



## TRIBUNALE di AVELLINO

*Sezione dei giudici per le indagini preliminari*

**ORDINANZA DI RIGETTO DI RICHIESTA DI  
DECLARATORIA DI INESEGUIBILITA' PARZIALE  
DELLA PENA**

*(artt. 666-670c.p.p.)*

**Il Giudice per le indagini preliminari dott. Giuseppe Riccardi**

- in funzione di giudice dell'esecuzione -

letti gli atti del procedimento di esecuzione n. 61/2014, nei confronti di **XXX**, nato a \*(LT) il \*\*;

letta l'istanza presentata nell'interesse del condannato, diretta ad ottenere la rideterminazione *in executivis* della pena irrogata con sentenza emessa *ex art.* 438 c.p.p. dal Tribunale di Avellino in data 21.12.2011 (irrevocabile in data 21.6.2013), per il reato di **illecita detenzione di sostanze stupefacenti** (art. 73 DPR 309/90); all'esito dell'udienza camerale del 15.7.2014;

ha pronunciato la seguente

### ORDINANZA

Con sentenza emessa il 21.12.2011 all'esito di giudizio abbreviato, **XXX** veniva condannato alla pena di 4 anni di reclusione ed € 18.000,00 di multa per il reato di detenzione illecita di circa 2 kg. di *haschisc*.

In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale, 25 febbraio 2014 n. 32, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme (artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del D.L. 272/2005) che avevano introdotto un unico trattamento sanzionatorio per le droghe c.d. 'leggere' e per quelle 'pesanti', il difensore del condannato ha chiesto la rideterminazione della pena, sulla base dei limiti edittali (inferiori) ripristinati dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Al riguardo, va preliminarmente evidenziato che la commisurazione della pena in concreto irrogata era stata dal Giudice articolata secondo il seguente calcolo: pena base pari a 6 anni di reclusione ed € 27.000,00 di multa, ridotta, per la diminuzione del rito, ad anni 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa.

La richiesta oggetto del presente procedimento di esecuzione presenta innegabili profili interpretativi di rilievo nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Invero, sulla premessa pacifica che la declaratoria di incostituzionalità del trattamento sanzionatorio ha determinato la 'reviviscenza' della normativa precedente alla L. 49/2006, e dunque una articolazione sanzionatoria differente a seconda della natura -c.d. 'leggera' o 'pesante'- delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa, il primo problema interpretativo riguarda l'efficacia delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una norma che incide non già sulla fattispecie incriminatrice (ipotesi disciplinata dall'art. 673 c.p.p.), bensì sul trattamento sanzionatorio, nei casi di irrevocabilità della sentenza.

L'orientamento tradizionale, in passato prevalente, era infatti attestato sulla soluzione negativa al riconoscimento di un potere di rideterminazione della pena *in executivis*: la pena inflitta con condanna irrevocabile resta insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali (art. 2 comma 4 c.p.); con la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna si esaurisce la fase di *applicazione* della norma penale che incide sul trattamento sanzionatorio, e l'*esecuzione* della pena rinviene il proprio titolo esclusivamente nel provvedimento di irrogazione della sanzione; la cessazione degli effetti penali della condanna può dunque conseguire soltanto alle ipotesi di *abolitio criminis* o dichiarazione di illegittimità della *norma incriminatrice* (art. 673 c.p.p.) (in tal senso, da ultimo, Cass.pen., sez. I, 191.2012, n. 27640, Hamrouni, secondo cui "l'ultimo comma della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali", con la conseguenza che tale norma deve ritenersi implicitamente abrogata dalla successiva introduzione dell'art. 673 c.p.p.; nel solco del medesimo orientamento, affermativo dell'efficacia preclusiva del giudicato, *ex multis*, Cass.pen., sez. VI, 25.1.1995 n. 3577, Neglia; Cass.pen., sez. V, 21.6.1985 n. 6676, Bossa).

Un secondo, e più recente orientamento, che si sta ormai affermando nella giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, ritiene, al contrario, prevalente il valore della *legalità della pena* su quello dell'*intangibilità del giudicato*. Tale orientamento, sviluppatosi in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità (art. 61 comma 1 n. 11 *bis* c.p.), pronunciata con la sentenza n. 249 del 2010 della Corte Costituzionale, sostiene che gli artt. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, L. 87/1953 ostano all'esecuzione della porzione di

pena inflitta dal giudice della cognizione per effetto dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata illegittima; di conseguenza, spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare tale porzione di pena e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione, ove la sentenza del giudice di cognizione abbia omesso di indicarne specificamente la misura, ovvero abbia proceduto al bilanciamento delle circostanze (in tal senso, *ex multis*, Cass.pen., sez. II, 11.2.2011 n. 8720, Idriz; Cass.pen., sez. I, 27.10.2011 n. 977, Hauohu).

Analoghe affermazioni del principio della potestà di rideterminazione della pena *in executivis* si rinvencono, più recentemente:

- 1) nei casi della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p. (Corte Cost., 68/2012), per omessa previsione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità (Cass.pen., sez. I, 23.4.2013 n. 28468, Facchineri, che, tuttavia, ha in concreto escluso la rideterminazione, per la necessità di un esame discrezionale della vicenda, non consentito in sede di esecuzione);
- 2) nei casi della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69 comma 4 c.p. (Cass.pen., 20.11.2013 n. 4725 che ha devoluto alle Sezioni Unite la questione, poi risolta, con decisione del 29 maggio 2014, Gatto, della quale non sono state ancora depositate le motivazioni), relativamente al divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 (Corte Cost. 215/2012), del fatto di particolare tenuità nella ricettazione (Corte Cost. 105/2014) e dei casi di minore gravità nella violenza sessuale (Corte Cost. 106/2014);
- 3) infine, nei casi di illegittima applicazione della pena dell'ergastolo in luogo della pena di trenta anni di reclusione affermata dalla Corte di Strasburgo (Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), nella vicenda Scoppola e con riferimento ai c.d. "figli minori di Scoppola" (condannati alla pena dell'ergastolo sulla base di una normativa processuale applicata retroattivamente, e ritenuta convenzionalmente illegale dalla Corte EDU, che tuttavia non avevano tempestivamente proposto il ricorso alla Corte di Strasburgo in seguito all'irrevocabilità della sentenza).

È proprio con riferimento alla c.d. 'saga Scoppola', scandita da numerose e rilevanti pronunce della Corte EDU, della Corte Costituzionale (n. 210/2013), e delle Sezioni Unite della Cassazione (Sezioni Unite, ordinanza 19.4.2012 n. 34472, Ercolano; Sezioni Unite, 24.10.2013 n. 18821 (dep. 7.5.2014), Ercolano), che sono stati affermati principi importanti a proposito dei rapporti tra legalità della pena inflitta e intangibilità del giudicato.

Invero, sebbene la concreta rideterminazione della pena non costituisse un (ulteriore) problema, in quanto la pena 'legale' (30 anni di reclusione) era prevista dalla legge, non essendo necessaria una rivalutazione del giudice, il

profilo del rapporto tra irrogazione di una pena 'illegittima' e giudicato è stato impostato nei termini di una tendenziale 'flessibilizzazione' del giudicato.

Al riguardo, la **Corte Costituzionale**, con sentenza **n. 210 del 2013**, ha affermato che *"in base all'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."* (Corte Cost., sent. n. 210 del 2013, che, a proposito del procedimento per la rideterminazione della pena, ritiene che *"non è necessaria una riapertura del processo di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata dalla legge. Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (...)"*).

Con sentenza depositata il **7 maggio 2014**, le **Sezioni Unite** hanno aggiunto: *"vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. L'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente sub iudice e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale"; il rango primario della libertà personale, dunque, impone "un bilanciamento tra il valore costituzionale dell'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"; pertanto, "il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona", con la conseguenza che "il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato -sotto il profilo delle fonti- rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato"*.

Le Sezioni unite 'Ercolano', inoltre, non soltanto affermano l'infondatezza della tesi dell'implicita abrogazione dell'art. 30 comma 4 L. 87/53 ad opera dell'art. 673 c.p.p. (*"non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro (...) ad opera di una norma processuale (...) orientata a disciplinare, in sede esecutiva, la sola ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice"*), ma escludono che lo strumento processuale per la rideterminazione della pena possa essere rinvenuto nell'art. 673 c.p.p., del quale sarebbe richiesta una inammissibile applicazione analogica, individuandolo, al contrario, nell'art. 670 c.p.p., con una diretta applicazione dell'art. 30 L. 87/53.

Infine, sebbene non siano ancora state depositate le motivazioni, un rilievo indiscutibile assume in argomento la decisione presa da **Cass.pen., Sezioni Unite, 29 maggio 2014, Gatto**, che ha affermato 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 (nella specie, la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.).

Al riguardo, la giurisprudenza di merito finora pronunciata sul problema della rideterminabilità della pena in conseguenza della declaratoria di illegittimità pronunciata con la sentenza 32/2014 ha fornito soluzioni sostanzialmente conformi, almeno sul problema dell'ammissibilità della rideterminazione della pena *in executivis* (GIP Pisa, 15.4.2014, Giud. Bufardecì; GIP Trento, 18.4.2014, Giud. Ancona; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; GIP Vicenza, 11.6.2014, Giud. Morsiani; GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati; GIP Perugia, 11.6.2014, Giud. Semeraro; GIP Treviso, 18.6.2014, Giud. Vettoruzzo); pur ammettendo la potestà di rideterminazione, peraltro, in alcuni casi la giurisprudenza ha rigettato in concreto la richiesta del condannato, ritenendo non ricorrere, nella fattispecie, una pena illegale, in quanto rientrante anche nei limiti edittali attualmente vigenti (in tal senso, GIP Rovereto, 12.5.2014, Giud. Izzo; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies, in un ampio provvedimento che affronta diffusamente tutte le questioni che vengono in rilievo).

Nell'ambito di tale quadro normativo e giurisprudenziale, va dunque condivisa la soluzione che ammette la possibilità, in caso di pena divenuta 'illegale' in seguito a declaratoria di illegittimità costituzionale, di rideterminare la sanzione *in executivis*.

Invero, va innanzitutto evidenziato che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma ha efficacia *ex tunc* (art. 30 comma 3 L. 87/53); tuttavia, nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una "norma incriminatrice" (art. 673 c.p.p.), venendo in rilievo la sopravvenuta caducazione del reato, il giudice dell'esecuzione "revoca la sentenza di condanna (...) dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti"; l'effetto caducatorio, dunque, travolge il giudicato, analogamente a quanto avviene nel caso di *abolitio criminis*; tant'è che la disciplina è contenuta nella medesima norma processuale di cui all'art. 673 c.p.p. .

Il problema determinato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle pene previste dalla legge 49/2006 è parzialmente differente, atteso che la caducazione non ha coinvolto la "norma incriminatrice", il titolo di reato, bensì il solo trattamento sanzionatorio.

Al riguardo, non prevedendo l'art. 673 c.p.p. tale ipotesi di caducazione limitata al trattamento sanzionatorio, si è in passato argomentato, dal tenore dell'art. 30

comma 4 L. 87/53, che la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna conseguisse soltanto alla dichiarazione di illegittimità della *norma incriminatrice*, stante il riferimento alla "*norma*" in applicazione della quale è stata pronunciata sentenza di condanna.

L'ipotesi di una dichiarazione di illegittimità incidente sul solo profilo del trattamento sanzionatorio veniva trattato alla stregua di una successione di leggi nel tempo (art. 2 comma 4 c.p.), nel senso dell'invalidità del giudicato.

Tuttavia, va preliminarmente rilevata la differenza tra abrogazione di una norma, comunque fino a quel momento valida ed efficace -con conseguente fenomeno di successione di norme-, e dichiarazione di illegittimità costituzionale, che caduca la norma *ex tunc*, impedendo qualsiasi fenomeno di successione.

Tale differente ambito di operatività e di effetti tra i due fenomeni, pacifica anche nella giurisprudenza costituzionale, impedisce un'applicazione analogica o estensiva dell'art. 2 comma 4 c.p. all'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di una norma che sancisce il mero trattamento sanzionatorio, per la mancanza, innanzitutto della *eadem ratio*.

In effetti, tale ipotesi è sussumibile nella previsione di cui all'**art. 30 comma 4 L. 87/53**, che, in deroga alla disciplina che regola il simile (ma differente) fenomeno della successione di leggi nel tempo, e con previsione sostanziale più ampia rispetto alla disciplina processuale di cui all'art. 673 c.p.p., prevede che "*quando in applicazione della **norma** dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*".

È, dunque, in applicazione diretta di tale previsione -che fa riferimento alla "*norma*" dichiarata incostituzionale, e non alla "*norma incriminatrice*", come nell'art. 673 c.p.p.- che è possibile 'rideterminare' la pena dichiarata 'illegale', nonostante il giudicato: in tal senso, si è espressa di recente, come già osservato, la Cassazione a Sezioni Unite, che ha affermato la possibilità di rideterminare la pena anche nel caso in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale concerna *una norma penale diversa dalla norma incriminatrice*, che incide sul trattamento sanzionatorio (S.U., 29.5.2014, Gatta).

Una interpretazione non soltanto consentita dalla lettera della legge, ma che rinviene il proprio fondamento in una lettura costituzionalmente e 'convenzionalmente' conforme (Corte Cost. 348 e 349 del 2007): la tutela costituzionale e convenzionale della libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU), il principio di legalità delle pene (art. 25 Cost. e art. 7 CEDU), la finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.), che distende la propria *vis* normativa ed interpretativa dalla fase della previsione della norma, a quella della concreta irrogazione, alla fase dell'esecuzione (Corte Cost. n. 313 del 1990), ed infine il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), consentono (o impongono) al giudice -che è anche giudice europeo- una interpretazione dell'art. 30 comma 4 L. 87/53 che preveda la permeabilità del giudicato nel caso di norma

‘sanzionatoria’ giudicata (costituzionalmente o, come nella vicenda Scoppola, convenzionalmente) ‘illegale’.

Del resto, la tesi tradizionale che oppone l’intangibilità del giudicato a qualsivoglia modifica del trattamento sanzionatorio rischia di divenire sempre più un principio totemico, oggetto di mitizzazione e culto, l’invocazione del quale è funzionale ad un tabuistico senso di protezione dalle continue ed imprevedibili erosioni del giudicato provenienti, sempre più, dal sistema ‘reticolare’, e non più piramidale, di fonti nazionali e sovranazionali.

In realtà, la ‘flessibilizzazione’ del giudicato è un fenomeno ormai consolidato nel nostro ordinamento, ove si pensi alla possibilità di rideterminazione della pena in caso di riconoscimento della continuazione o del concorso formale tra reati (art. 671 c.p.p.), ovvero alla sempre più ampia divaricazione tra pena irrogata nella fase di cognizione e pena eseguita nella fase di esecuzione, con l’applicazione delle misure alternative previste dalla legge.

È probabilmente lo stesso concetto di giudicato penale ad avere assunto una impropria dimensione assoluta: nella Costituzione l’unico riferimento espresso al giudicato è contenuto nell’art. 27 comma 2, che collega il superamento della presunzione di innocenza alla “*condanna definitiva*”; l’art. 649 c.p.p., invece, fa discendere dalla irrevocabilità della decisione penale il divieto del *bis in idem*.

Dalle norme costituzionali e processuali che evocano il giudicato penale emerge, dunque, una dimensione essenzialmente di garanzia per il reo, che ha diritto a non essere ritenuto giuridicamente ‘colpevole’ prima della sentenza definitiva di condanna, e, dopo di essa, a non essere giudicato nuovamente per il medesimo fatto.

Tuttavia, dallo stesso contenuto delle norme richiamate, nonché dalla ‘flessibilizzazione’ del giudicato registrata nella fase esecutiva (continuazione, misure alternative, ecc.), sembra emergere una **duplice dimensione del giudicato penale**: una dimensione relativa all’*accertamento del fatto*, realmente intangibile, non essendo consentita una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); ed una differente dimensione relativa alla *determinazione della pena*, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle ‘sollecitazioni’ provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata* (per simili considerazioni, cfr. anche GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies).

In altri termini, se il *giudicato sull’accertamento* è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, ed essendo a garanzia del reo, il *giudicato sulla pena* è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purchè *in bonam partem*, esprimendo un interesse *collettivo* (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione

*individuale*, sono prevalenti rispetto alla dimensione *collettiva* sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, va affermata la possibilità di procedere ad una rideterminazione della pena *in executivis* anche allorché la dichiarazione di incostituzionalità concerna una norma penale diversa da quella incriminatrice; riprendendo una classica distinzione di teoria generale, si tratta dell'ipotesi in cui la caducazione non concerne il precetto, ma la sola misura della sanzione.

Tuttavia, nella fattispecie, residuano altri due problemi interpretativi: in primo luogo, vanno individuati i poteri di rideterminazione del giudice dell'esecuzione, astrattamente delimitabili, da un lato, da una trasposizione aritmetica dei calcoli effettuati in sede di cognizione, e, dall'altro, da un potere di rivalutazione (non già della gravità del fatto e delle circostanze, bensì soltanto) della pena concreta da individuare nell'ambito della diversa forbice edittale; in secondo luogo, va individuato lo 'strumento' processuale per disporre la non esecuzione della porzione di pena illegale.

Ebbene, quanto al problema dei *criteri di rideterminazione della pena*, non appare meritevole di adesione l'orientamento che sostiene la necessità di una mera trasposizione aritmetica del calcolo effettuato in sede di cognizione; secondo tale tesi, invero, il Giudice dell'esecuzione avrebbe margini limitatissimi nella rideterminazione della pena, dovendo seguire un "*percorso meramente aritmetico*", basato su 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*" (GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati; in tal senso, anche GIP Mantova, 3.6.2014, Giud. Grimaldi).

Il criterio di rideterminazione della pena 'a rime obbligate', pur esprimendo una comprensibile esigenza di contenimento della discrezionalità giudiziaria, non è tuttavia condivisibile, né, del resto, è imposto da alcuna norma, che, anzi, in sede di esecuzione, consente al giudice margini di discrezionalità nella commisurazione della sanzione (ad es. in tema di riconoscimento della continuazione).

Inoltre, l'adozione del mero criterio matematico di riduzione (nella misura orientativa di 2/3 per la pena detentiva minima) non appare convincente, perché l'originaria valutazione di congruità della pena irrogata (nella commisurazione della sanzione effettuata in sede di giudizio di colpevolezza, ovvero nel giudizio di congruità rimesso al giudice in caso di 'patteggiamento') era strettamente connessa alla diversa forbice edittale, unica per tutti i tipi di sostanze stupefacenti; è acquisizione comune che, nella prassi, l'individuazione della pena



base per il calcolo della sanzione da irrogare sia avvenuta sempre in coincidenza (o in prossimità) della soglia minima edittale, allorquando la contestazione riguardava le c.d. 'droghe leggere'; un criterio automatico di riduzione proporzionale non potrebbe tener conto della concreta gravità dei fatti e della personalità del reo -come già valutati, in ordine all'*an*, dal giudice della cognizione-, ai fini della rideterminazione del *quantum* di corrispondente sanzione.

Del resto, come è stato condivisibilmente osservato, "*l'individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai operazione neutra, ma è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicchè la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge*" (GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies)

Anche sulla base della duplice dimensione del giudicato -sull'accertamento e sulla pena-, una volta riconosciuta la permeabilità del giudicato sulla pena alle 'vicende' del trattamento sanzionatorio, ne consegue il riconoscimento di un **autonomo potere discrezionale di determinazione della pena** in capo al giudice dell'esecuzione (per tale orientamento, GIP Pisa, 15.4.2014, Giud. Bufardeci; GIP Trento, 18.4.2014, Giud. Ancona; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; GIP Vicenza, 11.6.2014, Giud. Morsiani; GIP Lecce, 17.6.2014, Giud. Maritati; GIP Perugia, 11.6.2014, Giud. Semeraro; GIP Treviso, 18.6.2014, Giud. Vettoruzzo; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies); ferma restando l'intangibilità dell'accertamento di merito, e dunque il riconoscimento di aggravanti, attenuanti, benefici, eventuali prognosi positive o negative di recidiva.

L'ultimo profilo interpretativo da affrontare concerne lo **strumento processuale** da adottare per la 'rideterminazione' della pena eseguibile.

Questione non meramente speculativa, ma con significativi riflessi applicativi, da essa dipendendo, tra l'altro, il tenore dei provvedimenti, ed i poteri del giudice dell'esecuzione di riconoscere eventuali benefici (in tal senso, anche GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies).

Ebbene, un primo orientamento sostiene che lo strumento processuale per la rideterminazione sia costituito dall'art. 673 c.p.p. (in tal senso, GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies; GIP Lecce, 10.6.2014, Giud. Gallo; Tribunale Milano, Sez. XI, 26.1.2011, Giud. Corbetta, a proposito dell'aggravante della clandestinità); l'applicazione, 'estensiva' o 'analogica', della norma processuale, viene sostenuta sulla base della natura di norma non eccezionale, della lacuna normativa esistente nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di norma penale diversa da quella incriminatrice, e dell'*eadem ratio* rispetto all'incostituzionalità della 'norma incriminatrice'.

La conseguenza di tale opzione ermeneutica risiede essenzialmente nella possibilità di concedere, in sede di esecuzione, la sospensione condizionale della pena; potere previsto espressamente dal solo art. 671 c.p.p., e, implicitamente, dall'art. 673 c.p.p. ("*adotta i provvedimenti conseguenti*"), secondo l'interpretazione

patrocinata dalle Sezioni Unite (Cass.pen., Sezioni Unite, 20.12.2005 n. 4687, Catanzaro).

La giurisprudenza di legittimità, formatasi sia sull'aggravante della clandestinità che sulla 'saga Scoppola', ha escluso l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., per la ritenuta natura di norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica, e sostenendo che il giudice dell'esecuzione non deve procedere ad alcuna revoca (neppure parziale) del giudicato di condanna, ma soltanto limitarsi ad individuare la porzione di pena non eseguibile, perché illegale (Cass.pen., 27.10.2011, n. 977); in merito allo strumento processuale, peraltro, la giurisprudenza ha oscillato tra l'individuazione di un potere atipico, fondato sulla diretta applicabilità dell'art. 30 comma 4 L. 87/53 e sui generali poteri del giudice dell'esecuzione (artt. 666 ss. c.p.p.), e l'individuazione dello 'strumento' disciplinato dall'art. 670 c.p.p. .

In tal senso, si è da ultimo pronunciata la Cassazioni a Sezioni Unite (24.10.2013 n. 18821, Ercolano), che, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p., ha affermato che lo strumento processuale da attivare vada individuato nell'art. 670 c.p.p.<sup>1</sup> (*"l'incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 cod.proc.pen., 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"*).

Al riguardo, va osservato che l'art. 673 c.p.p. non appare applicabile, in via analogica o estensiva, alla 'rideterminazione' della pena eseguibile in conseguenza della dichiarazioni di incostituzionalità del mero trattamento sanzionatorio, perché si tratta di due situazioni che, sebbene presentino analogie, restano diverse: nel caso in esame, il reato continua ad esistere nell'ordinamento giuridico, e dunque non è possibile ipotizzare una *"revoca della sentenza di condanna"*; in tal modo, si giungerebbe ad un mutamento, *rectius* ad una novazione, del titolo dell'esecuzione, che non sarebbe più costituito dalla *sentenza di condanna*, ma dall'*ordinanza* emessa nel procedimento di esecuzione.

Ipotesi, all'evidenza, non proponibile, ove si consideri che il giudicato sull'accertamento resta fermo e intangibile.

---

<sup>1</sup> *"Il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di sostituzione della 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, con quella temporanea di anni trenta di reclusione, ove riconosca il diritto del condannato a beneficiare di tale trattamento più favorevole, previsto dall'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999, deve provvedere, incidendo sul giudicato, alla sollecitata sostituzione, avvalendosi dei poteri previsti dagli artt. 665, 666 e 670 cod. proc. pen"* (massima ufficiale).

Né vale a superare l'obiezione la replica secondo la quale la revoca può essere solo parziale, atteso che lo strumento di cui all'art. 673 c.p.p. prevede che, con la "revoca della sentenza di condanna", venga altresì dichiarato "che il fatto non è previsto dalla legge come reato".

Dunque, un rimedio non pertinente, perché i provvedimenti adottabili con tale strumento sarebbero eccentrici rispetto alla situazione da regolare.

Maggiormente duttile appare lo strumento di cui all'art. 670 c.p.p., accreditato dalla giurisprudenza di legittimità, sebbene l'applicazione analogica della norma appaia fondata essenzialmente più sul tenore generale ed onnicomprensivo della rubrica ("*questioni sul titolo esecutivo*"), che non sul contenuto delle disposizioni contenute nella norma.

Tale soluzione, fondata sul potere generale del giudice dell'esecuzione di "*conoscere dell'esecuzione di un provvedimento*" (art. 665 comma 1 c.p.p.), limita, peraltro, il potere del giudice ad una mera 'rideterminazione della pena eseguibile', con dichiarazione della porzione di pena 'illegalmente' inflitta da non eseguire; con conseguente impossibilità di concedere, ove ne ricorrano i limiti ed i presupposti, la sospensione condizionale della pena; beneficio che può essere riconosciuto solo in fase di cognizione, ovvero, nei casi tassativamente indicati, in fase di esecuzione (artt. 671 e 673 c.p.p.), richiedendo una prognosi, e dunque una valutazione di merito del fatto e della personalità del reo che, salvo diversa disposizione di legge, non può essere rimessa al giudice dell'esecuzione.

Allorquando non lo preveda espressamente una norma, il giudice dell'esecuzione resta 'cieco' rispetto al fatto ed al reo, potendo 'vedere', ormai, soltanto la pena.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, pertanto, va innanzitutto valutata la rilevanza dell'incidente di esecuzione proposto.

Invero, nel caso di specie la pena irrogata con la sentenza n. 217/2011 non può ritenersi (neppure parzialmente) 'illegale', in quanto la pena detentiva base individuata (anni 6 di reclusione ed € 27.000,00 di multa) non era superiore all'attuale forbice edittale, nel suo *range* massimo.

Invero, il potere di 'rideterminare' la pena *in executivis* è enucleabile allorquando debba essere operato un bilanciamento tra *giudicato* e *pena illegale*; tuttavia, nella fattispecie la sanzione penale non può considerarsi *illegale*, essendo la pena base contenuta nel limite edittale (all'epoca minimo, attualmente massimo) della norma incriminatrice, anche all'esito della reviviscenza della precedente forbice sanzionatoria.

Del resto, è pacifico, anche nella giurisprudenza di legittimità, che la pena illegale coincide la sanzione non prevista dall'ordinamento ovvero con la sanzione che, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale (in tal senso, *ex multis*, Cass.pen., sez.I, 23.1.2013 n. 38712, Villirillo: "*In sede esecutiva l'illegittimità della pena può essere rilevata solo quando la sanzione irrogata non sia prevista*

dall'ordinamento giuridico ovvero quando, per specie e quantità, risulti eccedente il limite legale"; la medesima pronuncia chiarisce come "anche in sede di esecuzione, possa essere rilevata l'illegittimità della pena, ma solo quando la stessa sia una pena non prevista dall'ordinamento giuridico oppure **eccedente per specie e quantità il limite legale**, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 cod. pen. ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato (V. Sez. 5 sentenza n. 809 del 29.4.1985, Rv. 169333). Si deve precisare, però, che si è di fronte ad una pena illegale solo nei limiti sopra indicati, con riferimento al reato per il quale è stata pronunciata condanna ed alla pena inflitta per detto reato, così come indicata nel dispositivo della sentenza, mentre non può essere riconsiderato in sede esecutiva il calcolo attraverso il quale il giudice è pervenuto a determinare la pena (a meno che non sia frutto di un errore macroscopico, senza che vi sia stata una qualche valutazione sul punto da parte del giudicante - cfr. Sez. 1 sentenza n. 12453 del 3.3.2009, Rv. 243742), essendo detto calcolo modificabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza").

In tal senso, del resto, si è pronunciata anche la giurisprudenza di merito che ha affrontato il problema della 'rideterminazione' della pena in seguito alla sentenza della Corte cost. 32/2014 (in tal senso, GIP Rovereto, 12.5.2014, Giud. Izzo; GIP Rovereto, c.c. 17.4.2014, Giud. Dies).

Solo apparentemente risulta divergente il principio di diritto affermato da Cass.pen., sez. VI, 20.3.2014 n. 15152, Murgeri, secondo cui "il principio dell'applicazione della disciplina più favorevole, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 (...) ed il conseguente dovere di rideterminare la pena, opera necessariamente non solo quando il giudice di merito, applicando la più rigorosa normativa dichiarata incostituzionale, abbia individuato una pena base superiore al massimo previsto dalla previgente legge più favorevole, ma anche quando abbia ritenuto di attenersi ai minimi edittali in vigore prima della dichiarazione di incostituzionalità" (mass.provv.); invero, dalla lettura della decisione emerge chiaramente che il principio affermato riguarda una fattispecie differente rispetto a quella oggetto del presente procedimento, in quanto non viene in rilievo il profilo del *giudicato*; nel caso deciso dalla Corte di Cassazione, infatti, si trattava di un accertamento di responsabilità non ancora irrevocabile, in quanto soggetto a gravame, per il quale viene affermato il principio del trattamento più favorevole al reo, non sussistendo un profilo di contrasto tra il valore dei *giudicati* e il valore della *legalità della pena*.

Nel caso di specie, al contrario, non versandosi in una ipotesi di pena illegale, il *giudicato* non può essere arbitrariamente travolto, sulla base di (pur fondate) considerazioni ed esigenze equitative, connesse all'irragionevole trattamento

sanzionatorio precedentemente in vigore, ed al rischio di concrete disparità di trattamento tra chi ottiene la 'rideterminazione' della sanzione, in quanto la pena base era stata, in concreto, fissata in un limite di poco superiore al minimo (oggi massimo) edittale, e chi non la ottiene, in quanto la pena base era contenuta nei limiti edittali vigenti (in precedenza e all'attualità).

Ma il nostro ordinamento è fondato sulla regola della 'legge', e non dell' 'equità'. Va aggiunto, *ad abundantiam*, che nel caso di specie la pena concretamente irrogata -4 anni di reclusione- appare comunque congrua alla gravità del fatto; pur ove si fosse in ipotesi ammessa la rideterminabilità della pena, la quantità di droga detenuta (circa 2 kg. di *hascisc*), la percentuale di principio attivo, i precedenti penali del reo, avrebbero comunque fondato, nella vigenza degli attuali limiti edittali, una pena base coincidente con l'attuale massimo (6 anni di reclusione), e dunque una riduzione per il rito alla medesima pena concretamente inflitta.

Ciò a dimostrazione della circostanza che, nella vigenza del precedente regime sanzionatorio 'unitario', l'irragionevolezza del trattamento previsto per le c.d. droghe leggere veniva 'temperato', nell'applicazione giudiziale, dall'individuazione della pena base per il calcolo della sanzione da irrogare sempre in coincidenza (o in prossimità) della soglia minima edittale.

**P.Q.M.**

Letti gli artt. 665, 666, 670, c.p.p. e 30 comma 4 L. 87/53, rigetta l'istanza proposta nell'interesse di XXX.

Manda la Cancelleria per gli adempimenti e le comunicazioni.

Avellino, 17 luglio 2014

**Il Giudice delle indagini preliminari**  
*Giuseppe Riccardi*