenza irrevocabile in applicazione dell'art. 7, comma primo, D.L. n. 341 del 2000, dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 7, par. 1, della Convenzione Edu, laddove riconosce il diritto dell'imputato a beneficiare del trattamento 'intermedio' più favorevole, può incidere sul giudicato, e sostituire la sanzione irrogata con quella costituzionalmente e convenzionalmente legittima di anni trenta di reclusione, prevista dall'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999". Per giungere a questa conclusione le SSUU hanno considerato che "la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dall'art. 117 comma primo Cost.". In tal senso si impone un bilanciamento tra i principi della stabilità del giudicato e dell'inviolabilità della libertà personale, dove il secondo non può che prevalere.

La medesima pronuncia ha affrontato anche il tema dell'individuazione dello strumento processuale atto a porre in esecuzione i principi suddetti. E' vero che il codice di rito non prevede procedimenti specifici per la rideterminazione della pena a seguito della dichiarazioni di incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice, ma è anche vero che i poteri del giudice dell'esecuzione non si esauriscono in quelli per i quali sono predisposti istituti processuali tipici e testuali: "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 a legge del fenomeno esecutivo." Il fatto che l'art. 673 c.p.p. sia limitato al caso della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice non comporta come conseguenza l'impossibilità di riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di intervenire anche ove la declaratoria riguardi norme penali di altro genere. Né può affermarsi che una norma processuale prevista per uno specifico caso come l'art. 673 c.p.p. abbia avuto l'effetto di abrogare implicitamente una norma sostanziale e di applicazione generale come l'art. 30 della legge 87/53.

Esiste d'altronde nell'ordinamento almeno un'ipotesi in cui sicuramente il giudicato deve essere superato a seguito della modifica del trattamento sanzionatorio e tuttavia non è previsto uno specifico e "dedicato" strumento processuale: l'art. 2 comma 3 c.p., introdotto dalla legge 85/2006, relativo al caso in cui la legge posteriore preveda per un reato la sola pena pecuniaria e, sulla base della legge precedente, sia stata inflitta una condanna definitiva a pena detentiva, con conseguente obbligo del giudice dell'esecuzione di convertire in pecuniaria la pena detentiva.

Pertanto l'incidente d'esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p. appare l'unico strumento a potere essere attivato per porre rimedio alla particolare situazione, come quella in esame, in cui una condanna sia stata inflitta sulla base di norme che hanno elevato i limiti edittali di pena previsti per una fattispecie di reato e che dopo il giudicato sono state accertate come contrarie alla Costituzione.

Ancora più recentemente le Sezioni Unite hanno stabilito che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato (Sezioni Unite 29.5.2014, Gatto, la motivazione non è ancora stata depositata). La Corte si occupava in tal caso delle conseguenze sulle condanne definitive della dichiarazione di incostituzionalità della norma che vincolava il giudice nella comparazione tra la recidiva reiterata e l'attenuante di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90: anche in tale ipotesi la norma non aveva natura di norma incriminatrice, ma aveva un effetto determinante sul trattamento sanzionatorio.

Va precisato che gli unici profili per i quali la caducazione degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del decreto legge 272/05 pone l'esigenza di rivedere il giudicato sono quelli attinenti alla quantificazione della pena. Infatti le condotte di acquisto, detenzione e cessione illecita di stupefacente per i quali è stata pronunciata la condanna costituivano reato anche ai sensi della normativa in vigore prima della legge 49/06, normativa che è tornata ad essere applicabile dopo l'intervento della Corte Costituzionale. Come detto, però, la legge 49/06 ha reso molto più severe le pene per le condotte attinenti le sostanze che, nel quadro della legge previgente (e anche oggi), rientrano nelle tabelle II e IV, trasformando quella che era la pena detentiva massima per l'ipotesi di reato senza attenuanti, pari a sei anni di reclusione, nella pena minima. Per quanto detto si impone la ridefinizione della pena sulla base dei limiti di legge che la normativa precedente al 2006 prevedeva per le condotte relative alle droghe leggere, in particolare hashish e marijuana.

Il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena, non può sostituire le proprie valutazioni a quelle operate dal giudice della cognizione circa la sussistenza dei reati, l'applicazione della disciplina del concorso tra reati, la concessione o meno delle circostanze ed il loro bilanciamento. Tuttavia la rideterminazione della pena non può esaurirsi in una trasposizione "matematica" dei calcoli riportati in sentenza nel quadro dei nuovi limiti edittali. In particolare il fatto che il giudice della cognizione abbia considerato adeguato il minimo edittale previsto dalla legge 49/06 non comporta che necessariamente si debba oggi considerare il minimo edittale di cui alla legge previgente, perché queste valutazioni ex art. 133 c.p. sono grandemente condizionate dalla necessità di adeguare al caso concreto (ed in particolare alla tipologia dello stupefacente) la pena inflitta. Lo stesso dicasi per l'estensione delle diminuzioni e

degli aumenti di pena legati all'applicazione delle circostanze e dell'art. 81 c.p. Il quadro delle pene edittali oggi in vigore, con la ripristinata distinzione tra i tipi di stupefacente, offre al giudice la possibilità di utilizzare tutto lo spettro legalmente possibile nella dosimetria sanzionatoria, senza la necessità di "schiacciare" le proprie valutazioni sul minimo edittale come avveniva nel vigore di una norma particolarmente severa per le droghe "leggere".

Venendo al caso concreto, il condannato ha riportato in giudizio abbreviato una condanna alla pena di anni 2, mesi 5, giorni 10 ed € 19.110,00 di multa, oltre alle spese processuali e di mantenimento in carcere. Egli è stato riconosciuto colpevole per 30 capi di imputazione lui contestati dal capo a.1 al capo a.30, tutti relativi all'hashish ed uniti tra loro dal vincolo della continuazione, più grave il capo a.5; gli sono state concesse l'attenuante di cui all'art. 73 comma 7 DPR n. 309/90 e le circostanze attenuanti generiche.

Nel dettaglio il giudice della cognizione ha così stabilito:

pena base per il capo a.5: anni 7 e mesi 6 di reclusione ed € 45.000,00 di multa;
ridotta ex art. 73 comma 7 DPR n. 309/90 ad anni 2 e mesi 6 di reclusione ed e 15.000,00 di multa;

ridotta ex art. 62 bis c.p. a: anni 1 e mesi 8 di reclusione ed € 10.000,00 di multa;
aumentata per la continuazione con tutti gli altri capi ad: anni 3 e mesi 8 di reclusione ed € 28.666,00 di multa;

ridotta per il rito a: anni 2, mesi 5 e giorni 10 di reclusione ed € 19.110,00 di multa.

Considerate le pene previste per acquisto/detenzione/cessione illeciti di hashish dall'art. 73 comma 4 DPR n. 309/90, nel testo precedente alle modifiche introdotte con la legge 49/06 e ripristinato a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, la pena può essere così rideterminata:

pena base per il capo a.5: anni 4 e mesi 6 di reclusione ed € 12.000,00 di multa;
ridotta ex art. 73 comma 7 DPR n. 309/90 ad anni 1 e mesi 6 di reclusione ed e 4.000,00 di multa;

ridotta ex art. 62 bis c.p. a: anni 1 di reclusione ed € 10.000,00 di multa;

aumentata per la continuazione con tutti gli altri 29 capi complessivamente ad: anni 2 e mesi 10 di reclusione ed € 4.800,00 di multa;

ridotta per il rito a: anni 1, mesi 10 e giorni 20 di reclusione ed € 3.200,00 di multa.

Visto il numero dei reati commessi non può essere concessa all'imputato la sospensione condizionale della pena.

E' in atti un ordine di esecuzione del Pubblico Ministero emesso il 5.9.2013 che dovrà essere rivisto all'esito del presente provvedimento.

P.Q.M.

Il giudice dell'esecuzione,

richiamata la sentenza di questo ufficio n. 494/11 del 15.7.2011, confermata in appello con sentenza 5.3.2012, definitiva il 11.5.2012, con la quale è stata inflitta a M. T., attualmente detenuto presso la Casa circondariale di Vicenza, la pena di anni 2, mesi 5, giorni 10 ed € 19.110,00 di multa, oltre alle spese processuali e di mantenimento in carcere;

vista la sentenza 12.2.2014 n. 32 della Corte Costituzionale, e ritenuto di dovere rideterminare la pena in relazione agli effetti della citata pronuncia sul testo dell'art. 73 DPR n. 309/90,

ridetermina la pena inflitta a M. T. con la citata sentenza n. 494/11 in anni 1, mesi 10 e giorni 20 di reclusione ed € 3.200,00 di multa, oltre alle spese processuali e di mantenimento in carcere, fermo il resto;

dispone la trasmissione del presente provvedimento al Pubblico Ministero affinché ridefinisca la scadenza della pena, evidenziando l'urgenza per la possibilità che debba disporsi la scarcerazione del condannato.

Si comunichi

Vicenza, 11.6.2014

Il giudice dell'esecuzione
dr. Dario Morsiani