



ESEGUIRE UNA PENA ILLEGITTIMA?

**Fini-Giovanardi, aggravante di immigrazione clandestina, ex-Cirielli
L'incostituzionalità delle pene relative a condanne passate in giudicato
all'esame della Corte di Cassazione**

**La società
della
ragione**
onlus



www.societadellaragione.it

FASCICOLO DI DOCUMENTAZIONE

In collaborazione con



**forum
droghe**

ESEGUIRE UNA PENA ILLEGITTIMA?

Fini-Giovanardi, aggravante di immigrazione clandestina, ex-Cirielli

L'incostituzionalità delle pene relative a condanne passate in giudicato all'esame della Corte di Cassazione

Dossier di Documentazione de La Società della Ragione ONLUS - Giugno 2014

INDICE

Presentazione	pag. 3
Presentazione di Stefano Anastasia	
Droghe: Eseguire una pena illegittima?	pag. 5
Luigi Saraceni, dalla rubrica di Fuoriluogo su il Manifesto del 14 maggio 2014	
La sentenza e la pena	pag. 7
Introduzione di Luigi Saraceni al seminario "Eseguire una pena illegittima?", Roma 16 maggio 2014	
Eseguire una pena illegittima?	pag. 9
Riflessioni di Giovanni Maria Flick	
Nota sulla sentenza della Corte Costituzionale 32 del 12.2.14 relativa all'art. 73 DPR 309/90	
A cura del dr Nunzio Fragliasso	pag. 13
Droghe: quali scenari dopo la sentenza costituzionale 32/2014, alla luce del caso Ercolano ormai di ritorno dal Palazzo della Consulta	
Fabio Valcanover	pag. 21
La vittoria della Ragione e le pene illegittime	
Paola Bevere	pag. 55
Appendice	
ORIENTAMENTO DI GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE	pag. 61
Ufficio del Ruolo e del Massimario - Sezione Penale	
PENA ILLEGITTIMA E GIUDICATO. RIFLESSIONI IN MARGINE ALLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE CHE CHIUDE LA SAGA DEI "FRATELLI MINORI" DI SCOPPOLA	pag. 95
Francesco Viganò, Diritto Penale Contemporaneo	
DOSSIER DEL SERVIZIO STUDI SULL'A.S. N. 1470	pag. 111
Senato della Repubblica (estratto)	
PROGETTO DI LEGGE SENATO 1400	pag. 123
Dei Senatori Manconi, De Cristofaro, Lo Giudice	

Potrete trovare ulteriore documentazione sulla Costituzionalità della legge Fini-Giovanardi nei fascicoli prodotti in questi anni dalla Società della Ragione ONLUS reperibili sul sito dell'Associazione:

www.societadellaragione.it/costituzionalita-della-legge-fini-giovanardi

I dati sull'effetto della legge sulle droghe sul carcere in Italia sono contenuti nei 4 libri bianchi sulla Fini-Giovanardi:

www.societadellaragione.it/libro-bianco-sulla-legge-fini-giovanardi

Una rassegna stampa completa sulla politica sulle droghe in Italia e nel mondo è sempre disponibile sul sito di Fuoriluogo:

www.fuoriluogo.it

Presentazione

Stefano Anastasia

Sin dai primi seminari sulla questione di costituzionalità della legge Fini-Giovanardi avevamo chiaro che la decisione che avrebbe preso la Corte (in qual senso non era in dubbio: "certamente incostituzionale") avrebbe riaperto la partita intorno alla legge sulle droghe, sia dal punto di vista politico che da quello delle sue conseguenze giuridiche e giudiziarie.

Con il decreto 36/2014, fortemente voluto dal Ministro Lorenzin e dalla sua parte politica, si è tentato di ribaltare la decisione della Corte per accontentarsi poi di sterilizzarne i suoi effetti. Ne viene fuori un ibrido tra la legge Fini-Giovanardi (largamente riproposta nel decreto) e una normativa penale in parte risalente alla legge precedente, in parte aggiornata dal secondo decreto Cancellieri (146/2013) e dalla legge di conversione. Restano gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, quanto alle previsioni penali per detenzione e traffico dei derivati della cannabis, ma è mancato quel salto di qualità che sta portando molti Paesi del mondo ad abbandonare le legislazioni di tipo proibizionistico.

Anche sul versante applicativo il decreto ha mancato alle sue necessità più stringenti. Sin dai primi commenti è stato chiaro a tutti gli osservatori che il nodo più complicato da sciogliere era quello delle persone in esecuzione di pene comminate con la disciplina giudicata incostituzionale, sulla base di parametri di gran lunga più afflittivi di quelli delle norme tornate in vigore. 8.589 erano i condannati per detenzione di sostanze stupefacenti al 19 marzo scorso, molti dei quali – secondo il Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Giovanni Tamburino – detenuti "per aver ceduto quantitativi di hashish e marijuana". Di fronte a una mancanza di adeguata informazione e tutela legale della gran parte di loro e a una possibile incertezza interpretativa dei giudici di merito avevamo chiesto, insieme a molti altri gruppi e associazioni riunite a Genova "sulle orme di don Gallo", un intervento legislativo necessario e urgente, sulla falsariga di quello proposto nell'articolo 1 ddl 1400 Manconi e altri. Ma, abbiamo poi scoperto, nel Governo c'era chi si muoveva nella direzione opposta, a risolvere il problema ripristinando la Fini-Giovanardi. A oggi, quindi, sospettiamo che molti di quelle migliaia di detenuti condannati sulla base della norma dichiarata incostituzionale siano ancora lì, a scontare una pena illegittima.

Come al solito, di fronte all'ignavia della politica, la magistratura sarà chiamata a rispondere a casi concreti (magari per poi essere ipocritamente accusata di invasione di campo). E così, nelle prossime settimane, la Corte di cassazione si pronuncerà a sezioni unite su una questione riguardante, appunto, la legittimità dell'esecuzione di pene giudicate incostituzionali. Questione che riguarda, nel caso di specie, la cosiddetta legge Cirielli (incostituzionalità del divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante della recidiva), ma la cui decisione potrà essere trasferita sulla legge sull'immigrazione (incostituzionalità dell'aggravante di immigrazione clandestina) e sulla legge sulle droghe (incostituzionalità delle norme sanzionatorie della Fini-Giovanardi). Ecco qui riunite, quindi, le tre leggi che hanno fatto esplodere le carceri italiane, a diverso titolo e in diversa misura giudicate incostituzionali. Possono continuare a essere eseguite penalmente le loro norme incostituzionali?

***Trovate tutto il materiale della campagna de la Società della Ragione on line sul nostro sito:
<http://www.societadellaragione.it/finigiovanardi>***

Droghe: Eseguire una pena illegittima?

Luigi Saraceni

Dalla rubrica di Fuoriluogo su il Manifesto del 14 maggio 2014

Per coprire l'indecenza della legislazione penale di favore accordata ai colletti bianchi, la maggioranza forzaleghista che ci ha governato negli anni scorsi si è accanita contro l'emarginazione sociale, producendo una serie di norme repressive insensate, che hanno costretto la Consulta ad intervenire per riportare l'ordinamento alla legalità costituzionale. Grazie alla Consulta sono stati cancellati, tra l'altro, lo smisurato aggravamento di pena per i recidivi, l'aggravante della "clandestinità" per gli immigrati e, da ultimo, le pene irragionevoli previste dalla Fini/Giovanardi per le cosiddette droghe leggere. Ma intanto, nelle more dell'intervento risanatore della Corte costituzionale, sono passate in giudicato le condanne pronunciate in base alle norme illegittime. È nato così il problema se da queste condanne definitive deve essere eliminata la parte di pena illegittima oppure se il condannato deve scontare l'intera pena. La soluzione del problema sembrerebbe ovvia, essendo evidente che finire in carcere per scontare una pena comminata da una legge che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima, è una inaccettabile iniquità, che urta il più elementare senso di giustizia.

Ma, come si sa, nelle prassi giudiziarie il senso di giustizia non sempre riesce a prevalere sui tradizionali formalismi, sicché tra i nostri giudici è nato un contrasto. Alcune sentenze, richiamandosi "all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale", ritengono che non sia "costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione della pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione". Altre sentenze oppongono a queste ragioni di giustizia la tradizionale "intangibilità del giudicato", per cui in sede di esecuzione non si potrebbero ritoccare le pene irrogate con condanne definitive.

Su questo contrasto si pronuncerà il prossimo 29 maggio la corte di cassazione che dovrà dire, a sezioni unite, quale dei due orientamenti sia quello giusto. È auspicabile e prevedibile che i giudici di piazza Cavour, se non se ne laveranno le mani rimettendo la questione alla Consulta, diano la prevalenza alle esigenze di giustizia iscritte nella Costituzione.

Ma c'è da chiedersi: nel frattempo che fa la politica? Sono passati più di tre mesi dalla decisione della Consulta che ha cancellato la Fini/Giovanardi, ci sarebbe stato tutto il tempo per eliminare dalle condanne da eseguire il sovrappiù di pena irrogato in base a questa legge insensata. Invece si è emanato un decreto legge per rimodulare le tabelle, in cui si è tentato di reintrodurre per vie traverse le pene dichiarate illegittime. Il tentativo è fallito, ma ne è rimasta traccia nel preambolo del decreto, dove si sottolinea che la Fini/Giovanardi è stata bocciata dalla Consulta non per la "illegittimità sostanziale delle norme oggetto della pronuncia", ma per la violazione dell'art. 77 della Costituzione. Come se il principio costituzionale di stretta legalità del reato e delle pene, possa essere degradato a vuoto formalismo e non sia invece il primo presidio della libertà personale.

Non meraviglia il tipo di cultura del centro destra, ma preoccupa lo spirito subalterno con cui l'alleato PD la subisce. Alla Camera la maggioranza di governo ha bocciato un emendamento di SEL che risolveva il problema delle condanne passate in giudicato e al Senato è stato nominato relatore Giovanardi, il principale responsabile dell'illegalità accertata dalla Corte costituzionale.

La sentenza e le pene

Luigi Saraceni

Introduzione di Luigi Saraceni al Seminario "Esequire una pena illegittima?", Roma 16 maggio 2014

Questo Convegno trae occasione dall'udienza del 29 maggio prossimo in cui le Sezioni Unite della Cassazione sono chiamate a rispondere al seguente quesito: "se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice compatti, ovvero no, la rideterminazione della pena in *executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato".

Il caso specifico riguarda la incostituzionalità, dichiarata dalla Consulta con sentenza n. 251/2012, del divieto di prevalenza (introdotto nel 2005 dalla c.d. ex Cirielli) dell'allora attenuante (oggi reato autonomo) prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. stupefacenti, sull'aggravante della recidiva.

Al di là del caso specifico, la questione riguarda in via generale la possibilità di rimettere in discussione il giudicato penale al fine di adeguare la pena da espiare ad una pronuncia di illegittimità costituzionale.

La questione è diventata di scottante attualità negli ultimi anni, a causa di una insensata legislazione che, accanto alle norme di favore per certe categorie di imputati, ha prodotto una serie di spietate norme repressive in contrasto con la Costituzione ed ha richiesto perciò il ripetuto intervento della Consulta per ripristinare la legalità costituzionale.

Basti ricordare, accanto al caso specifico già citato, l'aggravante della "clandestinità" per gli immigrati e l'insensato trattamento sanzionatorio previsto per le "droghe leggere" dalla Fini/Giovanardi, entrambi cancellati dalla Corte costituzionale.

Sulla questione generale vi è una sterminata produzione di dottrina e giurisprudenza, impossibile da sintetizzare.

I termini del contrasto che ha dato luogo alla rimessione alle sezioni unite sono diffusamente illustrati nella relazione del 5 marzo 2014 del gruppo di studio dell'ufficio del massimario della Corte di cassazione (integralmente pubblicata nel dossier di presentazione del Convegno). La relazione è presentata come prima riflessione sulle "possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti".

In estrema sintesi, sulla questione generale si fronteggiano due posizioni. La giurisprudenza più recente assolutamente prevalente, richiamandosi "all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale", ritiene che non sia "costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione della pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione". A queste ragioni di giustizia, la giurisprudenza più risalente (salvo la sentenza Hamrouni, del gennaio 2012) oppone la tradizionale "intangibilità del giudicato", che non consentirebbe di modificare in sede di esecuzione le pene irrogate con condanne definitive.

La relazione dei magistrati del massimario da atto del "salto di qualità" che si registra nella giurisprudenza nazionale, ordinaria e costituzionale, e della Corte EDU. Esamina in particolare la nota vicenda Scoppola e dei suoi "fratelli minori", da cui emerge che "il giudicato non è più ritenuto ragione di per sé sufficiente al contenimento dell'efficacia retroattiva della legge migliorativa; non lo è in special modo quando al dogma della sua intangibilità si contrappongono le ragioni di ripristino della libertà personale, compressa da una previsione sanzionatoria invalida in radice".

A tale conclusione si perviene esaminando:

- la decisione della Corte di Strasburgo (17.09.2009), secondo la quale "l'art. 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio dell'irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa";

- l'ordinanza delle sezioni unite della cassazione n. 268 del 10 settembre 2012, che interpreta l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, nel senso che il giudicato deve cedere al principio di retroattività della legge più favorevole scaturente dalla caducazione per incostituzionalità della previsione più severa;

- la sentenza della Corte Cost. n. 210 del 3-18 luglio 2013, che nel riconoscere la necessità di rimuovere gli ostacoli frapposti dall'ordinamento interno all'attuazione del principio di retroattività della legge più favorevole, ammette che l'ordinamento nazionale "conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato" e che "tra questi non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo".

La vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola ha avuto il suo epilogo nella sentenza delle sezioni unite n. 18821/2013, depositata il 7 maggio scorso, da cui, come scrive F. Viganò nel commento pubblicato nel dossier di presentazione di questo Convegno, scaturisce il seguente messaggio: "se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima; e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta".

Questo giudice c'è, è il giudice dell'esecuzione, al quale, come affermano all'unisono le sopra citate decisioni delle Sezioni Unite e della Consulta, l'ordinamento riconosce ormai ampi poteri di intervento sul giudicato. Basti pensare alla continuazione tra pene irrogate in procedimenti separati, che il giudice dell'esecuzione può applicare procedendo all'accertamento, a volte molto complesso, della unicità del disegno criminoso.

In conclusione, sperando di non essere smentito, credo che il quadro della giurisprudenza ordinaria, costituzionale ed europea autorizzi all'ottimismo sull'esito della decisione delle sezioni unite.

Del resto già si registrano alcune decisioni della magistratura di merito, che affermano la prevalenza della legittimità costituzionale sulla retorica del giudicato. Una particolare menzione merita in proposito la recentissima iniziativa (10 maggio) della Procura della Repubblica di Napoli che, in attesa della decisione delle Sezioni Unite, ritiene che sia dovere del pubblico ministero "quale garante dell'osservanza delle leggi e della regolare amministrazione della giustizia, promuovere d'ufficio l'incidente di esecuzione per chiedere al giudice dell'esecuzione di adeguare la pena irrogata" alla pronuncia della Corte costituzionale.

Invece, sul terreno politico, purtroppo non si può essere ottimisti.

La pronuncia della Consulta avrebbe richiesto un intervento di carattere legislativo urgente. Sarebbe stata un'ottima occasione per inserire nel codice una norma generale che adeguasse la nostra legislazione alla giurisprudenza nazionale ed europea.

In ogni caso, sarebbe stato necessario e urgente intervenire per risolvere alla radice il problema della esecuzione delle condanne definitive per fatti di cannabis, pronunciate nel vigore dello spietato trattamento sanzionatorio previsto dalla Fini/Giovanardi.

Invece il governo è intervenuto con un decreto legge per rimodulare le tabelle di cui probabilmente si poteva fare a meno e in cui si è tentato di reintrodurre per vie traverse le pene dichiarate illegittime. Il tentativo è fallito, ma occorre vigilare perché non è del tutto scongiurato.

Nel preambolo del decreto Lorenzin, si sottolinea che la Fini/Giovanardi è stata bocciata dalla Consulta non per la "illegittimità sostanziale delle norme oggetto della pronuncia", ma per la violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Evidentemente, il principio costituzionale di stretta legalità del reato e delle pene non rientra nella cultura di questo governo: il procedimento legislativo prescritto dalla Costituzione è visto come un vuoto formalismo, che può essere impunemente sacrificato alle scelte politiche della maggioranza, per sciagurate che siano. Ed in coerenza con questa cultura, il principale responsabile dell'atto legislativo di cui la Corte costituzionale ha accertato l'illegalità, viene oggi nominato relatore al Senato della legge di conversione del decreto Lorenzin.

Di fronte a tanta arroganza non si registrano reazioni nella sinistra che, salvo lodevoli eccezioni, non sembra interessata al problema.

Auguriamoci che questo Convegno possa contribuire a suscitare una adeguata consapevolezza della rilevanza, sociale e istituzionale, della questione sul tappeto.

Eseguire una pena illegittima?*

Riflessioni e dubbi a margine della sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale.

*Giovanni Maria Flick***

La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme introdotte con la l. n. 49/2006 (in sede di conversione del d.l. n. 272/2005), le quali avevano unificato il trattamento sanzionatorio delle c.d. droghe pesanti e leggere, a suo tempo previsto dall'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990. Nelle motivazioni della sentenza, la Corte precisa che a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale riprende applicazione l'art. 73 nel testo anteriore alle modifiche ad esso apportate nel 2006. Dunque si ritorna ad un regime sanzionatorio più gravoso per le c.d. droghe pesanti, e ad uno ben più favorevole per le c.d. droghe leggere. In particolare, per le prime è prevista la reclusione da otto a venti anni; per le seconde è prevista la reclusione da due a sei anni.

Di conseguenza, le norme rimosse con la decisione della Corte non possono più essere applicate non soltanto per il futuro, ma neppure nelle vicende preesistenti a tale decisione: con certezza in quelle che sono tuttora pendenti; con qualche perplessità ed oscillazione interpretativa nelle vicende che sono state definite con sentenza passata in giudicato ed irrevocabile, alla luce dei principi di *favor rei* e di successione delle leggi penali nel tempo.

Quanto alla prima ipotesi, per i giudizi tuttora pendenti in Cassazione in tema di condanna per droghe leggere – alla luce degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità – sembra potersi affermare a grandi linee che la nuova (*rectius* “vecchia”) disciplina sanzionatoria sia applicabile anche ai giudizi in corso, senza bisogno di integrare i motivi di ricorso. È altresì sostenibile – alla luce di tali orientamenti – che la Cassazione possa rideterminare direttamente ai sensi dell'art. 620 c.p.p. la pena divenuta “illegale”, quando si trovi in presenza di “*valutazioni di fatto delle sentenze dei due gradi di merito, suscettibili di inequivoca riapplicazione*”, e non debba annullare con rinvio la sentenza denunciata.

Più articolata appare la situazione dei ricorsi pendenti in Cassazione, nelle ipotesi in cui il termine di prescrizione del reato sarebbe maturato prima della proposizione del ricorso, se fosse stata applicabile al momento del fatto la “nuova” e più favorevole normativa. Infatti in tal caso il ricorso dovrebbe ritenersi inammissibile alla stregua della normativa meno favorevole vigente a tale momento (ora dichiarata incostituzionale), per essersi già formato il giudicato sostanziale.

Tale situazione è legata ad un più ampio problema: quali effetti abbia, rispetto al giudicato, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale che sia diversa dalla norma incriminatrice ed abbia ad oggetto soltanto il trattamento sanzionatorio (con una pena divenuta *ex*

* *Intervento per il Seminario a cura della Società della Ragione – Roma, 15 maggio 2014.*

** *Avvocato, Professore emerito di Diritto Penale.*

post “illegale”) e non anche la condotta incriminata. Si tratta cioè di verificare se la dichiarazione di incostituzionalità “*comporti ovvero no la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato*” (così l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite in materia affine, la cui trattazione è fissata per il 24 maggio p.v.).

Come è noto, dopo la sentenza n. 249 del 2010 della Corte Costituzionale (che ha dichiarato incostituzionale l’aggravante della clandestinità del colpevole) si sono affermate due contrapposte linee interpretative. Per un primo orientamento giurisprudenziale di legittimità, il giudice dell’esecuzione deve individuare la porzione di pena inflitta per effetti della norma dichiarata illegittima e dichiararla non eseguibile (così da ultimo Cass. VI, 16/5/2013 n. 21982). Per un secondo orientamento, invece, la sentenza irrevocabile di condanna esaurisce la portata di una norma che incida sul trattamento sanzionatorio; sulla pena inflitta non può influire in tal caso la *lex mitior* che non si risolva in una *abolitio criminis* (così da ultimo Cass. I, 19/1/2012, n. 27640).

Più ampiamente, la soluzione dei problemi derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 32 del 2014 si ricollega al principio della irretroattività della nuova legge penale sfavorevole ed a quello della retroattività della *lex mitior*.

Il primo principio è esplicito nell’art. 25 2° comma Cost.; ed è inderogabile sia in quanto è garanzia fondamentale del cittadino, sia in quanto è presupposto della sua capacità di autodeterminazione. Il secondo principio è espressione del principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*; perciò è suscettibile di deroghe ragionevoli nonché – soprattutto nella giurisprudenza costituzionale meno recente – di limitazioni come quella nascente dalla definitività della sentenza di condanna.

Tale evoluzione nel riconoscimento dell’efficacia retroattiva della *lex mitior* è oggetto anche di numerose fonti internazionali e convenzionali, fra le quali rileva in particolare l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea che riprende un principio previsto già dall’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York nel 1966. Invece tale principio non è stato affermato dall’art. 7 della CEDU, nell’ambito del principio di legalità che vieta soltanto la retroattività della legge *in malam partem*.

Peraltro, il principio di retroattività della *lex mitior* ha trovato un riconoscimento esplicito nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea (sentenza Berlusconi del 2005, che lo ha collegato alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e lo ha collocato nei principi generali del diritto comunitario). Esso si è via via affermato anche nella giurisprudenza costituzionale dei vari paesi (per ragioni di eguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità, necessaria offensività) ed in quella della Corte CEDU. In particolare la sentenza Scoppola del 2009 ha collocato la retroattività favorevole nelle garanzie fondamentali della Convenzione, *ex art. 7*; però ha riconosciuto la legittimità dello sbarramento rappresentato dal giudicato, non solo rispetto alle

modifiche favorevoli della legge penale, ma addirittura altresì rispetto alle ipotesi di vera e propria *abolitio criminis*.

Come è noto, la CEDU e l'ordinamento comunitario condizionano – per quanto con modalità diverse, che non è il caso di approfondire in questa sede – l'ordinamento nazionale. D'altronde la stessa Corte Costituzionale – con la sentenza n. 210 del 2013 – ha riconosciuto che *“l'ordinamento conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato”*; *“tra questi non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”*. La Corte ha identificato nell'incidente di esecuzione lo strumento processuale per superare la preclusione del giudicato, *“specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale (al giudice dell'esecuzione) che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma terzo, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)”*.

Senza avere la pretesa di formulare alcuna previsione e tantomeno suggerimenti indebiti alla Corte di Cassazione, sono sicuro che, alla stregua degli orientamenti giurisprudenziali di *multilevel* dianzi esposti, la giurisprudenza di legittimità saprà individuare una situazione ragionevole di equilibrio fra le due esigenze contrapposte che si fronteggiano nell'applicazione della sentenza n. 32 della Corte Costituzionale. Rispetto all'esigenza certamente importante della certezza, connessa al valore del giudicato, mi sembra più importante quella della tutela della libertà personale, nel caso della illegittimità sostanziale – anche se forse non formale – della sua privazione, nella parte in cui sia fondato su di una norma poi dichiarata incostituzionale (come nella specie).

Questa conclusione mi sembra *a fortiori* sostenibile nel caso di specie, ed in coerenza con l'orientamento di principio tracciato dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza che ha rimesso alla Corte Costituzionale – per ragioni sia di metodo che di merito – la questione di legittimità costituzionale sulle cui conseguenze oggi si discute. È un orientamento che la Corte ha condiviso con la sentenza n. 32 del 2014, la quale ha ravvisato l'incostituzionalità della norma in questione per ragioni *di metodo* (il procedimento di conversione del decreto-legge); ma ha così affrontato e risolto altresì la situazione irragionevole *di merito* rappresentata dalla equiparazione di trattamento penale tra le droghe “pesanti” e quelle “leggere”, in spregio alla differenza di gravità fra le une e le altre.



PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI
NAPOLI

Oggetto: sentenza della Corte Costituzionale 32 del 12.2.14 relativa all'art. 73 DPR 309/90.

Come è noto, la sentenza n. 32 datata 12.2.14 della Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73 co. 1 DPR 309/90, come modificato dal DL 30.12.2005 n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21.2.06 n. 49, nella parte in cui equiparava, sotto il profilo sanzionatorio, le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle 2[^] e 4[^] cd. droghe leggere (pena originaria da 2 a 6 anni di reclusione) a quelle di cui alle tabelle 1[^] e 3[^] cd. droghe pesanti (pena introdotta da 6 a 20 anni di reclusione).

All'indomani di detta sentenza, ci si è posti il problema se la stessa abbia effetti anche sulle sentenze di condanna passate in giudicato e non ancora eseguite.

La questione è controversa in quanto non si rinvencono sentenze della Corte di Cassazione che si siano pronunciate espressamente sull'ipotesi in discussione, relativa cioè alla declaratoria di illegittimità costituzionale della sola norma penale sanzionatoria, mentre si registra un contrasto recente di pronunce della S.C. sulla questione relativa agli effetti, sul giudicato, della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale che preveda una circostanza aggravante, rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (udienza fissata per il 29.5.14).

Ciò nondimeno è possibile trarre, dalle sentenze della S.C. in materia di incidenza, sul giudicato, della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale che prevede una circostanza aggravante, degli elementi per inquadrare correttamente i termini della questione aperta dalla sentenza n. 32 datata 12.2.14 della Corte Costituzionale.

Cass. sez. 1[^] sentenza n. 977 del 27.10.11 dep. 13.1.12 Hauohu

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 27.10.11 Hauohue, ha affermato quanto segue.

L'art. 673 cpp prevede che nel caso di "abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice", "il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto come reato e adotta i provvedimenti conseguenti".

Tale norma si riferisce chiaramente ai soli casi di abolitio criminis, cioè di depenalizzazione o di illegittimità costituzionale della norma penale incriminatrice in senso stretto, che prevede un'autonoma fattispecie di reato.

La norma di cui all'art. 673 cp non disciplina pertanto le ipotesi di revoca del giudicato penale per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che preveda solo le circostanze del reato o la sanzione dello stesso.

La questione concernente la eseguibilità, o meno, della parte di pena inflitta con sentenza di condanna definitiva per effetto dell'applicazione di una circostanza aggravante successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, può essere risolta in base alla disciplina generale degli effetti della dichiarazione d'illegittimità costituzionale.

L'art. 673 cpp è norma processuale che completa la disciplina generale sostanziale in materia di successione delle leggi penali nel tempo (art. 2 cod. pen.) e di efficacia delle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale (artt. 136 Cost. e 30 L. n. 87 del 1953), consentendo di rimuovere formalmente il giudicato nei soli casi di abolitio criminis e di dichiarazione d'illegittimità costituzionale della fattispecie penale.

Pertanto tale norma non esclude l'operatività, in sede di esecuzione, di tutte le diverse ipotesi in cui la legge penale sostanziale più favorevole sopravvenuta è idonea ad incidere sul giudicato di condanna (art. 2 cod. pen., comma 3) e quindi non esaurisce i casi in cui può trovare applicazione il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'invalidità costituzionale di una norma che, pur non essendo costitutiva di un autonomo titolo di reato, si riferisce al trattamento penale (art. 136

Cost. e L. n. 87 del 1953, art. 30, in combinato disposto con l'art. 25 Cost. e l.c. 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1).

L'art. 30 L. 11 marzo 1953, n. 87, ai commi terzo e quarto, stabilisce che: "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione". "Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali".

Tale norma impedisce di dare esecuzione alla condanna pronunciata "in applicazione della norma dichiarata incostituzionale" (Corte Cost. sentenze nn. 49 del 1970 e 139 del 1984).

In detta sentenza la S.C., pur prendendo atto del fatto che la precedente giurisprudenza di legittimità spesso ha affermato che la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, si riferisce solamente alle norme penali incriminatrici (Cass. Sez. 5[^], n. 296 del 25/01/1968, Manenti), precisa che, nell'ambito della nozione di norma incriminatrice, non si è mai distinto tra norme complete di precetto e sanzione costitutive di una fattispecie di reato (norme incriminatrici in senso stretto) e norme che si riferiscono ad elementi accessori del reato, quali le circostanze del reato (norme incriminatrici in senso lato).

Pertanto la differenza tra l'art. 30 co. 4 L. n. 87 del 1953 e l'art. 673 cod. proc. pen., che si riferiscono entrambi alle norme penali incriminatrici, sta nel fatto che l'art. 673 cpp, prevedendo che il giudice dell'esecuzione, nel revocare la sentenza di condanna, dichiara che il fatto non è previsto come reato, si riferisce esclusivamente alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato.

Di contro l'art. 30 L. 87/53 prevede che non si possa dare esecuzione anche solo alla porzione di pena irrogata in applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima.

Tale interpretazione appare l'unica conforme 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 alla Costituzione, desumibili dall'art. 27 Cost. (che sancisce i principi di personalità e proporzionalità della pena), dall'art. 3 Cost. (che inibisce di istituire discriminazioni irragionevoli), dall'art. 25 Cost. comma 2 (che prevede il principio di legalità).

Pertanto, secondo questa sentenza della S.C., l'art. 136 Cost. e la L. n. 87 del 1953, art. 30, commi 3 e 4, ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima.

Compete al Giudice dell'esecuzione individuare la porzione di pena corrispondente alla norma dichiarata incostituzionale e dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia ommesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra le circostanze.

Cass. sez. 1[^] sentenza n. 19361 24.2.12 dep. 22.5.12 Tetech Assic

Anche nella sentenza del 24.2.12 Tetech Assic la Corte di Cassazione prende atto del fatto che la giurisprudenza della stessa S.C. ha costantemente ritenuto che l'art. 673 cpp consente una revoca della sentenza di condanna solo nel caso di eliminazione (per abrogazione o per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale) di uno o più fatti reato giudicati, in considerazione del tenore letterale della norma che si riferisce solo alla "norma incriminatrice", e non anche nel caso di eliminazione di un'aggravante.

Ciò in quanto l'art. 673 c.p.p. è strettamente correlato all'art. 2 c.p. comma 4 che, a sua volta, detta il principio che, se vi è diversità tra la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

La S.C. ha però ritenuto che, nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che prevede una mera circostanza aggravante, si debba fare applicazione della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30 che, nel dettare le norme attuative delle sentenze della Corte Costituzionale, non si riferisce alle sole norme incriminatrici, ma genericamente a tutte le norme dichiarate incostituzionali.

In particolare, l'art. 30, commi 3 e 4, stabilisce che: "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in

applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali".

Il dettato letterale della norma consente di impedire che sia data esecuzione anche solo alla parte di pena conseguente ad una norma penale dichiarata incostituzionale, e l'eliminazione di questa parte di pena risponde alle esigenze di giustizia, poiché non è accettabile che un soggetto debba scontare anche solo una porzione di pena in conseguenza di una norma che è contraria ai principi della Costituzione.

In concreto la porzione di pena da eliminare in conseguenza della dichiarata illegittimità costituzionale della norma penale che prevede l'aggravante deve essere stabilita dal giudice dell'esecuzione, che dovrà ridurre la pena inflitta.

Cass. Sez. 1[^], Sentenza n. 27640 del 19.1.12 dep. 11.7.12 Hamrouni

La sentenza della S.C. del 19.1.12 Hamrouni si muove in una direzione opposta rispetto alle precedenti.

Secondo la S.C., nell'ordinamento giuridico, la res iudicata costituisce fondamento del tutto ragionevole del discrimine tra situazioni uguali.

Il criterio è codificato nella disciplina del diritto intertemporale della legge penale prevista dall'art. 2 cp, secondo cui, fatta salva l'eccezione stabilita dall'art. 2 cod. pen., comma 3, (secondo cui la pena detentiva irrogata con la condanna si converte in pena pecuniaria nell'ipotesi in cui la legge posteriore preveda solo quest'ultima), la pena inflitta con la condanna irrevocabile resta insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali, (art. 2 cod. pen., comma 4), con la conseguenza della doverosa espiazione di una pena addirittura superiore al massimo edittale fissato dalla norma incriminatrice successivamente novellata.

L'art. 673 cod. proc. pen., comma 1, dispone che: "Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice della esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti.

La norma su indicata concerne pacificamente il solo caso della abolitio criminis, cioè della radicale obliterazione della illiceità penale della condotta, già tipizzata, per effetto della eliminazione di ogni pena relativa.

La sentenza in parola afferma espressamente di non condividere le conclusioni cui è pervenuta la sentenza Cass., Sez. 1[^], 27 ottobre 2011, n. 3475, Haouhu.

In particolare la Corte di Cassazione ritiene che né l'art. 136 Cost., né l'art. 30 commi 3 e 4 della L. 11 marzo 1953, n. 87 ostino alla esecuzione della pena, quando sulla determinazione del trattamento sanzionatorio (cristallizzato dal giudicato) abbia influito una disposizione che prevede una mera aggravante successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

L'art. 136 Cost., comma 1, recita: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

Tanto comporta la retroattività della efficacia della pronuncia di illegittimità costituzionale in quanto la norma illegittima non può trovare (ulteriormente) applicazione neppure in relazione ai fatti anteriori alla decisione del Giudice delle leggi.

Al riguardo però, dottrina e giurisprudenza sono assolutamente concordi e consolidate nel ritenere che le situazioni giuridiche esaurite nella vigenza della legge incostituzionale (facta praeterita), e la res iudicata costituiscono il limite invalicabile alla applicazione retroattiva della pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma.

Secondo la SC il giudicato rappresenta "il punto di arresto" alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale.

Si impone, pertanto, la conclusione che l'articolo 136 della Costituzione non offre alcun addentellato che suffraghi l'assunto che la dichiarazione della illegittimità costituzionale della previsione di una circostanza aggravante osti alla esecuzione, in parte qua, della pena inflitta per effetto dell'applicazione della circostanza in parola.

La L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 3, dispone: "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

La L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, statuisce: "Quando in applicazione delle norme dichiarate illegittime è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali".

Tale norma ordinaria espande gli effetti della pronuncia della sentenza di illegittimità costituzionale, oltre l'ambito previsto dal legislatore costituente, sicché la declaratoria di illegittimità della norma penale (incriminatrice) viene a incidere - comportandone la cessazione - sulla esecuzione del giudicato di condanna, altrimenti insensibile (alla stregua dell'art. 136 Cost.) alla decisione del Giudice delle leggi.

La mancata indicazione espressa, nel testo del quarto comma dell'articolo 30, cit., della natura incriminatrice della norma penale dichiarata illegittima dà adito alla questione interpretativa, circa il contenuto della disposizione, risolta dalla sentenza Haouhu nel senso della inclusione, nella previsione normativa di cui all'art. 30, di tutte le norme penali sostanziali, e, pertanto, anche di quelle "non incriminatrici".

Ma siffatta conclusione è resistita da tutta la contraria giurisprudenza di legittimità, assolutamente univoca e uniformemente consolidatasi nell'arco degli ultimi cinquanta anni.

Infatti, la Corte Suprema di Cassazione ha stabilito che: "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" (Sez. 5[^], 21 gennaio 1968, n. 296, Manenti, massima n. 106904) ed ha affermato il principio della irrilevanza, sulla esecuzione della pena, della pronuncia di illegittimità costituzionale di norme, diverse da quella incriminatrice, in applicazione delle quali è stata pronunciata la condanna irrevocabile (Sez. 1[^], 30 maggio 1970, n. 1794, Visconti, massima n. 115441; Sez. 3[^], 16 novembre 1970, n. 1287, Soranno, massima n. 116239; Sez. 3[^], 2 marzo 1972, n. 7522, Confalonieri, massima n. 122298; Sez. 3[^], 19 gennaio 1973, n. 4611, Sgobba, massima n. 124336; Sez. 2[^], 27 gennaio 1976, n. 228, De Michele, massima n. 132712; Sez. 5[^], 26 giugno 1978, Iammella, massima n. 140030; Sez. 1[^], 1 luglio 1983, n. 1375, Giaemelli, massima n. 160030; Sez. 3[^], 26 settembre 1984, n. 10190, Saccuzzo, massima n. 166746; Sez. 5[^], 21 giugno 1985, n. 6676, Bossa, massima n. 170006; e Sez. 6[^], 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, massima n. 200707).

Né è condivisibile la valutazione riduttiva della citata sentenza Haouhu secondo cui il principio su riportato sarebbe stato affermato senza adeguato discernimento tra le norme incriminatrici, "complete di precetto e sanzione, costitutive di una fattispecie di reato" e le altre norme penali "che si riferiscono a elementi accessori (circostanze del reato)".

Invero la Suprema Corte ha affrontato ex professo, nell'esercizio del magistero nomofilattico, la questione della ermeneutica della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4. e gli arresti censiti hanno ribadito il principio che la norma in parola "si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali" anche con riferimento alla declaratoria della illegittimità costituzionale di norme penali (diverse da quelle incriminatrici), incidenti sul trattamento sanzionatorio.

La conclusione che la previsione dell'art. 30 L. 87/53 è circoscritta alle (sole) norme incriminatrici è suffragata dalla analisi della oggettiva disciplina giuridica stabilita dalla suddetta disposizione. Invero la previsione dell'effetto della cessazione, non solo della esecuzione, ma anche congiuntamente e perentoriamente di "tutti gli effetti penali" della "sentenza irrevocabile di condanna" implica necessariamente – all'evidenza - il radicale presupposto della abolitio criminis.

Invero, è evidente che la previsione della cessazione di "tutti" gli effetti penali della condanna irrevocabile contenuta in detta norma è del tutto inconciliabile con la dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato giudicato.

Inoltre, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., successivo alla L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, deve ritenersi che quest'ultima norma sia stata implicitamente abrogata, essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera in radice la revoca della sentenza di condanna.

In relazione alla difformità incorsa nella soluzione nella medesima quaestio iuris, rispetto al precedente arresto della S.C. del 27 ottobre 2011 Haouhu, la Corte di Cassazione ha ritenuto di non dover investire le Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., non ravvisando un vero e proprio contrasto di giurisprudenza in quanto la su citata pronuncia difforme è del tutto isolata e

resistita dal costante, concorde indirizzo di questa Corte suprema, consolidato in senso contrario, che la presente decisione fa proprio e ribadisce.

Cass. sez. 4^a sentenza n. 3881 del 28.6.00 Armanini

La sentenza del 28.6.00 Armanini, pur essendo più risalente nel tempo, affronta e risolve in termini del tutto attuali il problema della possibilità di intaccare il giudicato in sede esecutiva quando sia intervenuta una disposizione di legge più favorevole all'imputato dal punto di vista sanzionatorio e la sanzione più severa, applicata in virtù della legge abrogata, sia ancora in essere o spieghi, comunque, i suoi effetti.

Il Collegio ha ritenuto che, per il principio di legalità, che impronta di sé l'intero sistema penale, debba potersi rilevare anche in sede esecutiva l'irrogazione di una pena che sia illegittima "ab origine" o che lo sia divenuta a seguito dell'entrata in vigore di una legge che preveda un trattamento più mite per l'imputato quando la pena più grave sia ancora in corso o ne siano perduranti gli effetti.

Nel caso di specie la Corte di Cassazione ha affermato che il principio di legalità, elevato a rango di norma fondamentale nell'art. 25 della Costituzione, non riguarda solo la previsione dei reati ma anche il sistema sanzionatorio nel suo complesso comprensivo del tipo, della qualità e della durata delle pene, per cui l'ordinamento non tollera non solo che si dia esecuzione ad una pena che, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, non aveva all'epoca in cui venne irrogata il suo fondamento nella legge ma neanche che perdurino la esecuzione e gli effetti di una pena che il legislatore ha espunto dall'ordinamento stesso con legge successiva a quella in cui la pena stessa venne applicata, trovandola non più rispondente ai canoni di giustizia, di ragionevolezza, di proporzionalità, di adeguatezza rispetto alla complessa funzione che alla pena è demandata.

Cass. sez. 1^a sentenza n. 28468 del 23.4.13 Facchineri

Ancora più di recente la Corte di Cassazione, con la sentenza del 23.4.13 Facchineri, ha affermato che "il giudice dell'esecuzione ha (...) in astratto il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, in quanto in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (Cass. sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977 rv. 252062, PM in proc. Hauohu), nella fattispecie tuttavia il giudice dell'esecuzione non potrebbe esimersi dall'effettuare una nuova e inammissibile valutazione di merito, non potendo essere sufficiente una mera attività ricognitiva circa la già avvenuta ravvisabilità della fattispecie (anche circostanziale) e una semplice attività di emersione di efficacia."

Nel caso di specie l'imputato aveva chiesto, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 673 c.p.p., art. 136 Cost., e L. n. 87 del 1953, art. 30, la declaratoria di non eseguibilità della sentenza che lo aveva condannato per il reato di cui all'art. 630 cp, dovendosi rideterminare e ridurre la pena da eseguire previa applicazione della diminvente di cui all'art. 311 c.p. (fatto di lieve entità) in forza dell'avvenuta declaratoria di illegittimità incostituzionale dello stesso art. 630 c.p., con sentenza 23 marzo 2012, n. 68 della Corte Costituzionale, nella parte in cui non prevede l'applicazione della predetta diminvente nei casi di ricorrenza dei relativi presupposti.

Il giudice dell'esecuzione aveva rigettato la richiesta rilevando come ostasse, al riconoscimento in fase esecutiva della diminvente in parola, l'intangibilità del giudicato.

Avverso il citato provvedimento ha interposto ricorso per cassazione l'imputato, rilevando che il forte carattere di giurisdizionalizzazione del procedimento di esecuzione avrebbe consentito al giudice di impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta attraverso una sentenza divenuta irrevocabile, fosse ingiustamente sofferta dal condannato sulla base di una norma dichiarata successivamente illegittima dalla Corte Costituzionale.

La S.C. ha affermato che osta all'accoglimento della richiesta, a prescindere dalle primarie considerazioni circa l'inviolabilità del giudicato che pur nell'evoluzione giurisprudenziale rimane come caposaldo e punto di riferimento dell'intera fase esecutiva, l'osservazione che l'attenuante invocata, di cui all'art. 311 c.p., è circostanza avente natura oggettiva.

Pertanto, questo diverso piano valutativo dell'attenuante, richiederebbe sul punto, da parte del giudice di merito, onde accedere alla valutazione di sussistenza, un esame discrezionale che non

può più essere svolto (dal giudice di esecuzione) proprio per lo sbarramento costituito dalla irrevocabilità della sentenza. La rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione la fattualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un'incursione nel merito di causa che non sia tout court apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali.

Inoltre è ostativa all'accoglimento del ricorso anche una seconda valutazione di discrezionalità, che attiene all'entità della diminuzione stessa (in quanto l'art. 311 cod. pen. si limita a prevedere che la pena sia diminuita) non essendo possibile stabilire l'esatta ampiezza dell'abbattimento.

Anche questa operazione coinvolge una disamina approfondita della specifica vicenda, richiedendo una nuova valutazione del comportamento del soggetto e l'apprezzamento di tutte le circostanze di fatto che hanno accompagnato la vicenda, apprezzamento che non è pensabile né ammissibile che possa essere operata dal giudice dell'esecuzione neppure incidentalmente.

Se il giudice dell'esecuzione ha dunque, in astratto, il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, in quanto, in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953, le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, (Cass., Sez. 1, 27 ottobre 2011, n. 977, rv. 252062, P.M. in proc. Hauohu), nella fattispecie tuttavia il giudice dell'esecuzione, non potrebbe esimersi dall'effettuare una nuova e inammissibile valutazione di merito, non potendo essere sufficiente una mera attività ricognitiva circa la già avvenuta ravvisabilità della fattispecie (anche circostanziale) e una semplice attività di emersione di efficacia. Al contrario, viene richiesto un nuovo accertamento fattuale non più tangibile, che impedisce definitivamente e per sempre l'interpretazione invasiva del giudicato ancorché al solo fine di uniformarlo all'ordinamento vigente.

Cass. SS.UU. ordinanza n. 34472 del 19.4.12 dep. 19.10.12 imp. Ercolano

Le Sezioni Unite penali della S.C. con ordinanza n. 34472 del 19.4.12, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 ed 8 del DL 24.11.2000 n. 314 convertito dalla legge 19.1.2001 n. 4 in riferimento agli artt. 3 e 117 Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, hanno espressamente affermato il principio del carattere recessivo del giudicato penale ineseguito rispetto alla successiva declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale, diversa da quella incriminatrice, sulla scorta della quale è stata emessa la sentenza di condanna definitiva.

Il caso sottoposto all'esame della SC era quello di un soggetto, condannato in primo grado all'ergastolo in un momento in cui non era consentito l'accesso al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, che, a seguito della modifica dell'art. 442 co. 2 cpp (alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione ad anni 30), aveva fatto richiesta di giudizio abbreviato in sede di appello, prima della conclusione del quale era intervenuta la norma di cui all'art. 7 DL 24.11.2000 n. 341, che, al co. 1, aveva chiarito che l'espressione pena dell'ergastolo contenuta nell'art. 442 co. 2 cpp andava intesa come ergastolo senza isolamento diurno e, al co. 2, aveva introdotto nell'art. 442 cpp un terzo comma che prevedeva che alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nel caso di concorso di reati, fosse sostituita quella dell'ergastolo.

Pertanto al soggetto in questione veniva inflitta, dalla Corte di Appello, la pena dell'ergastolo, divenuta definitiva.

Il giudice dell'esecuzione rigettava l'istanza del condannato volta ad ottenere la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di anni 30 per violazione dell'art. 7 CEDU.

Avverso tale rigetto veniva proposto ricorso per Cassazione.

La Corte Costituzionale, con sentenza 18.7.13 n. 210, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 co. 1 DL 24.11.2000 n. 341.

In particolare, nella suddetta ordinanza di rimessione, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato quanto segue.

Il principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU non ha solo una portata negativa, quale divieto cioè di applicazione retroattiva sia della norma incriminatrice sia di un trattamento sanzionatorio più sfavorevole, ma ha anche una portata positiva, costituita dalla esigenza di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole.

L'art. 7 CEDU, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, delinea un nuovo profilo del principio di legalità in materia penale: non solo la irretroattività della legge penale più severa, principio già contenuto nell'art. 25 Cost., ma anche implicitamente la retroattività o ultrattività della *lex mitior*, in quanto va ad incidere sulla configurabilità del reato o sulla specie e sull'entità della pena e quindi sui diritti fondamentali della persona.

La violazione del suddetto principio in sede esecutiva, anche a costo di porre in crisi il dogma del giudicato, non può essere tollerata, in quanto legittimerebbe l'esecuzione di una pena illegittima e determinerebbe una patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione.

La crisi dell'irrevocabilità del giudicato è riscontrabile nell'art. 2 co. 3 cp, inserito dall'art. 14 della legge 24.2.2006 n. 85, secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna definitiva si converte automaticamente nella corrispondente pena pecuniaria se la legge posteriore al giudicato prevede esclusivamente quest'ultima, regola, questa, che deroga a quella posta al co. 4 del medesimo art. 2 cp che prevede il primato della *lex mitior*, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

A tale novità normativa può essere accostato in via analogica il novum dettato dalla Corte EDU in tema di legalità della pena: in entrambi i casi si riscontra l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem* che prevale sulla tenuta del giudicato, il quale deve cedere anche in *executivis* allo statuto della pena.

Tale principio è già stato affermato da Cass. sez. 1^a sentenza n. 977 del 27.10.11 Hauohu.

In applicazione dello stesso principio è consolidato l'orientamento giurisprudenziale circa la possibilità di emendare in sede esecutiva l'illegalità della pena accessoria inflitta con condanna irrevocabile (ex plurimis Cass. sez. 1^a sentenza n. 38245 del 13.10.10 Di Marco).

L'art. 30 co. 4 legge 87/1953 dispone che, quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza di condanna irrevocabile, 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.

L'art. 30 co. 4 legge 87/1953 ha un campo di operatività più esteso rispetto a quello dell'art. 673 cpp, il quale fa riferimento alle sole norme che prevedono specifiche fattispecie incriminatrici.

L'art. 30 co. 4 legge 87/1953 invece ha una portata di più ampio respiro, in quanto impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata incostituzionale, senza coinvolgere il precetto, e ciò in coerenza con la funzione che la pena, ex art. 27 Cost, deve assolvere dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione. Trattasi di disposizione che, derogando al principio della intangibilità del giudicato, va ad incidere su una situazione esecutiva non ancora esaurita.

L'art. 30 co. 4 legge 87/1953, al pari della previsione di cui all'art. 2 co. 3 cp, si pone come eccezione alla regola di cui al co. 4 del medesimo art. 2 cp, secondo cui si applica al reo la disposizione più favorevole, salvo che sia stata pronunciata sentenza di condanna irrevocabile, e legittima quindi il superamento del giudicato di fronte alla primaria esigenza, insita nell'intero sistema penale, di tutelare il diritto fondamentale della persona alla legalità della pena anche in fase esecutiva e di assicurare parità di trattamento tra i condannati che versano in una identica situazione.

Cass. sez. 1^a sentenza n. 38245 del 13.10.10 Di Marco

La SC, con la sentenza su indicata, in sintonia con la giurisprudenza assolutamente prevalente della stessa Corte, ha affermato quanto segue.

La pena accessoria, come ogni altra pena, ha uno statuto di valenza costituzionale (art. 25 Cost.) che impone un'interpretazione in tal senso orientata.

Tutto il sistema processuale tende all'adeguamento della pena non solo al giusto, secondo parametri di legge, ma anche alla sua legalità, per natura e quantità, entro il tetto massimo previsto per quella specie.

Nel caso in questione si tratta di pena accessoria erroneamente irrogata oltre la misura di legge.

La pena accessoria corretta è predeterminata edittalmente per specie e misura.

In una interpretazione costituzionalmente orientata, la pena illegale per specie e/o misura va corretta anche in executivis, dovendo tendenzialmente cedere il giudicato a tale più alta valenza fondativa dello statuto della pena.

Il limite di cui all'art. 130 c.p.p., secondo cui la correzione non deve portare ad una modificazione essenziale dell'atto, va inteso nel senso che non si deve trattare di un'indebita incursione nel potere valutativo-decisionale del giudice della cognizione, ma non opera quando si tratti di mera applicazione di un effetto determinato ex lege.

Va tratto altresì argomento dal dettato dell'art. 183 disp. att. c.p.p., che autorizza l'applicazione in executivis della pena accessoria predeterminata nella specie e nella durata, se a ciò non si è provveduto con la sentenza di condanna, e dunque in malam partem, restando del tutto illogico che a tanto non si possa provvedere in sede esecutiva in bonam partem.

Anche tale asserto costituisce un vulnus al principio della intangibilità del giudicato.

Conclusioni

Con riferimento alla questione che ci occupa - declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 73 co. 1 DPR 309/90, come modificato dal DL 30.12.2005 n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21.2.06 n. 49, nella parte in cui equiparava, sotto il profilo sanzionatorio, le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle 2^a e 4^a cd. droghe leggere (pena originaria da 2 a 6 anni di reclusione) a quelle di cui alle tabelle 1^a e 3^a cd. droghe pesanti (pena introdotta da 6 a 20 anni di reclusione) -, si pongono in astratto i seguenti problemi per le sentenze di condanna divenute definitive e non ancora del tutto eseguite per reati commessi successivamente all'entrata in vigore del DL su indicato.

- 1) Il giudicato va comunque sempre eseguito in ossequio al principio della intangibilità dello stesso?
- 2) Il giudicato non va eseguito nella sola ipotesi in cui la pena irrogata sia superiore al limite massimo edittale attuale ai sensi dell'art. 73 co. 4 DPR 309/90?
- 3) Il giudicato non va eseguito in ogni caso, anche nella ipotesi in cui la pena in concreto irrogata sia conforme al limite (minimo o massimo) edittale attuale ai sensi dell'art. 73 co. 4 DPR 309/90, ma alla determinazione della stessa si sia pervenuti partendo dalla pena preesistente illegittima?
- 4) Entro quali limiti è consentito al giudice dell'esecuzione sindacare e modificare la pena determinata dal giudice della cognizione (ad es. qualora, nell'ipotesi di concorso di reati o di reato continuato, il giudice della cognizione non abbia indicato espressamente gli aumenti di pena per ciascuno dei diversi reati concorrenti o in continuazione)?
- 5) L'incidente di esecuzione volto all'adeguamento della pena irrogata a quella legale deve essere promosso dal condannato o va promosso d'ufficio dal PM?

Tenuto conto degli arresti giurisprudenziali su riportati, e in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, si dovrebbe concludere che:

- a) la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale esclusivamente sanzionatoria dovrebbe prevalere sul giudicato non eseguito, quantomeno nell'ipotesi in cui la sentenza abbia irrogato una pena attualmente illegittima (cioè superiore al massimo edittale attualmente vigente), in omaggio ai principi costituzionali desumibili dagli artt. 3, 25 e 27 Cost., secondo cui non appare conforme a giustizia che un soggetto debba scontare anche solo una porzione di pena in conseguenza di una norma dichiarata illegittima in quanto contraria ai principi della Costituzione;
- b) in tal caso il PM, quale garante dell'osservanza delle leggi e della regolare amministrazione della giustizia (art. 73 Ordinamento Giudiziario), dovrebbe promuovere d'ufficio l'incidente di esecuzione per chiedere al giudice dell'esecuzione di adeguare la pena irrogata a quella attualmente vigente.

Napoli, 10.5.14

**Il Procuratore della Repubblica Aggiunto
dr. Nunzio Fragliasso**

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

SOMMARIO: 0. Premesse: la sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014. – 0.1. (continua): ... il ritorno alla disciplina previgente. – 0.2. (continua): ... per le cd “droghe pesanti”. – 0.3. (continua): ... per le cd “droghe leggere”. – 1. Altre brevi premesse: il valore del Giudicato. – 1.1. (continua): il Giudicato come inteso dalla Corte di Giustizia UE. – 1.2. (continua): il Giudicato come inteso dalla CEDU. – 1.3. (continua): il Giudicato in materia penale. – 1.3.1. (continua): i limiti del Giudicato in materia penale – 1.3.2. (continua): il bilanciamento tra valori opposti, contrapposte esigenze. – Giudicato vs. Libertà personale. – 1.4. (continua): Il valore del Giudicato salva l’art. 673 c.p.p. da una sentenza additiva della Corte Costituzionale. – 2. Un’opportuna distinzione: l’annullamento costituzionale non si sovrappone all’abrogazione legislativa. – 2.1. (continua): distinzione riconosciuta dalla Corte Costituzionale – 2.2. (continua): Quali differenze tra i due istituti, fenomeno abrogativo (successione di leggi nel tempo) e annullamento costituzionale. – 3. Le questioni irrisolte: quali effetti della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione penale sulle sentenze definitive. – 3.1. (continua): La dichiarazione di incostituzionalità di una legge incriminatrice. – 3.2. (continua): La dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale non incriminatrice. 3.3. (continua): Era necessario il rinvio alle Sezioni Unite?... alcuni spunti dalle Sez. Un. Ercolano e dalla conseguente sentenza della Corte Costituzionale 210/2013.

0. Premesse: la sentenza della Corte Costituzionale num. 32/2014.

La pronuncia costituzionale del 12 febbraio 2014, n. 32, anticipata da un comunicato stampa¹ diramato lo stesso giorno dal sito della Corte, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, 1° comma, della L. 21 febbraio 2006, n. 49.

La novità, per quanti frequentano (nelle più varie vesti) le aule di Giustizia, è dirompente. Le succitate disposizioni della c.d. Legge Fini-Giovanardi, dopo aver assistito alla accensione di ben tre bracieri olimpici (Olimpiadi invernali di Torino, di Vancouver, e di Sochi), ed otto anni di vigenza a pieno regime², sono state definitivamente espulse dall’ordinamento giuridico.

¹ L’Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, il 12.02.2014 ha diffuso dal sito internet il seguente comunicato. “*Trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti.*

La Corte costituzionale, nella odierna Camera di consiglio, 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, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico in materia di stupefacenti)”.

Sebbene sia incontestabile l’opinione di quanti concordano nel ritenere che gli effetti caducatori di una pronuncia di incostituzionalità si producono con la pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale, si discute se possano prodursi effetti, ed eventualmente quali ed in quale misura, sin dalla diffusione ufficiale da parte della Consulta di comunicati stampa anticipatori.

La diffusione di comunicati stampa di tal fatta, pur non frequente, è misura ideata a scongiurare pregiudizi irreparabili e fa affidamento sulla lealtà degli altri organi costituzionali.

Per un approfondimento sul punto Gragnani Anna, *Comunicati stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte Costituzionale? Sugli “effetti preliminari” della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, fasc.1, 2013, pag. 531 e seg. Sul punto anche Cass. Pen. Sez. IV, 28.02.2014, num. 13903, Spampinato.

² Le stime pubblicate da *Il Sole 24 Ore*, contano, alla data del 31 dicembre 2013, stando ai dati del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, 24.273 detenuti per reati previsti dalla legge sulla droga. Almeno il 40% per droghe leggere.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

L'art. 136, 1° comma, Cost., corretto nell'interpretazione³ degli effetti dalla lettera dell'art. 1, 1° comma, della L. Cost. del 09 febbraio 1948 n. 1, ammonisce che “*la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”; pubblicazione avvenuta mediante deposito nella cancelleria della Corte in data 25 febbraio 2014 e quindi pubblicata sulla prima serie speciale della gazzetta Ufficiale in data 05 marzo 2014.

0.1. (continua): ... il ritorno alla disciplina previgente.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità dell'intervento riformatore del 2006 perché avvenuto al di fuori dei poteri normativi dell'esecutivo, si preoccupa di porre il sistema nazionale al riparo da vuoti normativi censurabili a livello sovranazionale. Infatti è la Consulta stessa a chiarire che “*se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.*”.

Il *decisum* della Consulta specifica quindi che per gli effetti della declaratoria di incostituzionalità: “*(...) 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*”⁴.

Le istruzioni così confezionate dall'*obiter* della Corte manifestano un'apprensività eccessiva rispetto all'operato del Giudice comune: giurisprudenza e dottrina sono infatti da tempo concordi nel ritenere che l'accertamento della illegittimità costituzionale di una disposizione ne travolge tutti gli effetti compreso anche quello abrogativo della legge più antica che riacquisterà, per ciò solo, vigore⁵.

Due le osservazioni che non possono mancare.

Da un lato, si annota che il riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., e di rimando alla decisione quadro 2004/757 GAI, invocato dai Giudici delle Leggi per giustificare la penalizzazione delle condotte di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, era stato individuato come uno dei parametri per valutare la illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate⁶. Dall'altro, quindi, si ricorda che la decisione quadro in parola non è mai stata recepita dall'ordinamento italiano, tanto che la legge comunitaria del 2009 (L.

Quanto detto non pare discostarsi dalla situazione illustrata il 21.01.2014 dal Ministro della Giustizia, Annamaria Cancellieri, e riportata nel testo *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia anno 2013*, disponibile *on line* all'indirizzo internet http://www.giustizia.it/_giustizia/protected/981054/0/def/ref/NOL980845. Degli oltre 64 mila detenuti definitivi, almeno 23 mila per reati afferenti il traffico di sostanze stupefacenti; dei quasi 24 mila detenuti non definitivi, 8.657 si trovano in custodia cautelare per il reato di produzione e spaccio di sostanze stupefacenti.

³ Camaioni Salvatore, *Successione di leggi penali*, CEDAM, 2003, pag. 146 e seg. Podo Carla, *Successione di leggi penali*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Vol. XVI, UTET, 1970, pag. 685.

⁴ Corte Costituzionale num. 32/2014. L'effetto è quello della “*reviviscenza*” della norma più antica: più ampiamente, Gambardella Marco, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge Fini Giovanardi*, in *Arch. Pen.*, 2014, fasc. 1. ID., *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento*, in *Cass. Pen.*, 2011, pag. 1349; Barbare Augusto, *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizioni abrogate*, in www.forumcostituzionle.it.

⁵ Gallo Marcello, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1956, pag. 732.

⁶ Nella Camera di Consiglio del 16.04.2014 si è svolto l'esame delle altre ordinanze di rimessione (281/2013, 1/2014 e 6/2014) degli artt. 4 bis e 4 vices-ter, c. 2° lett. a) e 3° D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 (già dichiarati incostituzionali). I parametri di costituzionalità avanzati e relazionati dal Giudice, dott. Marta Cartabia, sono stati individuati negli artt. 11, 77, comma 2° e 117, comma 1° Costituzione, in relazione agli artt. 4 paragrafo 1° e 2° lett. b) prima parte della Decisione quadro Consiglio dell'Unione europea 25.10.2004 n. 757 GAI; art. 49, paragrafo 3° Carta dei diritti fondamentali U.E.; art. 4, comma 3° del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

96/2010), all'art. 52, rubricato "*Delega al Governo per l'attuazione di decisioni quadro*", incarica il Governo ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per l'attuazione di alcune decisioni quadro, tra cui (lett. d) la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

L'affermazione secondo il ritorno al regime normativo delineato dal d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, sarebbe imposto dalla necessità di evitare una violazione del diritto dell'Unione europea dunque non coglie nel segno.

Il ritorno alla disciplina previgente impone un'osservazione ulteriore: dal confronto tra la normativa introdotta nel 2006 e quella anteriore, si evince che l'intervento costituzionale del 12.02.2014 – oggetto di notevole aspettativa da parte degli operatori – non è in assoluto migliorativo della posizione processuale di tutti gli imputati per reati afferenti agli stupefacenti.

*"Stabilito (...) che (...) riprende applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate, resta da osservare che, mentre esso prevede un trattamento sanzionatorio più mite, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cosiddette "droghe leggere" (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), viceversa stabilisce sanzioni più severe per i reati concernenti le cosiddette "droghe pesanti" (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni)"*⁷.

Non si può non ricordare, senza che ciò sia confuso con un fuor d'opera, che la Consulta ha potere di intervento anche su leggi penali di favore (quali cause di giustificazione, scusanti, attenuanti che distraggono talune condotte dall'ambito di operatività della legge generale più sfavorevole,...) con conseguenze additive *in malam partem*⁸.

In tal senso la pronuncia in esame accantona qualsiasi dubbio ricordando a se stessa e ai lettori che *"sin dalla sentenza n. 148 del 1983, si è ritenuto che gli eventuali effetti in malam partem di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di «configurare nuove norme penali» (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che non rileva nel presente giudizio, dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore"*.

0.2. (continua): ... per le c.d. "droghe pesanti".

I Giudici con la sentenza che si commenta hanno legittimato la nomenclatura, pur atecnica ma ben rappresentativa, da sempre in auge presso gli operatori del diritto, definendo rispettivamente "droghe pesanti" e "droghe leggere" le sostanze riportate nelle diverse tabelle che corredano il testo del d.P.R. n. 309 del 1990.

⁷ Corte Costituzionale num. 32/2014.

⁸ Sul punto, Gambardella Marco, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 467.

Veneziani Paolo, *Opinioni a confronto – Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2007. L'Autore, a pag. 233-234, rievoca un'interessante *distinguo* tra quelle che definisce "norme favorevoli" e quelle che chiama "norme penali di favore". Solo in relazione a queste ultime, che distraggono una certa classe di soggetti attivi o condotte dall'ambito di applicazione di altra disposizione, pur essa vigente, maggiormente comprensiva, è consentito alla Consulta un controllo di costituzionalità *in malam partem*. Carmona Angelo, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 717. Scoletta Marco, *La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. Penale Contemporaneo*, disponibile on line.

Vedi, Corte Costituzionale num. 148/1983, 394/2006 e 5/2014.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

Come già anticipato, il trattamento sanzionatorio previsto per le droghe pesanti dalla legge anteriore era più severo, contemplando un minimo edittale di anni otto di reclusione, anziché sei.

Nonostante possa affermarsi, senza temuta di smentita, la reviviscenza della legge anteriore, sul fronte delle droghe pesanti si aprono alcuni dubbi interpretativi.

Per quanti abbiano già maturato un giudicato di condanna sulla base della norma dichiarata incostituzionale, un intervento sulla statuizione definitiva sarebbe precluso dal divieto di *bis in idem*⁹.

Più articolate, invece, le questioni che si schiudono a seguito del giudizio costituzionale riguardo i processi in corso. Tra essi potranno essere distinti quelli relativi a fatti commessi sotto la vigenza della legge anteriore, quindi sino al 27 febbraio 2006 dalle condotte tenute a partire dal 28 febbraio 2006 sino al 06 marzo 2014. La distinzione introdotta, che guarda al periodo di vigenza delle disposizioni incriminatrici, è funzionale all'individuazione di regimi applicativi differenziati per i c.d. "fatti progressi" rispetto alle c.d. "condotte concomitanti"¹⁰.

In virtù delle garanzie di cui all'art. 25, 2° comma, Cost.¹¹, secondo il quale "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*", quanti fossero a giudizio per fatti di traffico di "droghe pesanti" commessi tra il 28 febbraio 2006 e il 06 marzo 2014 (condotte concomitanti) non dovrebbero risentire degli effetti *in pejus* della declaratoria di incostituzionalità¹². Il principio di stretta legalità in materia penale che si compiace di assicurare al cittadino "*libere scelte di azione*"¹³ (art. 25, 2° comma, Cost.) sarebbe infatti violato se – contrariamente ai criteri minimi di prevedibilità ed accessibilità¹⁴ – taluno fosse punito sulla base di una legge che

⁹ Viganò Francesco, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Dir. Penale Contemporaneo*, disponibile on line, pag. 14.

¹⁰ Camaioni Salvatore, *Successione di leggi penali*, cit., pag. 155 e seg. Per un'analogia distinzione Del Corso Stefano, *Successione di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Utet, 1998, pag. 109-110.

¹¹ Gallo Marcello, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, cit., pag. 738. L'Autore considera ambiguo il richiamo all'art. 25, 2° comma, Cost., poiché osserva che la legge anteriore a quella illegittima dovrebbe apprezzarsi quale legge "in vigore prima del fatto commesso". Cionondimeno, però, le istanze di cui all'art. 136 Cost. debbono essere coordinate con il principio fondamentale veicolato dall'art. 25 Cost.: "*L'inapplicabilità della norma costituzionalmente illegittima rispetto alle fattispecie verificatesi prima del momento in cui è venuta a cessare l'efficacia, è esclusa allorché ne deriverebbe l'applicazione della legge anteriore più sfavorevole per il reo*".

¹² Di Giovine Ombretta, *Opinioni a confronto – Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2007, pag. 217-218.

¹³ Corte costituzionale num. 364/1988 (relativa all'art. 5 c.p.) "*Il principio di colpevolezza e, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella 'non colpevole' e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto*". Romano Mario, *Commentario sistematico al codice penale*, Vol. I, Giuffrè, 2004-2011, pag. 78.

¹⁴ La giurisprudenza della Corte EDU ha sviluppato il principio di legalità partendo dalla lettera – non entusiasmante – dell'art. 7, 1° comma, CEDU, che sancisce come "*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*".

La dimensione CEDU del principio di legalità interpretato dai Giudici di Strasburgo (e in quanto tale vincolante alla luce del *dictum* delle sentenze "gemelle" della Corte Costituzionale num. 348 e 349 del 2007) si riduce – rispetto alla prospettiva italiana, più garantista – alla prevedibilità ed accessibilità delle soluzioni giudiziarie. In tal senso, CEDU S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, ricorso n. 20166/92: "*The Court thus indicated that when speaking of "law" Article 7 (art. 7)*

non poteva conoscere al momento del fatto. E deve considerarsi non conoscibile quella norma abrogata da una legge successiva: nessun orientamento motivazionale infatti l'agente poteva trarre dalla legge abrogata dal Decreto Olimpiadi.

Se per la schiera degli imputati per fatti concomitanti non pare pensabile un ritorno alla disciplina previgente, la cernita della legge loro applicabile risulta operazione non così immediata e banale¹⁵. Da un lato, e per effetto del principio di stretta legalità, è preclusa – come s'è giustificato – la riattivazione delle cornici edittali anteriori al 27 febbraio 2006, di contro parrebbe impedita negli effetti, stante il principio di legalità costituzionale, la disciplina dichiarata illegittima¹⁶.

Per quanti invece fossero ancora imputati per fatti di traffico di “droghe pesanti” commessi sino al 27 febbraio 2006, nessun pregio avrebbe invocare l'adagio inaugurato da Feuerbach, *nullum crimen sine lege*, per assicurare loro il trattamento sanzionatorio *mitior* introdotto dalla Legge Fini Giovanardi. Infatti, non è possibile negare che gli autori di fatti pregressi abbiano orientato le loro condotte alla previgente disciplina che contemplava un minimo edittale più elevato. Per essi altro è l'interrogativo sul tappeto: il principio di retroattività della *lex mitior* concernente la definizione dei reati e delle pene, affermato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo come corollario del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, è sensibile alla declaratoria di incostituzionalità? La Corte Costituzionale nella sentenza del 19 luglio 2011 num. 236 è già intervenuta *incidenter tantum* sul punto specificando che “*il principio di retroattività della legge favorevole non può essere senza eccezioni*”. Ed allora non è possibile sfuggire al dubbio residuo: anche la legge dichiarata incostituzionale, se *mitior*, opera retroattivamente, giovando a quanti abbiano tenuto la condotta in epoca anteriore? La risposta suggerita dal tenore letterale degli artt. 136, 1° comma, Cost., 1, 1° comma, della L. Cost. del 09 febbraio 1948 n. 1, e dall'art. 30, L. 87 dell'11 marzo 1953, è negativa¹⁷. Nello stesso senso depone

alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see, as a recent authority, the Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, pp. 71-72, para. 37). 36. However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen”. L'applicazione di un diritto che sia “foreseeable development of the law” non è violativo dell'art. 7 CEDU.

¹⁵ Fiandaca Giovanni – Musco Enzo, *Diritto penale-Parte Generale*, VI Ed., 2010, Zanichelli, pag.102.

¹⁶ Romano Mario, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., pag. 78. Vale la pena riportare le conclusioni formulate dall'Autore. “*I fatti commessi durante la presenza nell'ordinamento della legge poi dichiarata illegittima, dunque, non sono punibili né in base a tale legge (art. 136 Cost., art. 30 L. 11 marzo 1953 n. 87), né in base alla legge precedente, che la Corte accerti essere stata nel frattempo sempre in vigore*”. *Contra*, tra gli altri, Gallo Marcello, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, cit., pag. 740. L'Autore denuncia l'incongruenza della soluzione che assicurerebbe l'impunità del reo nelle ipotesi di condotta sanzionata più severamente dalla legge dichiarata incostituzionale; Gambardella Marco, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, cit., pag. 485. L'Autore sostiene che l'inapplicabilità delle disposizioni incostituzionali di norma speciale (sincronica) di favore tollera una deroga: la norma incriminatrice di favore pur incostituzionale si applica – nonostante il suo annullamento – alle condotte concomitanti. Cfr., Fiandaca Giovanni – Musco Enzo, *Diritto penale-Parte Generale*, cit., pag. 102.

¹⁷ In questo senso, anche l'opinione di Romano Mario, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., pag. 79.

l'argomento logico per il quale non può operare – mai, quindi nemmeno retroattivamente – la legge invalida espunta dall'ordinamento, poiché “*nata geneticamente morta*”¹⁸. Medesima soluzione è stata individuata anche dallo studio sfociato nel Progetto 1992 predisposto dalla Commissione Pagliaro: in casi analoghi prevede che ai fatti pregressi si applichi la legge precedente a quella caducata dall'intervento censorio della Consulta¹⁹. Cionondimeno, non si può non constatare che laddove la risposta statale alle condotte di costoro fosse stata più tempestiva, a prescindere dall'esito del giudizio di costituzionalità, detti imputati avrebbero potuto godere (ed assicurarsi) degli effetti favorevoli propri della legge dichiarata poi incostituzionale.

0.3. (continua): ... per le c.d. “droghe leggere”.

Più complessa appare la gestione delle fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 aventi ad oggetti “droghe leggere”²⁰, poiché esse debbono essere governate nel rispetto del principio di favorevolezza²¹.

Quanto ai giudizi non ancora conclusi, l'unica soluzione percorribile è il recupero integrale della normativa previgente, con riflessi di favore anche in punto di termine prescrizionale, sensibilmente ridotto ad anni 6 (salvi gli effetti della interruzione), rispetto ai 20 iniziali. Estinzione del reato per effetto della prescrizione peraltro inseguibile anche con ricorso per Cassazione, posto che a seguito dell'invalidazione costituzionale, la Suprema Corte sembrerebbe tenuta a rilevare anche *ex officio* (art. 609, 2° comma, c.p.) l'illegittima applicazione di norma incostituzionale²² ed annullare, di conseguenza, la sentenza gravata²³, rilevando eventualmente la prescrizione maturata. L'operazione in parola soffre di limiti che non possono essere omessi nell'esposizione; perché l'intervenuta prescrizione sia rilevabile in sede di legittimità occorrono, alternativamente, a) che il termine prescrizionale sia maturato in sede di merito, quindi prima della pronuncia della sentenza di secondo grado; b) che il ricorso per cassazione sia ammissibile e la prescrizione venga raggiunta nelle more del giudizio di legittimità.

Per il vero deve essere anche osservato che, al di là della distinzione tra capo e punto della sentenza rispetto alla formazione del giudicato, stando agli insegnamenti della Corte di Cassazione, il termine prescrizionale non correrebbe nel giudizio di rinvio, se l'oggetto dello stesso è circoscritto alla rideterminazione della pena²⁴.

La posizione processuale di coloro nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile, con condanna in corso d'esecuzione, è l'oggetto di questa riflessione che si pone l'obiettivo di illustrare una *quaestio iuris* e, come meglio si può in un terreno tanto

¹⁸ Cass. Pen. Sez. VI, 16.02.2007, num. 9270, B.S.

¹⁹ Art. 5, “in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge, applicazione dei criteri indicati nei punti 1, 2, 3 e 4, fatta salva l'applicabilità della legge precedente ai fatti commessi prima” Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (08 febbraio 1988) - Proposta di articolato (25 ottobre 1991), in <http://www.giustizia.it>.

²⁰ Ripristino delle antiche tabelle.

²¹ Di “favorevolezza” ampiamente discorre Camaioni Salvatore, *Successione di leggi penali*, cit.

²² Gambardella Marco, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge Fini Giovanardi*, cit.

²³ Cass. Pen. Sez. VI, 16.05.2013, num. 21982: “Nel giudizio di cassazione è rilevabile di ufficio, anche in caso di inammissibilità del ricorso, la nullità sopravvenuta della sentenza impugnata nel punto relativo alla determinazione del trattamento sanzionatorio in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma attinente alla determinazione della pena. (Fattispecie in cui il giudice di merito aveva negato la prevalenza dell'attenuante prevista dall'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata, in applicazione dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte poi dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. sent. n. 251 del 2012)”.

²⁴ Cass. Pen. Sez. II, 17.10.2013, num. 44949; Cass. Pen. Sez. Un., 26.03.1997, Attinà; Cass. Pen. Sez. Un., 19.01.1994, Cenerini; Cass. Pen. Sez. Un., 11.05.1993, Ligresti; Cass. Pen. Sez. Un., 23.11.1990, Agnese.

accidentato, ipotizzare percorsi argomentativi utili a vincere le preclusioni di un giudicato di condanna formato sulla legge dichiarata incostituzionale.

Prima di muoversi alla ricerca di rimedi – sempre che ve ne siano – a disposizione del condannato in via definitiva, in esecuzione pena, che si trovi a scontare una sanzione detentiva, divenuta eccedente e illegittima per effetto della sentenza costituzionale 32/2014, sia consentito subito dubitare dell'utilità del meccanismo di cui all'art. 314 c.p.p., che assicurerebbe l'equa riparazione per aver sofferto un'ingiusta detenzione.

Preliminarmente, si osserva anche che le *quaestiones* qui introdotte sono state oggetto di discussione in sede di elaborazione di progetti di riforma del codice penale, allo scopo di coordinare le disposizioni codicistiche all'attività della corte costituzionale, sconosciuta al tempo di entrata in vigore dell'attuale codice penale.

Procedendo ordinatamente, il disposto – già richiamato – di cui all'art. 5, comma 7°, del Progetto Pagliaro, prevedrebbe *“in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge, applicazione dei criteri indicati nei punti 1, 2, 3 e 4, fatta salva l'applicabilità della legge precedente ai fatti commessi prima”*. E quindi, per quanto qui interessa, in caso di declaratoria di incostituzionalità, *“(1) non retroattività delle norme incriminatrici e di ogni altra disposizione che comporti comunque un trattamento più sfavorevole; (2) retroattività delle leggi che rendono penalmente lecito un fatto prima incriminato, con effetto anche sull'eventuale giudicato; (3) retroattività di ogni altra disposizione che comporti comunque un trattamento più favorevole al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna. Nonostante la suddetta sentenza, stabilire la retroattività della sopraindicata disposizione, quando essa preveda una pena pecuniaria in luogo della precedente pena detentiva, ovvero quando l'esecuzione di una pena detentiva sia destinata a protrarsi, in forza del giudicato, oltre il limite massimo stabilito dalla nuova legge. Definire legge più favorevole quella che, unitariamente considerata, assicuri complessivamente ed in concreto tale trattamento”*²⁵.

Di analoga consistenza pare la proposta confezionata dalla Commissione Grosso.

Anche l'art. 5 dell'articolato, pubblicato il 26 maggio 2001, infatti, estende le regole della successione di leggi nel tempo ai casi di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge penale. Al cospetto di una pronuncia irrevocabile in corso di esecuzione, il Progetto Grosso si limita – similmente al precedente richiamato – a stabilire che la pena inflitta non potrà superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge successiva, e se la legge successiva prevede una pena di specie diversa da quella prevista precedentemente, a richiesta del condannato, viene commutata²⁶.

²⁵ Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (08 febbraio 1988) - Proposta di articolato (25 ottobre 1991), art. 5, in <http://www.giustizia.it>.

²⁶ Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Articolato 26 maggio 2001, art. 5, Efficacia della legge nel tempo. *“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge successiva, non costituisce reato; se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. / Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni, valutate unitariamente e in concreto, sono più favorevoli al reo, salvo che sia intervenuta pronuncia irrevocabile. In quest'ultimo caso la pena inflitta, non ancora eseguita o in corso di esecuzione, non può superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge successiva. Se la legge successiva prevede una pena di specie diversa da quella prevista precedentemente, e non ancora eseguita o in corso di esecuzione, a richiesta del condannato essa viene commutata con i criteri previsti dall'articolo 73 comma 3. / Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano alle leggi espressamente dichiarate eccezionali o temporanee, salvo che la legge successiva sia anch'essa dichiarata eccezionale o temporanea e abbia il medesimo oggetto. / Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano altresì nei casi di conversione di un decreto legge con emendamenti, limitatamente alle norme emendate, o di mancata conversione di un decreto legge, ferma in quest'ultimo caso l'applicabilità della legge del tempo per i fatti commessi prima dell'emanazione del decreto legge. / Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano altresì ai casi di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge penale. / Ai fini di questo articolo il reato si considera commesso nel momento in cui è stata portata a termine la condotta”*

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

Decisamente maggiori spunti di riflessione offre la bozza redatta dalla Commissione guidata dal professor Pisapia. Ai sensi del disposto di cui all'art. 6 dell'articolato²⁷, la disciplina della successione di leggi penali nel tempo si estende al caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, con la conseguenza che “*se sono diverse la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le leggi successive, si applichi quella che, valutata complessivamente e in concreto, risulti più favorevole per l'agente, salvo che sia intervenuta sentenza irrevocabile. In tale ultimo caso, prevedere che, se la legge successiva prevede una pena di durata minore o di specie meno afflittiva, la pena sia corrispondentemente rideterminata*”.

La proposta di riforma da ultimo licenziata, dunque, introduce uno strumento di larga novità, sconosciuto alle bozze di articolato che l'hanno preceduta: riconosce spazio alla rideterminazione della pena *in executivis*, laddove la legge successiva sanziona le medesime condotte con pena più mite, considerata la dosimetria sanzionatoria o la tipologia di sanzione. Identica soluzione nell'ipotesi di intervenuto giudizio di incostituzionalità di una legge penale non incriminatrice *ex novo*.

La soluzione suggerita risulta – nell'economia di questo scritto – di grande interesse, poiché costituisce l'occasione e insieme l'espedito retorico per avviare un approfondimento in ordine alla superabilità del giudicato a fronte della dichiarazione di illegittimità di una legge penale aggravatrice della posizione del reo.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle conseguenze giuridiche della sentenza 32 del 2014, sia consentito soffermare il discorso sul valore del giudicato.

1. Altre brevi premesse: il valore del Giudicato.

Il valore del giudicato inteso, ai fini di questa riflessione, quale punto d'approdo intangibile della *res iudicata*, esprime l'esigenza ordinamentale di conferire certezza ai rapporti giuridici esauriti.

È opportuno fare chiarezza da subito. Il giudicato che qui interessa non è quello cautelare né quello esecutivo, istituti che rappresentano mere preclusioni processuali impeditive di attività defatigatorie della difesa.

Se è vero che l'importanza del giudicato, contributo di stabilità del sistema, è riconosciuta a livello interno e sovranazionale, non meno validità ha l'affermazione secondo cui nessuna disposizione costituzionale assicura l'intangibilità al giudicato²⁸. Nonostante ciò

²⁷ Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Proposta di articolato, art. 6, Efficacia della legge penale nel tempo, “*Stabilire: a) la non retroattività delle norme incriminatrici e di ogni altra disposizione penale che comporti per l'agente un trattamento più sfavorevole; b) che nessuno sia punito per un fatto che non sia più previsto dalla legge come reato e che, se vi è stata condanna irrevocabile, ne cessino l'esecuzione e gli effetti penali; c) che, se sono diverse la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le leggi successive, si applichi quella che, valutata complessivamente e in concreto, risulti più favorevole per l'agente, salvo che sia intervenuta sentenza irrevocabile. In tale ultimo caso, prevedere che, se la legge successiva prevede una pena di durata minore o di specie meno afflittiva, la pena sia corrispondentemente rideterminata; d) che la disciplina di cui alle lettere precedenti si applichi anche in caso di successione di leggi diverse da quelle penali integratrici del precetto, da queste ultime richiamate; e) che la disciplina della successione di leggi penali nel tempo si applichi in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale; f) che la disciplina di cui alle lettere b) e c) non si applichi alle leggi espressamente dichiarate eccezionali o temporanee*”.

²⁸ Camaioni Salvatore, *Successione di leggi penali*, cit., pag. 155.

È registrato nei lavori della Commissione dei Settantacinque un intenso dibattito sull'opportunità di inserire in Costituzione il principio dell'intangibilità del giudicato. A seguito della seduta del 14 dicembre 1946, l'11 gennaio 1947 la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione procedeva al coordinamento degli articoli ed approvava la seguente formulazione: “*Art. 11. — La sentenza, non più soggetta ad impugnazione di qualsiasi specie, è immutabile e non può essere annullata o modificata neppure per atto del potere legislativo o esecutivo, salvo casi di legge penale abrogativa (o più favorevole?), di amnistia, di indulto e di grazia. / L'esecuzione della sentenza irrevocabile non può essere sospesa, se non nei casi espressamente previsti dalla legge*”. Infine, il testo definitivo dell'art. 104 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione: “*Le sentenze non più soggette ad impugnazione di*

è innegabile che il tema relativo al valore del giudicato si pone problematicamente a cavaliere tra il diritto costituzionale e il diritto processuale²⁹, coinvolgendo – in materia penale – i diritti fondamentali della persona.

Nel costituzionalismo multilivello di una costituzione per così dire “integrata” o “composta”³⁰, dove le elaborazioni giurisprudenziali delle istanze superiori nazionali (e non nazionali) si intrecciano in un proficuo dialogo tra Corti³¹, la portata dei valori fondamentali si espande in richiami reciproci che transitano per mezzo dell’art. 117, 1° comma, Cost. Quanto al riconoscimento del giudicato in materia penale la Corte Costituzionale italiana in una recente pronuncia³², su cui più oltre ci si soffermerà proprio perché relativa alla possibilità di vincere il giudicato penale, richiama i principi già elaborati nelle due Corti Europee, della UE (Corte di Giustizia UE) e del Consiglio d’Europa (CEDU). Vediamo dunque partitamente questi “saggi” di giudicato mutuati dalle esperienze delle Corti sovranazionali.

1.1. (continua): il Giudicato come inteso dalla Corte di Giustizia UE.

La CGUE puntualizza l’importanza del principio dell’autorità del giudicato e lo celebra al punto da ritenere prevalente l’interesse alla stabilità e certezza del diritto sulla corretta applicazione del diritto dell’Unione.

Merita dunque menzione, per comprendere appieno il richiamo speso dalla Consulta nella sentenza num. 230/2012, il principio di diritto emerso nell’ambito della decisione C-234/04, 16.03.2006, Kapferer³³, e ribadito più di recente in C-507/08, d.d. 22.12.2010, Commissione Europea c. Repubblica Slovacca.

qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia ed indulto. / L'esecuzione di una sentenza irrevocabile non può essere sospesa se non nei casi previsti dalla legge”.

²⁹ Serges Giovanni, *Il ‘valore’ del giudicato nell’ordinamento costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, dicembre 2009, pag. 2820.

La Corte Costituzionale con l’ordinanza 77 del 1982, da una parte, riconosce gli effetti del giudicato nell’impedire di “sottoporre a nuovo procedimento penale per il medesimo fatto chiunque sia stato condannato o prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile”, dall’altra ammette che “trattasi di uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, che non può subire deroghe se non nei casi espressamente previsti dalla legge”.

³⁰ Mayer Franz - Pernice Ingolf, *La costituzione integrata dell’Europa*, in *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, a cura di Zagrebelsky Gustavo, Laterza, 2003, pag. 43.

³¹ Ruggeri Antonio, “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), relazione al Workshop su Human Rights in European Criminal Law after the Treaty of Lisbon, svoltosi a Messina il 27 aprile 2013. ID., *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo... Ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2/2011.

³² Corte Costituzionale num. 230/2012.

³³ CGUE, C-234/04, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, 16.03.2006. La controversia da cui prende le mosse il rinvio pregiudiziale riguardava le pretese della signora Kapferer, cittadina austriaca, volte all’assegnazione del premio promessole dalla Schlank & Schick, società di vendita per corrispondenza con sede in Germania. Le pretese attoree venivano dedotte avanti al giudice austriaco (Bezirksgericht Hall in Tirol); la società convenuta contestava, sulla base delle disposizioni del Reg. 44/2001 CE, la competenza della Corte austriaca; per inerzia della società che non impugnava la statuizione relativa alla competenza, si formava un giudicato sul punto. Il Landesgericht Innsbruck, giudice di secondo grado sul merito, nutrivà dubbi quanto alla competenza internazionale del Bezirksgericht Hall in Tirol, nonché sui possibili strumenti utili per rimediare alla violazione del diritto comunitario a fronte di un giudicato già formatosi: proponeva quindi rinvio pregiudiziale, attivato ex art. 234 TCE, per conseguire l’interpretazione degli artt. 10 TCE e 15 del Regolamento 44/2001 CE. La CGUE esponeva il seguente principio di diritto: “Il principio di cooperazione derivante dall’art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario”.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

La Corte del Lussemburgo, infatti, chiarisce l'estrema rilevanza dell'intangibilità del giudicato "vuoi nell'ordinamento giuridico dell'Unione vuoi negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20, e 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22). Pertanto, il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, anche quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale pronuncia ..."³⁴.

Le osservazioni riportate in nota consentono di cogliere in quali termini e soprattutto in quali ambiti nell'Europa dell'Unione è celebrata la *firmitas* dei rapporti esauriti. La irrevocabilità della sentenza – che resiste ai rimedi volti all'eliminazione di contrasti con il diritto dell'UE – è elevata a tutela dell'affidamento in rapporti di carattere marcatamente civilistico, a difesa della certezza di traffici giuridici; così nel caso della controversia tra la signora Rosmarie Kapferer e Schlank & Schick GmbH, altrettanto nella contesa che ha coinvolto la Repubblica Slovacca per gli aiuti asseritamente prestati alla società Frucona Košice.

La Corte Costituzionale italiana, dunque, nella sentenza num. 230/2012, al fine di avallare l'intangibilità dei rapporti giuridici coperti dal giudicato in ambito penale, arruola a sostegno della propria argomentazione principi enucleati dalla Corte del Lussemburgo, senza dar conto però che gli stessi sono stati enunciati in materie squisitamente privatistiche.

1.2. (continua): il Giudicato come inteso dalla CEDU.

Anche la Corte EDU riconosce il giudicato come approdo definitivo di una vicenda giudiziaria.

Se da un lato il giudicato per la CEDU può costituire limite invalicabile di taluni diritti fondamentali, quale la retroattività della *lex mitior* (anche se intermedia), purché essa sia disposizione di diritto penale sostanziale³⁵, dall'altro il giudicato è la premessa fattuale e

³⁴ CGUE, C-507/08, *Commissione Europea c. Repubblica Slovacca*, 22.12.2010, punto 59. La controversia da cui prende le mosse il ricorso per inadempimento proposto contro la Repubblica Slovacca ai sensi dell'art. 88, n. 2, TCE, riguardava la decisione della Commissione del 7 giugno 2006, C(2006) 2082 def., che dichiarava incompatibile con il mercato comune l'aiuto che era stato concesso dalla Repubblica Slovacca a favore di Frucona Košice, sotto forma di cancellazione di un debito fiscale da parte dell'Ufficio delle imposte nell'ambito di una procedura di concordato con i creditori, e ne ordinava di conseguenza il recupero. Secondo la Commissione la soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità. La Repubblica Slovacca, per giustificare l'omessa esecuzione della decisione della Commissione, faceva osservare tra le altre cose che l'erogazione dell'aiuto di Stato alla Frucona Košice nel contesto del concordato era stata autorizzata da una decisione del giudice competente, decisione nel frattempo passata in giudicato e non più aggredibile dall'ufficio delle imposte, che è un organo amministrativo.

Sul punto, confronta con la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia il 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini.

³⁵ CEDU, Scoppola c. Italia, 17.09.2009: "(...) la Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa *X c. Germania* e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato".

giuridica che consente ai Giudici di Strasburgo di intervenire e valutare gli esiti giudiziari nazionali: infatti, ai sensi dell'art. 35 CEDU, il ricorso individuale è ammissibile, di regola, solo se proposto avverso un *decisum* definitivo.

Nella prospettiva della Convenzione, il giudicato è necessariamente premessa operativa, ma di per sé mai invincibile. Laddove la Corte EDU riscontrasse la violazione di diritti convenzionali, il giudicato nazionale risulta situazione precaria che deve essere rimossa per realizzare la *restituito in integrum* conformemente alle indicazioni CEDU, secondo gli artt. 41 e 46³⁶ della Convenzione.

L'adempimento alle prescrizioni da parte dell'Autorità Nazionali, dunque, non può che passare attraverso la rimozione di una pronuncia irrevocabile, ai sensi – oggi³⁷ – dell'art. 630 c.p.p., come modificato in senso additivo da una recente pronuncia della Corte costituzionale³⁸.

L'impianto poc'anzi illustrato non è stato scalfito dall'apertura alle firme delle Alte parti Contraenti del Protocollo 16 che introduce per la Corte EDU nuove competenze, di carattere consultivo, modulate sullo schema operativo di cui all'art. 267 TFUE³⁹.

1.3. (continua): il Giudicato in materia penale.

Sebbene, come poco sopra ricordato, manchi una disposizione univoca sul punto, l'intero ordinamento giuridico si compiace della stabilità conferita alle situazioni concrete dagli effetti del giudicato: anche il sistema penale conosce ed esalta i pregi del "giudicato", quale espressione delle guarentigie della irretroattività della legge incriminatrice e del divieto di *bis in idem*.

1.3.1. (continua): i limiti del Giudicato in materia penale

Quanto dianzi esposto richiede d'esser coordinato con talune altre osservazioni che non possono sfuggire all'esame.

Le statuizioni concernenti la responsabilità penale riguardano un privato nel suo rapporto con lo Stato: non c'è alcun affidamento da preservare dalle sopravvenienze future⁴⁰, né situazioni consolidate da conservare in validità. Non perde quindi d'attualità⁴¹ l'opinione espressa da Lozzi, a commento dell'art. 90 del codice di rito superato, secondo cui è "*ravvisato nel ne bis in idem l'effetto che contraddistingue il giudicato penale*", la cui funzione risiede essenzialmente nell'assicurare la certezza in senso meramente

Più diffusamente, Gambardella Marco, *Il "caso Scoppola": per la corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 2020 e seg.

³⁶ Gaito Federico, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. Pen.*, 3, 2013, pag. 4.

³⁷ L'introduzione della revisione europea mediante un intervento della Corte Costituzionale è stata anticipata dalla ricerca nell'ambito del diritto processuale di uno strumento adeguato a rimuovere una sentenza di condanna censurata dai Giudici di Strasburgo: dallo strumento dell'incidente d'esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p. proposto nel caso "Dorigo" (Cass. Pen. Sez. I, 01.12.2006, num. 2800, Dorigo), all'impugnazione straordinaria per errore ex art. 625-bis c.p.p. del caso "Drassich" (Cass. Pen. Sez. VI, 12.11.2008, num. 45807, Drassich) e "Scoppola" (Cass. Pen. Sez. V, 11.02.2010, num. 16507, Scoppola).

³⁸ Corte Costituzionale num. 113/2011 ha dato soluzione alla vicenda Dorigo, nell'inerzia perdurante del legislatore, censurata dapprima con un monito (Corte Costituzionale 129/2008 "*questa Corte ritiene di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU*"), poi con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p.

³⁹ Barnabò Micol, *La nuova competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *www.federalismi.it – Focus Human Rights*, n. 4/2013.

⁴⁰ Modugno Franco, *Giudicato e funzione legislativa - Introduzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, dicembre 2009, pag. 2818.

⁴¹ Iacobbì Danilo, *La nuova dimensione del giudicato penale ed i poteri del giudice di "modificare" le statuizioni della sentenza*, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 2676.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

soggettivo⁴², quale “*espedito pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di prosecuzione penale, e quindi, all’arbitrio incondizionato dell’organo punitivo*”⁴³.

L’idea secondo cui in ambito penale non esiste un valore del giudicato autentico o analogo a quello riscontrabile nei rapporti civilistici come quelli intercorrenti tra la signora Rosmarie Kapferer e Schlank & Schick GmbH, o tra la Frucona Košice e la Repubblica Slovacca è avvalorata dall’analisi del dato positivo.

La lettera dell’art. 673 c.p.p.⁴⁴ disciplina le ipotesi di revoca del giudicato penale di condanna. È nelle ipotesi di *abolitio criminis*, che, ai sensi dell’art. 2, 2° comma, c.p., il principio di favorevolezza raggiunge la massima intensità con il travolgimento del giudicato. Le stesse conseguenze si verificano anche nei casi di declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice.

Inoltre, molto significativa in tal senso è la riforma avvenuta con L. 24 febbraio 2006, n. 85 che ha introdotto il 3° comma dell’art. 2 c.p.: “*Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135*”.

La novella del 2006 si è guadagnata l’apprezzamento della dottrina⁴⁵ per aver riparato l’ordinamento sanzionatorio da un motivo di irragionevolezza manifesta: la *firmitas* del giudicato di condanna “salta” nell’ipotesi di attenuazione del trattamento sanzionatorio, tramite la sostituzione legislativa della pena detentiva con quella pecuniaria⁴⁶. In tal senso, come più sopra riportato, si erano già orientati gli sforzi delle Commissioni istituite per lo studio di un nuovo codice penale.

Anticipando, ai meri fini espositivi, la questione centrale di questo scritto, si deve ricordare che l’intervento della Consulta del 12.02.2014 con sentenza num. 32 ha dichiarato incostituzionale una norma penale, ma non una norma penale incriminatrice in senso stretto. La puntualizzazione è dirimente, poiché si pone il dilemma di come agire di fronte ad una pena (o porzione di essa) che risulta definitiva e al contempo illegittima costituzionalmente poiché comminata sulla base di una disposizione colpita da una pronuncia di incostituzionalità. Dilemma che parrebbe di agevole soluzione al cospetto di affermazioni di principio del tipo, “*il valore del giudicato – e il fascio di interessi ad esso*

⁴² Lozzi Gilberto, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVIII, Giuffrè, 1969, pag. 913.

⁴³ De Luca Giuseppe, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, pag. 32; Pecorella Claudia, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell’affidamento?*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, pag. 1423 e seg.: l’Autrice rileva che “*l’ordinamento ‘è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l’intangibilità, ogniquale volta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino’. Non solo, quindi, il giudicato non può essere considerato in sé e per sé un ostacolo per interventi a favore del reo, ma ogni sforzo interpretativo deve essere volto ad evitare che al condannato sia impedito di beneficiare di un intervento sulla sanzione o sulla statuizione del giudice solo a causa della definitività della sentenza, laddove non vi siano ragioni ulteriori e diverse che rendano materialmente impossibile o ragionevolmente non opportuno consentire quel risultato*”.

⁴⁴ “*Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti*” (art. 673, 1° comma, cpp). Per merito dell’elaborazione giurisprudenziale di Corte Costituzionale (num. 311/2011) e della Cassazione Penale (num. 20850/2011), anche la disapplicazione del diritto nazionale incompatibile con disposizioni direttamente applicabili euro unitarie sarebbe riconducibile alla “abolizione del reato” di cui all’art. 673 c.p.p.

⁴⁵ Fiandaca Giovanni – Musco Enzo, *Diritto penale-Parte Generale*, cit., pag. 102.

⁴⁶ Palazzo Francesco, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, pag. 1173.

sottesi – ben può (...) essere considerato recessivo”⁴⁷ rispetto all’esigenza di far cessare quella pena, ma che di agevole soluzione non è allo stato.

Rinviando oltre per una disamina dell’atteggiamento della giurisprudenza, vale la pena ricordare, prima di passare oltre, la soluzione offerta dal Progetto Pisapia che ha proposto una rideterminazione della pena: “se sono diverse la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le leggi successive, si applichi quella che, valutata complessivamente e in concreto, risulti più favorevole per l’agente, salvo che sia intervenuta sentenza irrevocabile. In tale ultimo caso, prevedere che, se la legge successiva prevede una pena di durata minore o di specie meno afflittiva, la pena sia corrispondentemente rideterminata”.

1.3.2. (continua): il bilanciamento tra valori opposti, contrapposte esigenze. - Giudicato vs. Libertà personale.

Sebbene sia incontestabile che il giudicato presidia la sicurezza giuridica conferendo stabilità a rapporti giuridici esauriti, altrettanto indiscussa è la posizione del principio di libertà personale quale diritto fondamentale.

Quindi non resta che chiedersi a quale sicurezza giuridica ambisca l’ordinamento di fronte ad una condanna definitiva rispetto a sopravvenienze favorevoli al reo⁴⁸: piuttosto il limite del giudicato risponde all’esigenza di contingentare le risorse economiche e processuali che il sistema è disposto ad impiegare per l’accertamento di fatti penalmente rilevanti.

Nel sistema dei valori da tutelare tramite il diritto penale, Mantovani ricorda la primazia del principio personalistico che guarda alla persona umana come “valore etico in sé (...) fine primo e fine ultimo, alfa ed omega del sistema penale”⁴⁹.

Nella prospettiva personalistica, pertanto, asservire la persona al bisogno di certezza del sistema penale, o peggio ancora a limiti economici, equivale ad un’operazione – non consentita – di strumentalizzazione dell’uomo e delle sue prerogative fondamentali.

La peculiarità del giudicato penale rispetto a quello che si forma nelle corti civili riconosciuta in dottrina, trova validi riferimenti anche nella giurisprudenza. In proposito giova menzionare l’affermazione che le Sezioni Unite Penali della Cassazione hanno lasciato sul terreno: “La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s’impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell’ingiustizia” una tale situazione”⁵⁰.

⁴⁷ Viganò Francesco, *Retroattività della legge penale più favorevole*, cit., pag. 14.

⁴⁸ Viganò Francesco, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Penale Contemporaneo*, disponibile on line, pag. 5.

⁴⁹ Mantovani Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di legge delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1997, pag. 313.

⁵⁰ Cass. Pen. Sez. Un. 19.04.2012, num. 34472, Ercolano. La sentenza prosegue in questi termini “La crisi dell’irrevocabilità del giudicato è riscontrabile nell’art. 2 c.p., comma 3 (inserito dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85), secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna definitiva si converte automaticamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore al giudicato prevede esclusivamente quest’ultima, regola questa che deroga a quella posta invece dallo stesso art. 2 cod. pen., art. 14 (primato della lex mitior, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile).

A tale novità normativa può essere accostato, in via analogica, il novum dettato dalla Corte EDU in tema di legalità della pena: in entrambi i casi, è l’esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell’esecuzione di una pena contra legem a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere, anche in executivis, alla “più alta valenza fondativa dello statuto della pena”.

Tale principio, d’altra parte, è stato già affermato da Sez. I, n. 977 del 27/10/2011, dep. 13/01/2012, Hauohu, che ha ravvisato il potere del giudice dell’esecuzione di rideterminare la pena inflitta a chi sia stato condannato per un delitto aggravato dalla propria condizione di clandestinità ex art. 61 c.p., n. 11-bis, in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità di tale aggravante (sent. n. 249 del 2010), con eliminazione della frazione di pena in eccesso, da considerarsi illegittima e, pertanto, non eseguibile.

1.4. (continua): Il valore del giudicato salva l'art. 673 c.p.p. da una sentenza additiva della Corte Costituzionale.

L'antefatto da cui bisogna muovere è la sentenza delle Sezioni Unite del 24.02.2011 (imp.: Alacev) che ha precisato (... con 2 anni di ritardo!) che a seguito delle modifiche di cui all'art. 1, 22° comma, lett. h) L. 5 luglio 2009 n. 94 (c.d. "pacchetto sicurezza") si sarebbe verificata "l'abolitio criminis del reato già previsto dall'art. 6, comma 3, d. lgs. 286 del 1998 nei confronti dello straniero in posizione irregolare", omessa esibizione dei documenti richiesti, poiché questi non avrebbe mai potuto esibire documento di identità e di soggiorno validi.

Di seguito al nuovo orientamento della giurisprudenza a Sezioni Unite, il Tribunale di Torino (Giud.: dott. Andrea Natale) veniva adito nella qualità di Giudice dell'Esecuzione dal Pubblico Ministero con istanza di revoca del giudicato di condanna formatosi in capo ad un irregolare rispetto al reato di cui all'art. 6, 3° comma, D.lgs. 286/1998. Il 27.06.2011 con ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 23 L. 11 marzo 1953 n. 53, il Tribunale torinese sollevava una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 673 c.p.p. "nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti] in caso di mutamento giurisprudenziale - intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione- in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato, per contrasto con l'art. 117 Costituzione, in relazione all'art. 7 CEDU (come interpretato dalla Corte EDU) e agli artt. 5 e 6 CEDU; con l'art. 3 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp. att. c.p.p. ed all'art. 65 Regio Decreto 30.01.1941, n. 12 (ordinamento giudiziario); con l'art. 13 della Costituzione; con l'art. 25 della Costituzione; con l'art. 27, comma 3, della Costituzione" (Trib. Torino, 27.06.2011).

La sentenza della Corte Costituzionale, che qui interessa ai fini della nozione di giudicato penale, ha manifestato con fermezza il pregio della *firmitas* del giudicato di condanna rispetto al *ius superveniens* di matrice giurisprudenziale, anche se formatosi in seno alle Sezioni Unite.

La predetta sentenza afferma che "... semplici dinamiche interpretative della norma incriminatrice, quali il mutamento di giurisprudenza e la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, ancorché conseguenti a decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione"⁵¹ non trovano disciplina nell'art. 673 c.p.p., poiché la decisione adottata dalle Sezioni Unite difetta di vincolatività, potendo essere disattesa da contrari opinioni e prassi applicative, financo contraddetta da altre pronunce di legittimità.

Al fine di vanificare la stabilità impressa dal giudicato, la Corte Costituzionale, nella sentenza richiamata, ricorda che "il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità"⁵².

"Generale vincolatività" e "intrinseca stabilità", dunque, sono i caratteri della novità che, stando a quanto affermato dalla Consulta, può vincere il giudicato.

"Generale vincolatività" e "intrinseca stabilità" che appartengono alle disposizioni legislative, ma ancora di più – e qui si scopre l'interesse all'argomentazione spesa dalla Consulta – ad una dichiarazione di incostituzionalità, per effetto della quale "la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione" (art. 136 Cost.).

2. Un'opportuna distinzione: l'annullamento costituzionale non si sovrappone all'abrogazione legislativa.

In forza dello stesso principio, consolidato è l'orientamento giurisprudenziale circa la possibilità di emendare, in sede esecutiva, l'illegalità della pena accessoria inflitta con condanna irrevocabile (ex pluribus, Sez. 1, n. 38245 del 13/10/2010, Di Marco)."

⁵¹ Corte Costituzionale num. 230/2012.

⁵² Corte Costituzionale num. 230/2012.

Come poco sopra riportato, l'art. 673 c.p.p. prende in considerazione due fenomeni, entrambi riconducibili, in senso ampio, al paradigma dell'“abolizione del reato”, richiamato nella rubrica: a) intervento abrogatore del legislatore; b) declaratoria di illegittimità costituzionale della “norma incriminatrice”. Secondo l'elaborazione giurisprudenziale sviluppata intorno alla disposizione in parola⁵³, sarebbe riconducibile alla “abolizione del reato” anche l'intervento della Corte di Giustizia UE che accerti l'incompatibilità della norma incriminatrice interna con il diritto *self executing* dell'Unione Europea (c.d. “disapplicazione comunitaria”)⁵⁴.

La lettera dell'art. 673 c.p.p., quindi, equipara – quanto a disciplina processuale – fenomeni affatto distinti, e che distinti debbono rimanere, vale a dire il fenomeno abrogativo (*abolitio criminis*) e quello dell'annullamento di norme incostituzionali⁵⁵.

2.1. (continua): distinzione riconosciuta dalla Corte Costituzionale.

Fin dalla sua prima sentenza la Consulta non ha mancato di precisare che “*i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse*”⁵⁶.

Con più recente sentenza, si è affermato in termini di rara chiarezza: “*Giova richiamare in proposito la differenza tra l'effetto di abrogazione, prodotto dal sopravvenire di nuove leggi, e l'effetto di annullamento, derivante dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. L'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo: che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima. La declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte*”⁵⁷.

⁵³ Corte Costituzionale num. 311/2011, 241 del 2005 e num. 125 del 2004.

⁵⁴ Vicoli Daniele, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 1689 e seg.. L'impatto sulle condanne irrevocabili operato dalle sentenze europee che sanciscono la incompatibilità della fattispecie incriminatrice nazionale rispetto al diritto comunitario – secondo l'Autore – è espressione della più generale “*tendenza – in un'ottica di favore per chi ha subito la condanna – ad aprire brecce, mediante l'istituto della revoca, nell'intangibilità del giudicato, al punto da forzare il testo dell'art. 673 c.p.p.*”. L'Autore riscopre lo stesso atteggiamento nel tentativo di ricondurre nell'ambito dell'art. 673 c.p.p. sopravvenienze favorevoli intervenute in seno alle Sezioni unite (Cass. Pen. Sez. I, 13.07.2006, num. 27858, La Cara : “*La sentenza di condanna passata in giudicato non può essere revocata dal giudice dell'esecuzione in ragione della sopravvenienza di un intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che, nel dirimere un contrasto giurisprudenziale, escludano, in una vicenda identica a quella coperta dal giudicato di condanna, la sussistenza del reato affermando invece la sussistenza del mero illecito amministrativo*”).

⁵⁵ Camaioni Salvatore, *Successione di leggi penali*, cit., pag. 155. Gallo Marcello, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, cit., pag. 735. Gambardella Marco, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della aggravante della “clandestinità”: abolizione o annullamento*, cit.. Romano Mario, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., pag. 76. Del Corso Stefano, *Successione di leggi penali*, cit., pag. 109.

⁵⁶ Corte Costituzionale num. 1/1956.

⁵⁷ Corte Costituzionale num. 49/1970.

DROGHE: *QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA*

Il tema della successione delle leggi penali nel tempo, regolato dall'art. 2 c.p. si distingue quindi dall'ipotesi di illegittimità costituzionale di una norma penale, disciplinata dagli artt. 136, 1° comma, Cost, 30 L. 87/1953, sebbene l'art. 673 c.p.p. si riferisca ad entrambi i fenomeni.

2.2.2. (continua): Quali differenze tra i due istituti, fenomeno abrogativo (successione di leggi nel tempo) e annullamento costituzionale.

Pur aventi evidenti tratti d'analogia in punto di disciplina, l'abrogazione e l'annullamento costituzionale debbono essere tenuti concettualmente distinti.

Infatti⁵⁸:

i) *quanto ai soggetti istituzionali*

Nella successione di leggi penali, è il legislatore che interviene ponendo una nuova disposizione in successione diacronica con la precedente.

Nel caso di dichiarazione di incostituzionalità, la Consulta rimuove un prodotto legislativo illegittimo.

ii) *quanto alle modalità di intervento sul sistema*

Si parla di successione di leggi in quanto si avvicendano nel tempo diverse disposizioni, tutte valide, con innovazione del contesto normativo.

Nel caso di dichiarazione di incostituzionalità, la Consulta rimuove un prodotto legislativo illegittimo per mezzo di una sentenza al fine di inseguire la *aedequatio* del sistema normativo ai principi veicolati dalla Carta Costituzionale⁵⁹.

iii) *quanto ai criteri di prevalenza*

Nella successione di leggi penali, la seconda disposizione prevale sulla prima per effetto del criterio cronologico.

Con il pronunciamento costituzionale è conferita effettività pratica al principio gerarchico e di legalità costituzionale.

iv) *quanto alla dimensione temporale degli effetti*

Nella successione di leggi penali, salvo il regime di favore di cui ai commi 2, 3, 4° dell'art. 2 c.p., l'abrogazione legislativa opera solo *pro futuro* con effetti *ex nunc* conformemente al disposto di cui all'art. 11 Preleggi, secondo cui "*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*".

La Consulta proclamando l'illegittimità di una disposizione espunge dall'ordinamento una norma, come già s'è detto, "*nata geneticamente morta*"⁶⁰.

v) *quanto alla possibilità di reviviscenza*

La legge abrogata legislativamente si presta ad essere riportata in vigore per effetto di un intervento costituzionale⁶¹: meccanismo di reviviscenza che coinvolge le disposizioni apparentemente abrogate da quelle in seguito censurate dal Giudice delle Leggi.

⁵⁸ Vedi più ampiamente, Gambardella Marco, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento*, cit.

⁵⁹ Marcenò Valeria, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte Costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adequatio, negli scritti di Leopoldo Elia*, in *Giur. Cost.*, 2009, pag. 3565.

⁶⁰ "*La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma investe, invece, un evento che pertiene alla patologia ordinamentale. La norma illegittima è espunta dall'ordinamento perché infirmata da una invalidità originaria che ne ha condizionato l'applicazione, e che giustifica (rendendola, anzi, indispensabile) la proiezione sui rapporti giuridici pregressi, che da tale incostituzionale norma siano stati disciplinati (retroattività), della pronuncia di incostituzionalità, certificante - per dir così - la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente nata morta. Una norma che deve, quindi, considerarsi tamquam non fuisset ed i cui effetti vanno - ora per allora - rimossi dall'universo ordinamentale entro i segnalati limiti ostativi (esaurirsi dei rapporti; eventuali preclusioni endoprocessuali; situazioni consolidate da norme penali di favore, per le quali - a ben vedere - più che l'irretroattività degli effetti della sentenza di accoglimento viene in rilievo un'eccezionale ultrattività della norma incostituzionale)*" (Cass. Pen. Sez. VI, 16.02.2007, num. 9270, B.S.).

La capacità di reviviscenza non appartiene, considerate le conseguenze dell'annullamento, alla norma dichiarata incostituzionale.

A questo punto della trattazione, il riferimento all'art. 2 c.p. che si rinviene nel testo della sentenza num. 32/2014, quale strumento a disposizione del giudice comune per impedire che la dichiarazione di illegittimità vada a detrimento della posizione giuridica degli imputati⁶², è piuttosto discutibile. Infatti, si ribadisce ancora che *“la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale non configura una abrogazione e non è dunque in alcun modo riconducibile alla disciplina penale della successione di leggi nel tempo (art. 2 c.p.). Invero, non essendovi due leggi in successione tra loro, mancano i presupposti per l'applicazione delle regole di cui all'art. 2 c.p.”*⁶³.

3. Le questioni irrisolte: quali effetti della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione penale sulle sentenze definitive.

Ritornando al tema che si è fatto proposito di analizzare, rimane aperta la questione del trattamento che deve essere riservato a chi si trova in esecuzione pena, quindi condannato in via definitiva ad una pena che, dopo la pronuncia num. 32/2014, soffre lo stigma della incostituzionalità.

Come già esposto più sopra, i giudicati sotto la vigenza della Legge Fini-Giovanardi per reati di spaccio di “droghe leggere” presentano senz'altro una eccedenza sanzionatoria che soffre dell'illegittimità della legge di cui sono espressione.

La *quaestio iuris* che rimane da affrontare è se sia possibile dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 12.02.2014 un intervento (*in bonam partem*) in sede di giudizio di esecuzione sulle sentenze definitive.

Ci si chiede quindi se dopo la dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale (non incriminatrice in senso stretto⁶⁴) che ha influito sul trattamento sanzionatorio sia possibile – *in executivis* – attivare un meccanismo processuale per la rideterminazione della pena, vincendo il giudicato.

Ferma la proclamazione del valore del giudicato quale momento di stabilità e certezza giuridica, in materia penale, il valore fondamentale della legalità della pena e il principio di libertà personale suggeriscono, come già abbozzato, qualche riflessione in più⁶⁵.

Riflessioni certo non nuove e condivise dai membri della Commissione dei Settantacinque nella discussione relativa all'art. 104 del Progetto di Costituzione; nella seduta del 14 dicembre 1946 nel corso dell'esame dell'art. 4 del progetto Calamandrei, il relatore, onorevole Giovanni Leone, proponeva la seguente modifica *“La sentenza irrevocabile non può essere annullata o modificata, neppure con legge, eccetto il caso della legge penale abrogativa e delle impugnazioni straordinarie. / L'esecuzione della sentenza irrevocabile non può essere sospesa, eccetto i casi espressamente previsti dalla legge”*. Intervenuto l'onorevole Renzo Laconi, esponente del Partito Comunista Italiano, avvertiva che il Comitato di redazione, di cui era peraltro esponente, esaminando in una delle sue sedute il problema della irretroattività della legge e della irrevocabilità del

⁶¹ Corte Costituzionale num. 32/2014 *“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”*.

⁶² *“Quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo”* Corte Costituzionale num. 32/2014.

⁶³ Gambardella Marco, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge Fini Giovanardi*, cit.

⁶⁴ In caso di incostituzionalità della norma incriminatrice la lettera dell'art. 673 c.p.p. è chiara nella previsione: *“il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti”*.

⁶⁵ Vedi, Viganò Francesco, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., nonché la sentenza della Cass. Pen. Sez. Un. 19.04.2012, num. 34472, Ercolano.

giudicato, aveva messo in evidenza la necessità di non prevedere soltanto il caso di revoca per determinati reati, ma anche quello della diminuzione della pena, facendo altresì osservare che nella proposta formulata da Calamandrei non era previsto il caso della disposizione più favorevole al reo. Di conseguenza l'onorevole autonomista Piero Calamandrei, proponeva una nuova formulazione per l'art. 104 del Progetto che bilanciassero il valore della *firmitas* del giudicato di condanna con il principio di favorevolezza. “*La sentenza, non più soggetta ad impugnazioni giudiziarie di qualsiasi specie, è immutabile. Non potrà esserne modificata o sospesa la efficacia neanche per atti del potere legislativo, all'infuori dei casi di legge penale abrogativa o più favorevole al reo, e dell'esercizio del potere di amnistia, indulto e grazia, secondo le norme della presente Costituzione*”.

Da una parte il ricordo torna di nuovo all'elaborato proposto dalla Commissione Pisapia; all'art. 6, nell'estendere la disciplina della successione di leggi penali all'ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale, stabilisce che se sia intervenuta sentenza irrevocabile, e la legge successiva prevede una pena di durata minore o di specie meno afflittiva, “*la pena sia corrispondentemente rideterminata*”.

Dall'altra, si richiamano le lezioni di legalità già impartite dalla giurisprudenza di legittimità. “*La pena illegale per specie e/o misura va corretta anche in executivis, dovendo tendenzialmente cedere il giudicato a tale più alta valenza fondativa dello statuto della pena*” (Cass. Pen. Sez. I, 13.10.2010, num. 38245, Di Marco).

Fuoriesce dall'oggetto del presente scritto l'analisi relativa alle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità rispetto alle iscrizioni presenti nel certificato del casellario giudiziale, con speciale riferimento al beneficio contingentato della sospensione condizionale della pena. Questo profilo dinamico e al contempo prospettico degli eventuali effetti della dichiarazione di incostituzionalità che si commenta non può essere pretermesso sol perché sfugge dall'emergenzialità propria di una pena in corso di esecuzione. Anche in questo caso le ripercussioni conseguenti all'annullamento costituzionale delle modifiche introdotte al D.L. 272/2005 pretendono una netta presa di posizione in favore della libertà personale del condannato.

3.1. (continua): La dichiarazione di incostituzionalità di una legge incriminatrice.

Ipotesi di questa natura, almeno in questa sede, interessano relativamente poco, per due ordini di ragioni. Come più volte ricordato la sentenza della Corte Costituzionale num. 32/2014 non ha dichiarato incostituzionale una norma incriminatrice in senso stretto (il reato di traffico di sostanze stupefacenti sussiste ora come allora). Inoltre, in simili ipotesi soccorrerebbe all'operato dell'interprete la chiara formulazione del più volte citato art. 673 c.p.p.

Una volta espunta dall'ordinamento una fattispecie incriminatrice, ed emendato il disvalore della condotta, il giudicato è necessariamente travolto, revocato con provvedimento del giudice dell'esecuzione; con conseguente diritto del condannato alla cancellazione dell'iscrizione dal certificato del casellario giudiziale⁶⁶.

3.2. (continua): La dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale non incriminatrice.

La dichiarazione di incostituzionalità di una legge che prevede un trattamento sanzionatorio più gravoso rispetto alla disciplina previgente che rivive sfugge dall'ambito di operatività dell'art. 673 c.p.p. In questi casi parte della dottrina⁶⁷ e della giurisprudenza⁶⁸ ha individuato nell'art. 30 L. 11 marzo 1953 num. 87⁶⁹ il regime

⁶⁶ D.P.R. 14 novembre 2002 num. 313, art. 5, tra i casi di eliminazione delle iscrizioni annovera i “*provvedimenti giudiziari revocati a seguito di revisione, o a norma dell'articolo 673 del codice di procedura penale*”.

⁶⁷ Gallo Marcello, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, cit., pag. 743.

⁶⁸ Cass. Pen. Sez. I, 27.10.2011, n. 977, Hauohu; Cass. Pen. Sez. I, 11.02.2011, n. 8720, Idriz; Cass. Pen. Sez. I, 24.02.2012, n. 19361, Teteh Assic; Cass. Pen. Sez. I, 12.06.2012, n. 40464,

applicativo a disposizione per intervenire su una sentenza definitiva. Cionondimeno, altra fazione, registrata tanto in dottrina⁷⁰ quanto in giurisprudenza⁷¹, propugna la tesi contraria, presentando opinioni scettiche circa l'utilità della disposizione appena citata (art. 30, 3°-4° commi, L. 11 marzo 1953 num. 87) per rimuovere un giudicato di condanna formato sulla base di una norma non incriminatrice dichiarata incostituzionale. La discussione sul punto rimane intensa sebbene, stando alle parole della Corte Costituzionale, *“l'obbligatorietà delle decisioni della Corte (...) si esplica a partire dal giorno successivo alla loro pubblicazione, come stabilito dall'art. 136 della Costituzione, nel senso - precisamente - che da quella data nessun giudice può fare applicazione delle norme dichiarate illegittime, nessun'altra autorità può darvi esecuzione o assumerle comunque a base di propri atti, e nessun privato potrebbe avvalersene, perché gli atti e i comportamenti che pretendessero trovare in quelle la propria regola sarebbero privi di fondamento legale”*⁷².

Per capire quali scenari si aprono nella fase dell'esecuzione del giudicato di condanna (formato sulla base della Fini-Giovanardi, legge che prevedeva un trattamento sfavorevole per le “droghe leggere”), è opportuno osservare l'atteggiamento conservato dalla giurisprudenza di legittimità in casi assimilabili al presente⁷³.

Si faranno riferimenti, pertanto, alle sentenze della Corte Costituzionale che negli ultimi anni hanno innovato l'ordinamento espellendo norme penali non incriminatrici in senso stretto. Tra queste ricordiamo, per ricchezza di contributi e spunti di approfondimento, il dibattito insorto a seguito della pronuncia costituzionale num. 249/2010 che ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11-bis⁷⁴ c.p., introdotta

Kabi; Cass. Pen. Sez. VI, 16.05.2013, n. 21982, Ingordini; in senso sostanzialmente analogo, ma operando un interessante *distinguishing*, Cass. Pen. Sez. I, 23.04.2013, n. 28468, Facchineri.

⁶⁹ I commi 3° e 4° nell'art. 30 L. 11 marzo 1953 num. 87 recitano così: *“Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. / Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”*.

⁷⁰ Gambardella Marco, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in Cass. Pen., 2012, pag. 1664 e seg., ID., *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge Fini Giovanardi*, cit.

⁷¹ Cass. Pen. Sez. I, 19.01.2012, num. 27640, ove si afferma addirittura che *“per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 673 cpp, deve ritenersi implicitamente abrogata la succitata disposizione”*; Cass. Pen. Sez. I, 20.11.2013, num. 4725 che rinvia il contrasto alle Sezioni Unite (udienza programmata per il 29.05.2014 p.v.) dopo aver affermato che *“la sopravvenuta dichiarazione della illegittimità costituzionale della norma penale diversa da quella incriminatrice (definitivamente applicata), non incide sulla cosa giudicata”*.

In tempi meno recenti, la Cassazione Penale ha confermato in più occasioni che l'art. 30, 4° comma, L. 87/1953 si riferirebbe alle SOLE norme INCRIMINATRICI dichiarate incostituzionali (vedi, tutte indicate da Cass. Pen. 4725/14, (Cass. Pen. Sez. V, 21.01.1968, n. 296, Vanenti; Cass. Pen. Sez. I, 30.05.1970, n. 1794, Visconti; Cass. Pen. Sez. III, 16.11.1970, n. 1287, Sorann; Cass. Pen. Sez. III, 2.03.1972, n. 7522, Confalonieri; Cass. Pen. Sez. III, 19.01.1973, n. 4611, Sgobba; Cass. Pen. Sez. II, 27.01.1976, n. 228, De Michele; Cass. Pen. Sez. V, 26.06.1978, Iammella; Cass. Pen. Sez. I, 10.07.1983, n. 1375, Giacomelli; Cass. Pen. Sez. III, 26.09.1984, n. 10190, Saccuzzo; Cass. Pen. Sez. V, 21.06.1985, n. 6676, Bossa; Cass. Pen. Sez. VI, 25.01.1995, n. 3577, Neglia).

⁷² Corte Costituzionale num. 49/1970.

⁷³ Per una visuale ampia sul fenomeno, Romeo Gioacchino, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210/2013*, in *Dir. Penale Contemporaneo*.

⁷⁴ L'aggravante della clandestinità è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera f), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica): *“l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale”*.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

legislativamente dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica)⁷⁵.

Anche l'intervento caducatorio prodotto dalla declaratoria di illegittimità num. 251/2012 regala occasioni di valutazione utili ai fini del presente scritto, avendo dichiarato incostituzionale l'art. 69, 4° comma, c.p. *“nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, DPR 309/1990, possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, 4° comma, c.p.”*.

Non saranno dimenticate – anche se in questa sede non potranno essere considerate singolarmente – per affinità di questioni sollevate *in executivis*, la pronuncia della Corte Costituzionale num. 68/2012 che ha dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p. (sequestro di persona a fini di estorsione) *“nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità”*, la num. 07/2013 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p. *“nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto”*, nonché quella identificata nel numero 183/2011 che ha corretto l'art. 62-bis, 2° comma, c.p. (attenuanti generiche) *“nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato”*.

Procedendo con ordine, il primo termine di confronto nella riflessione che segue è offerto dalla sentenza della Corte Costituzionale num. 249/2010⁷⁶ che, come anticipato, ha dichiarato incostituzionale l'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p. (e in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a, c.p.p., limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis c.p.»).

Premettiamo che la disposizione normativa che prevede un'aggravante è senz'altro qualificabile in termini di norma penale. Cionondimeno però la circostanza non può essere ricondotta nella tipologia, riguardata dall'art. 673 c.p.p., delle disposizioni incriminatrici *ex novo* di una condotta altrimenti lecita.

Lo statuto circostanziale del disposto dell'art. 61 n. 11-bis c.p. non si discosta – per quanto qui interessa – dagli effetti prodotti dal combinato degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272: entrambi producono un irrigidimento sanzionatorio in concreto.

Svolte queste premesse, è da chiedersi se in sede d'esecuzione si possano registrare, ed eventualmente come ciò debba avvenire, riflessi positivi dall'annullamento costituzionale dell'aggravante. E quindi, in termini di brutale praticità, se la dichiarazione di incostituzionalità di una aggravante che ha influito sul trattamento sanzionatorio possa comportare la rideterminazione della pena *in executivis*, con superamento della fermezza del giudicato.

Anticipiamo che in ossequio al decreto del Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione del 06.05.2013, i ricorsi in materia di esecuzione penale, esclusi quelli riguardanti le esecuzioni relativi alla legislazione speciale di competenza della Terza sezione penale⁷⁷, confluiscono, ordinariamente, avanti i Giudici della Prima Sezione. L'organizzazione degli Uffici Giudicanti elaborata per il triennio 2012-2014 dunque spiega l'attuale protagonismo della Prima Sezione in materia di esecuzione penale,

⁷⁵ Pulitanò Domenico, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia–Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2011, pag. 17.

⁷⁶ Sentenza depositata il 08.07.2010, e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 14.07.2010.

⁷⁷ Tra le materie afferenti alla legislazione speciale, attribuite alla Terza Sezione, sono individuati i reati in materia di sostanze stupefacenti e misure di prevenzione di cui all'art. 75 bis DPR n. 309 del 1990, limitatamente ai ricorsi che pervengono nel terzo quadrimestre dell'anno.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

protagonismo che in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale num. 32/2014 potrebbe essere condiviso – nella materia degli stupefacenti – con la Terza Sezione.

Sebbene la materia sia stata governata sino ad ora da un'unica sezione, non si può tacere che le soluzioni adottate sul punto sono state contrastanti a fronte delle plurime istanze tese all'ottenimento della rideterminazione della pena inflitta, previo scomputo dell'aggravamento derivante dall'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale.

La Prima Sezione, con sentenza del 27.10.2011 (num. 977, ricorrente: Hauohu), muovendo dal presupposto che l'art. 30, 3° e 4° comma, L. 87/1953 si riferisce a tutte le norme penali, anche quelle non incriminatrici in senso stretto, e dalla considerazione che gli artt. 136 Cost. e 30, 3° e 4° comma, L. 87/1953 ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata illegittima, conclude assegnando *“al Giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile”*⁷⁸.

L'approdo interpretativo maturato dalla Prima Sezione con la pronuncia dianzi menzionata è stato riproposto in numerose occasioni⁷⁹. Tra le sentenze edite, si ricordano per la chiara presa di posizione, la sentenza del 24.02.2012 (num. 19361, ricorrente: Tete Assic)⁸⁰, nonché quella del 25.05.2012 (num. 26899, ricorrente: H.K.)⁸¹.

⁷⁸ “ (...) Il Collegio è consapevole del fatto che la giurisprudenza di legittimità spesso ha affermato che la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, si riferisce solamente alle norme penali incriminatrici (tra più: Sez. 5, n. 296 del 25/01/1968, Manenti, Rv. 106904). Occorre tuttavia chiarire che tale nozione non risulta mai evocata per distinguere tra norme complete di precetto e sanzione costitutive di una fattispecie di reato (titolo) e norme che si riferiscono ad elementi accessori (circostanze) del reato, nè si rinvergono pronunzie che abbiano ad oggetto situazione paragonabile a quella in esame; dall'analisi delle decisioni emerge anzi che la giurisprudenza di legittimità s'è riferita alle norme incriminatrici per lo più solo al fine di distinguere da esse le norme processuali a cui non s'applica l'art. 30, comma 4, o nell'ambito di decisioni che avevano ad oggetto, in realtà, il problema di situazioni da considerare a tutti gli effetti, anche esecutivi, esaurite (Sez. U, n. 3 del 28/01/1998, Budini, Rv. 210258).

Allorchè si parla di norma penale in senso stretto, s'intende comunemente fare riferimento - nell'accezione mutuata appunto dall'art. 25 Cost., comma 2, - alle disposizioni che comminano una pena o che determinano 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.

La differenza tra la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, e l'art. 673 cod. proc. pen., non risiede perciò, a ben vedere, nel riferimento alle norme penali sostanziali o incriminatrici, ma nel fatto che l'art. 673, prevedendo (come detto) che il giudice dell'esecuzione, nel revoca la sentenza di condanna, dichiara che il fatto non è previsto come reato, limita evidentemente quel riferimento alle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato, ovvero alla norme che non possono ritenersi solo in senso lato incriminatrici, ma che istituiscono specifiche fattispecie incriminatrici.

(...) 4. In conclusione, ritiene il Collegio che possa affermarsi che l'art. 136 Cost. e L. n. 87 del 1953, art. 30, commi 3 e 4, ostano alla esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima. Spetta per conseguenza al Giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto, come nel caso in esame, al bilanciamento tra circostanze”.

⁷⁹ Si rinvia alla nota 68: Cass. Pen. Sez. I, 11.02.2011, n. 8720, Idriz; Cass. Pen. Sez. I, 24.02.2012, n. 19361, Tete Assic; Cass. Pen. Sez. I, 12.06.2012, n. 40464, Kabi; Cass. Pen. Sez. VI, 16.05.2013, n. 21982, Ingordini; in senso sostanzialmente analogo, Cass. Pen. Sez. I, 23.04.2013, n. 28468, Facchineri.

⁸⁰ “Si deve, però, accogliere la richiesta del ricorrente, applicando al caso di specie la L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30 che, nel dettare le norme attuative delle sentenze della Corte Costituzionale, non si riferisce alle sole norme incriminatrici, ma genericamente alle norme

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

Come s'è anticipato, la giurisprudenza della Prima Sezione è stata attraversata da un contrasto interpretativo. La decisione del 19.01.2012 (num. 27640, ricorrente: Hamrouni) infatti raggiungeva – in relazione all'ennesimo ricorso volto alla rideterminazione della pena mediante scomputo della porzione di essa corrispondente all'aggravante di cui al num. 11-bis dell'art. 61 c.p. – l'opposta soluzione. *“Non è 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”*.

Le premesse argomentative che hanno condotto la Corte a simile soluzione sono degne di annotazione poiché rappresentano i pretesti invocabili dal Giudice dell'esecuzione per rifiutare qualsiasi intervento sul giudicato di condanna in seguito alla declaratoria di illegittimità della Fini-Giovanardi.

L'operazione ermeneutica esposta dalla sentenza Hamrouni muove dall'inusuale interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 30, 4° comma, L. 87/1953. Anch'esso, al pari dell'art. 673 c.p.p., si riferirebbe unicamente alla norme penali *stricto sensu* incriminatrici, se non fosse stato abrogato implicitamente dall'ultima disposizione citata che l'avrebbe completamente assorbito. Date simili premesse, la pronuncia da ultimo riportata vuole porsi come inno al valore del giudicato, quale punto di arresto alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale⁸².

Detto contrasto interpretativo non è stato avvertito prontamente sebbene insorto in seno alla Prima Sezione; segno quasi impercettibile della contesa in atto è stato lasciato dalla pronuncia del 27.06.2012 (num. 28465, ricorrente: Lofti).

L'occasione utile per rilevare le difformità giurisprudenziali in atto è stata offerta dalle statuizioni contenute nella pronuncia costituzionale num. 251/2012 che ha sancito l'illegittimità dell'art. 69, 4° comma, c.p. *“nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, DPR 309/1990, possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, 4° comma, c.p.”*⁸³.

La declaratoria di incostituzionalità in questo caso ha riguardato non un *accidentalia delicti*, ma una disposizione con funzione di predeterminare sfavorevolmente il giudizio di bilanciamento tra circostanze di segno opposto. Tale norma non è ascrivibile alla *species* delle norme incriminatrici in senso stretto: l'incidenza infatti è circoscritta al

dichiarate incostituzionali. In particolare, nel suddetto art. 30, commi 3 e 4 è stabilito che: (...) Nel caso di specie, la porzione di pena da eliminare in conseguenza della dichiarata illegittimità costituzionale della norma deve essere stabilita dal giudice dell'esecuzione, che, venuto meno il giudizio di comparazione tra attenuante e aggravante per la dichiarata illegittimità di quest'ultima, dovrà ridurre la pena inflitta, nella misura che riterrà di giustizia, per effetto delle già concesse attenuanti generiche” (Cassazione pen. sez. I, 24.02.2012, num. 19361, Teteh Assic).

⁸¹ *“1. L'art. 673 c.p.p. consente di rimuovere formalmente la sentenza e il giudicato nei soli casi di abolitio criminis e di declaratoria di illegittimità costituzionale dell'intera fattispecie penale. (...) La disposizione in esame non può, invece, trovare applicazione, qualora, come nel caso di specie, si tratti della eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto del riconoscimento di una circostanza aggravante, successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima. 2. In quest'ultima ipotesi la norma di riferimento è costituita dalla L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, commi 3 e 4, (...) L'interpretazione letterale e logico-sistematica della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, permette, invece, di ritenere che l'ambito applicativo della norma non è limitato alla fattispecie incriminatrice intesa in senso stretto, ma riguarda qualunque parte della condanna pronunciata “in applicazione” di una norma dichiarata incostituzionale e impedisce, perciò, anche solo una parte dell'esecuzione della sentenza irrevocabile, quale appunto quella relativa alla porzione di pena irrogata in attuazione della norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima”* (Cassazione pen. sez. I, 25.05.2012, num. 26899, H.K.).

⁸² *Contra*, opzione interpretativa non ha trovato adesione dalla Cass. Pen. Sez. Un., 24.10.2013, n. 18821, Ercolano (dep. 07.05.2014).

⁸³ Sentenza depositata il 15.11.2012, e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 21.11.2012.

trattamento sanzionatorio, lasciando impregiudicata la rilevanza penale delle condotte tipizzate dall'art. 73 D.P.R. 309/1990.

Tanto premesso l'interrogativo affrontato dalla Prima Sezione è stato se in sede d'esecuzione la dichiarazione di incostituzionalità relativa all'applicata disposizione che governava sfavorevolmente il regime di cui all'art. 69 c.p. possa comportare la rideterminazione della pena *in executivis*, con superamento della fermezza del giudicato.

In risposta all'istanza avanzata al Giudice dell'esecuzione, la Prima Sezione della Cassazione, osservando il contrasto insorto sulla analoga e corrispondente vicenda relativa all'aggravante della clandestinità, ha optato per la remissione della questione all'attenzione delle Sezioni Unite, ritenendo "*difficilmente superabili*" le argomentazioni emerse dalla sentenza Hamrouni⁸⁴.

La questione a cui è chiesto responso alle Sezioni Unite è "*se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nella specie, appunto, dell'articolo 69, comma quarto, c.p. in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012), comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato*".

L'appuntamento con le Sezioni Unite, fissato per l'udienza del 29.05.2014, è atteso ora dalla stipata schiera di detenuti per fatti connessi al traffico di droghe leggere.

Altra sentenza della Corte Costituzionale che non può essere dimenticata prima di passare oltre è quella che ha dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p. (sequestro di persona a fini di estorsione) "*nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità*"⁸⁵.

L'ultimo caso menzionato si discosta dai precedenti in quanto l'illegittimità si appunta sulla mancata previsione legislativa di una ipotesi lieve di sequestro di persona a fini di estorsione⁸⁶, analoga, nella struttura e negli effetti, a quella applicabile, in forza dell'art. 311 c.p., al delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, previsto dall'art. 289-bis del medesimo codice. L'interesse per l'ennesima sentenza della Consulta riportata dipende dalla circostanza che a seguito della censura costituzionale dell'art. 630 c.p. sono stati avanzati ricorsi per la correzione del giudicato, previo riconoscimento della lieve entità della condotta ascritta. L'assenza, al tempo del giudizio, di un'ipotesi di lieve entità per i fatti di sequestro di persona a scopo estorsivo impone ai Giudici della Prima Sezione, intenzionati a tenere fede alla prevalente opinione espressa, di effettuare un *distinguishing* rispetto alla soluzione individuata nel caso dell'aggravante di cui al num. 11-bis art. 61 c.p. Infatti, diversamente da quest'ultima ipotesi in cui si pretende dal Giudice dell'esecuzione lo scomputo della porzione di pena illegittima, con l'introduzione "costituzionale" di una fattispecie minore non è automatica l'individuazione in condanna di una eccedenza sanzionatoria. Salvo che in sede di cognizione si sia fatta – per felice intuizione del Giudicante – esplicita qualificazione della condotta in termini di lieve entità, la rideterminazione della pena definitivamente comminata avrebbe sempre come preconditione una ridefinizione del fatto, con fuoriuscita dalla cornice tracciata dal libro X del codice di rito. Queste dunque le parole dalla Cassazione: "*Se il giudice dell'esecuzione ha dunque, in astratto, il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, in quanto in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla*

⁸⁴ Cassazione pen. sez. I, 20.11.2013, num. 4725 (dep. 2014), Gatto.

Deve essere osservato che la Prima Sezione già in precedenza rimetteva la questione alle Sezioni Unite con ordinanza del 21.06.2012, n. 29755, Diallo Bombakar, salvo che poi il sopravvenuto difetto di interesse al ricorso, per raggiungimento del fine pena da parte del ricorrente, aveva determinato la restituzione degli atti al Collegio rimettente.

⁸⁵ Sentenza num. 68, depositata il 23.03.2012, e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 28.03.2012.

⁸⁶ Romeo Gioacchino, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210/2013*, cit.

pubblicazione della decisione, (Cass., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, rv. 252062, P.M. in proc. Hauohu) nella fattispecie tuttavia il giudice dell'esecuzione, non potrebbe esimersi dall'effettuare una nuova e inammissibile valutazione di merito, non potendo essere sufficiente una mera attività ricognitiva circa la già avvenuta ravvisabilità della fattispecie (anche circostanziale) e una semplice attività di emersione di efficacia. Al contrario, viene richiesto un nuovo accertamento fattuale, la modifica del piano concettuale del giudizio, non più tangibile, che impedisce definitivamente e per sempre l'interpretazione invasiva del giudicato ancorché al solo fine di uniformarlo all'ordinamento vigente⁸⁷.

Analoghe criticità potrebbero affiorare a seguito di ricorsi avanzati per conseguire la diminuzione di cui all'art. 62-bis c.p. negata per effetto della limitazione introdotta nel 2° comma dall'art. 1 L. 05.12.2005, n. 251 dichiarato incostituzionale con la sentenza num. 183/2011 “nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato”⁸⁸. Quindi, pare scontato che un ricorso al Giudice dell'esecuzione per far valere la parziale illegittimità della pena a seguito della declaratoria di incostituzionalità del 2° comma dell'art. 62-bis c.p. avrebbe poche probabilità di riuscita.

Non meno complessa – per esaurire l'analisi promessa su casi affini – la situazione a seguito della sentenza costituzionale num. 07/2013 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p. “nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto”⁸⁹. Non è il Giudice di cui all'art. 665 c.p.p. legittimato ad un'analisi in concreto dell'interesse del minore rispetto alla sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale. Ancora una volta il dubbio non sembra cadere sulla tangibilità o meno del giudicato penale; piuttosto è constatata la carenza di disposizioni che riconoscano al giudice dell'esecuzione poteri di intervenire sull'accertamento del fatto per cui v'è stata condanna⁹⁰.

Il tema delle sanzioni accessorie offre lo spunto per un richiamo a quella giurisprudenza che in tempi non sospetti anteponeva il principio di legalità della pena al valore del giudicato. L'erronea applicazione della interdizione perpetua dai pubblici uffici in luogo di quella temporanea ha offerto l'occasione alla Cassazione per elargire provvidi insegnamenti di grande attualità. “Questa Corte dopo avere affermato che la comminazione di una pena illegittima è rilevabile anche in sede di esecuzione, dovendo la pena essere considerata come inesistente (Sez. III, 24-6-1980, Sanseverino; Sez. I, n. 1436 del 25-6-1982, Carbone, rv. 156163), ha successivamente ribadito il suo insegnamento, osservando che il principio di legalità della pena di cui all'art. 1 c.p. non può ritenersi operante solo in sede di cognizione, di talché anche in sede di esecuzione può rilevarsi l'applicazione di una pena illegittima (Sez. V, n. 809 del 29-4-1985, Lattanzio, rv. 169333).

In linea con il predetto insegnamento questa Corte ha poi affermato - dopo avere ripetutamente insegnato che il principio di legalità della pena è applicabile anche alla pena accessoria (Sez. II, n. 595 del 22-1-1988, Gualano, rv. 180210; Sez. III, n. 652 del 23-9-1987, Lofonso, rv. 177435; Sez. II, n. 11230 del 4-7-1985, Gioffrè, rv. 171202; Sez. V, n. 6280 del 21-3-1985, De Negri, rv. 169897) - che l'erronea applicazione, da parte del giudice di cognizione, di una pena accessoria predeterminata per legge nella specie e

⁸⁷ Cassazione pen. sez. I, 23.04.2013, num. 28468, Facchineri.

⁸⁸ Sentenza depositata il 10.06.2011, e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 15.06.2011.

⁸⁹ Sentenza depositata il 23.01.2013, e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 30.01.2013.

⁹⁰ Vicoli Daniele, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, cit., pag. 1689 e seg.; Notaro Domenico, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, cit., pag. 1755 seg..

nella durata - e quindi sottratta, come nel caso di specie, alla valutazione discrezionale del giudice - può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione ovvero, quando venga dedotta con ricorso per cassazione, anche dal giudice di legittimità, che sul punto relativo può direttamente dichiarare l'ineseguitabilità della sentenza, stante la sua evidente contrarietà alla legge (Sez. II, n. 4492 del 13-11-1996, P.M. in proc. Kenzi, rv. 206850)"⁹¹.

Dirimente forse è pensare allora ad una pena illegittima come ad una pena inesistente, posta al di fuori tanto dai principi fondamentali del sistema penale quanto dall'ordinamento giuridico; inesistente ed ineseguitabile: *"nessun giudice può fare applicazione delle norme dichiarate illegittime, nessun'altra autorità può darvi esecuzione o assumerle comunque a base di propri atti, e nessun privato potrebbe avvalersene, perché gli atti e i comportamenti che pretendessero trovare in quelle la propria regola sarebbero privi di fondamento legale"*⁹².

Se da una parte ci si chiede *"con che diritto"*⁹³ dare esecuzione a sentenze di condanna che fanno applicazione di norme dichiarate illegittime, dall'altra rimane insoluta la questione relativa all'individuazione dello strumento processuale che consenta di detrarre la cifra della illegittimità da un giudicato.

Quanto esposto induce chi scrive a credere alla possibilità di rimuovere gli effetti della sentenza di condanna irrevocabile al cospetto di particolari sopravvenienze. Ed è a pieno diritto che la declaratoria di incostituzionalità relativa ad una norma che ha contribuito al percorso decisionale del giudice e che trova riscontro immediato in condanna è annoverabile tra tali evenienze.

Simile conclusione è stata anticipata dalla discussione intavolata dalla Commissione dei Settantacinque là dove valutava l'opportunità (poi esclusa) della formulazione del principio di intangibilità del giudicato nella Carta Costituzionale. Direzione peraltro confermata dai più recenti interventi del legislatore che ammettono la cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di cui al 3° comma dell'art. 2 c.p., antepoendo lo statuto dei diritti fondamentali alla certezza del diritto e alla pretesa ordinamentale di dare esecuzione ad una sentenza divenuta definitiva, nonché dalla tendenza ad estendere l'ambito di operatività dell'art. 673 c.p.p.⁹⁴.

A livello giurisprudenziale le richiamate sentenze, su cui più sopra ci si è dilungati, rappresentano l'espressione applicativa di questa sensibilità particolare alle istanze individuali del condannato.

La sostanziale univocità di contributi ed impulsi raccolti nel presente scritto sembra sufficiente a giustificare le pretese di correzione della sentenza definitiva avanzate da quanti sono stati condannati per traffico di droghe leggere con applicazione delle modifiche introdotte dal D.L. 272/2005.

Le criticità maggiori si insinuano nel momento operativo che presuppone l'individuazione dello strumento processuale che permetta le auspiccate manovre sulla pena. Pur ammettendo quindi che l'art. 30, 4° comma, legge n. 87 del 1953, comporti la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali della sentenza che faccia governo di disposizione incostituzionale, non è chiaro davvero quale sia il meccanismo che consenta di conseguire detti esiti. Non si può dissentire da quanti vedono nell'istituto della revoca del giudicato, disciplinato dall'art. 673 c.p.p., un dispositivo eccessivo e non calibrato

⁹¹ Cassazione pen. sez. I, 25.02.2005, num. 9456 (ricorrente: Pozzi); vedi Cantarini Livia, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in *Arch. Pen.*, 2013.

⁹² Corte Costituzionale num. 49/1970.

⁹³ Dal titolo *"Ed ora? Con che diritto?"* del convegno organizzato dall'ordine degli Avvocati di Roma (Dipartimento Centro Studi – Progetto Diritto e Procedura Penale), tenutosi il 5 marzo 2014.

⁹⁴ Vicoli Daniele, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, cit., pag. 1689 e seg..

sulle legittime pretese del condannato⁹⁵, né discordare dall'obiezione per cui applicare l'art. 673 c.p.p. al caso in esame sarebbe frutto di un'operazione lontana anche dal modulo dell'analogia⁹⁶. Avanguardisticamente il ricordato progetto di riforma del codice promosso dalla Commissione Pisapia discorre di rideterminazione della pena per casi assimilabili al presente. Rimane però il dilemma del mezzo processuale spendibile, poiché se la gestione della esecuzione della sentenza è consegnata alla competenza del giudice dell'esecuzione, la strada dovrebbe essere individuata tra i poteri tipici ad esso riconosciuti, tra cui non risulta – ad oggi – la rideterminazione della pena per effetto dell'annullamento costituzionale di norma non incriminatrice⁹⁷.

3.3. (continua): Era necessario il rinvio alle Sezioni Unite?... alcuni spunti dalle Sez. Un. Ercolano e dalla conseguente sentenza della Corte Costituzionale 210/2013

Sebbene il ragionamento sin qui condotto suggerisca di preferire la legalità e la libertà personale del condannato alla *firmitas* del giudicato, si attende – come anticipato – un pronunciamento risolutivo delle Sezioni Unite sulla questione “*se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (...), comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato*”.

Non nascondiamo che la remissione della questione coglie di sorpresa poiché segue una netta presa di posizione delle stesse Sezioni Unite e della Consulta in relazione alla tangibilità del giudicato penale. Ci si riferisce alla nota sentenza del 19.04.2012 (num. 34472, ricorrente: Ercolano) che rappresenta un episodio dell'avvincente “saga Scoppola”.

Un inquadramento della vicenda, per quanto conosciuta, è d'obbligo. Tutto prende le mosse dalla sentenza del 17.09.2009 pronunciata dalla Grande Camera della Corte Europea che ha accertato la violazione dell'art 7 CEDU da parte dell'Italia per non aver

⁹⁵ Gambardella Marco, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, cit., pag. 1664 e seg..

Sul punto, in relazione agli effetti della sentenza costituzionale num. 251/2012, Notaro Domenico, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. Pen.*, 2013, pag. 1755 seg.: l'Autore sostiene – a ragione – che “*postulare che l'efficacia invalidante della pronuncia d'incostituzionalità si risolve nella perdita di efficacia tout court della sentenza di condanna, appare soluzione sovrabbondante in un caso come quello in esame: alla stregua del nuovo regime risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità, il fatto per il quale è stato condannato il reo continua a rivestire rilievo penale, seppure secondo un trattamento più favorevole*”. Movendo da simili premesse l'Autore ritiene vicina l'ipotesi di illegittimità parziale di una disposizione penale al fenomeno di cui all'art. 2, 4° comma, cp, se non che “*distingue il fenomeno invalidante, cui dà luogo la pronuncia della Corte costituzionale, da quello provocato da un intervento normativo*”, poiché nel primo caso “*viene in rilievo un fenomeno che incide pur sempre sull'esistenza delle norme, giacché, come pacificamente si riconosce, le sentenze d'incostituzionalità espungono dall'ordinamento le norme dichiarate illegittime*”. Notaro segnala quindi i problemi pratico-applicativi e l'utilità di un intervento del legislatore affinché “*predisponesse un'apposita disciplina per estendere la portata favorevole della dichiarazione di invalidità costituzionale anche ai condannati in via definitiva, evitando però che gli stessi siano trattati più favorevolmente di coloro che commettono il medesimo fatto sotto il vigore del nuovo regime penale*”.

⁹⁶ Gambardella Marco, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, cit., pag. 1664 e seg.

⁹⁷ Notaro Domenico, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, cit., pag. 1755 seg. La correzione costituzionale del meccanismo che comportava la predeterminazione dell'esito del bilanciamento tra l'attenuante di cui al 5° comma dell'art. 73 D.P.R. 309/1990 e la recidiva reiterata importa “*la necessità di ridefinire la misura legale della pena e quindi la sua commisurazione in concreto, tenendo conto delle attenuanti che in forza del divieto non è stato possibile considerare a suo tempo*”, anche a fronte di un giudicato. Secondo l'Autore detta operazione dovrebbe essere affidata al *dominus* dell'esecuzione, implementando competenze che già possiede.

applicato retroattivamente la *lex mitior* intermedia, rappresentata dalle disposizioni introdotte dalla L. 479/1999 (legge Carotti) all'art. 442 c.p.p. I Giudici di Strasburgo sostengono l'accertamento in parola affermando che “(punto 106) *Dalla decisione X c. Germania* (ndr, X c. Germania, ricorso avente num. 7900/77, decisione della Commissione del 6 marzo 1978), *si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale (...).* (punto 109) *l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato*”.

La Corte EDU ha dunque ritenuto che l'art. 7 della Convenzione, così come interpretato nella presente sentenza, imponeva alle Autorità italiane di far beneficiare il ricorrente degli effetti dell'articolo 30 della legge n. 479 del 1999 per effetto della quale, pur imputato per reato punito con l'ergastolo ed isolamento diurno, avrebbe potuto chiedere la celebrazione del giudizio abbreviato con conseguente sostituzione dell'ergastolo con la pena della reclusione di trent'anni.

Tanto accertato in sede europea, nell'interesse dello Scoppola veniva promossa impugnazione straordinaria ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p.⁹⁸ volta alla revoca della sentenza pronunciata dalla corte di assise di appello di Roma il 10.01.2002.

L'attenzione non può che scivolare allora sulle premesse raccolte dalla Cassazione per risolvere la vicenda processuale dello Scoppola. Pur giudicando “*pienamente conforme alla normativa vigente*” l'ipotesi procedurale di “*affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena inflitta*”, e quindi ritenute, da una parte, superabili le statuizioni su cui sarebbe già calata la cortina del giudicato, e dall'altra competente a ciò il giudice dell'esecuzione, per mere ragioni d'economia processuale, la Cassazione ha optato per l'annullamento senza rinvio con immediata sostituzione della sanzione.

L'esito positivo del ricorso promosso dallo Scoppola induceva quanti altri si reputavano vittime della medesima violazione a percorrere analoghe vie. Ciononostante, per effetto delle preclusioni di cui all'art. 35 della Convenzione, non per tutti era possibile replicare sullo scacchiere internazionale le mosse dello Scoppola⁹⁹.

⁹⁸ Cassazione pen. sez. V, 11.02.2010, num. 16507, Scoppola. “(...) *Affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena inflitta con la sentenza 10.1.2002 della corte di assise di appello di Roma è pienamente conforme alla normativa vigente. Ritiene comunque la Corte che, in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee. Pertanto, questa Corte, preso atto dell'iniquinà e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, pronunciata il 17 settembre 2009, che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi ex artt. 6 e 7 della Convenzione; preso atto della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata e della immediata modifica della pena inflitta con sentenza 10.1.2002 della Corte di assise di appello di Roma, revoca in parte qua la sentenza di questa Corte n. 2592/03 del 25.9.2002, che ha formato il giudicato, e annulla senza rinvio la sentenza della corte di assise di appello di Roma emessa il 10.1.2002, limitatamente al trattamento sanzionatorio nei confronti di S.F., che determina in anni trenta di reclusione*”.

⁹⁹ Paonessa Caterina, *Condizioni e limiti della retroattività della lex mitior. A proposito della riquantificazione in executivis dell'ergastolo inflitto all'esito di giudizio abbreviato*, in *Giur. Costituzionale*, 2013, pag. 2952 e seg.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

Tra essi, Ercolano: questi, per recuperare altrimenti i risultati positivi conseguiti a Strasburgo, ove era stato reso un giudizio negativo sulla legislazione italiana¹⁰⁰, attivava il rimedio esecutivo ex artt. 666 e 670 c.p.p., pretendendo dal giudice dell'esecuzione, nella fattispecie si trattava del Tribunale di Spoleto, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella temporanea di anni trenta di reclusione, come insegnato dalla CEDU. In assenza di un titolo esecutivo europeo a cui dare esecuzione, l'istanza veniva disattesa. Investita del ricorso la Prima Sezione, il Consigliere delegato per l'esame preliminare, con nota del 1 marzo 2012, segnalava l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite, stante la speciale importanza delle questioni implicate¹⁰¹.

Dopo aver avvertito l'interprete che il caso sottoposto al più autorevole organo di nomofilachia "non è dissimile da ogni altra situazione in cui vi sia stata condanna in forza di una legge penale dichiarata ex post, nella sua parte precettiva o sanzionatoria; illegittima o comunque inapplicabile, perché in contrasto con norme di rango superiore alla legge penale medesima", e riscontrata in atto la "crisi dell'irrevocabilità del giudicato"¹⁰², le Sezioni Unite affermano che la "esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena contra legem" opera a detrimento dell'intangibilità del giudicato, il quale "deve cedere, anche in executivis, alla 'più alta valenza fondativa dello statuto della pena'".

Difettando¹⁰³ qualsiasi meccanismo che consentisse al giudice nazionale di mutare dalla sentenza resa nei confronti dell'Italia nel ricorso individuale num. 10249/03 il principio di diritto ed estenderne quindi l'applicazione *erga omnes*, le Sezioni Unite provvedevano a rimettere alla Consulta la questione di legittimità degli artt. 7 e 8 D.L. 341/2000, alla luce degli artt. 3 e 117, 1° comma, Cost, quali parametri del vaglio di costituzionalità.

La valutazione nel giudizio d'esecuzione¹⁰⁴ di rilevanza della questione sollevata in relazione a disposizioni applicate nel corso del giudizio di cognizione è la più efficace

¹⁰⁰ Con la sentenza 210/2013 la Consulta precisa che la condanna del 17.09.2009 pronunciata dalla Grande Camera nel ricorso promosso da Scoppola non costituisce, come invero avevano ipotizzato le Sezioni Unite rimettenti, esempio di c.d. "Sentenza Pilota", poiché non si sofferma a delineare quali misure generali si impongono a livello nazionale per l'esecuzione della stessa.

¹⁰¹ La questione rimessa alla Cass. Pen. Sez. Un. 19.04.2012, num. 34472, Ercolano è "Se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17.09.2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole". A commento della sentenza, Gambardella Marco, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 3981 e seg.; Musio Carola, *Di nuovo alla Corte Costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 4003 e seg.

¹⁰² Le deroghe all'intangibilità del giudicato penale riscontrate nell'ordinamento giuridico attengono alle ipotesi di *abolitio criminis*, la dichiarazione di incostituzionalità, la conversione della relativa pena detentiva in pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 2, 3° comma, c.p., inserito dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 14, la incostituzionalità di un'aggravante applicata al reo, la disapplicazione comunitaria, il caso in cui la pena inflitta con sentenza definitiva superi il massimo edittale previsto con una legge successiva. Sul punto, Pecorella Claudia, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, cit., pag. 1423 e seg., Pugiotto Andrea, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU, e Costituzione)*, cit., Vicoli Daniele, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, cit., pag. 1689 e seg.

¹⁰³ Le disposizioni della Convenzione non sono direttamente applicabili dal Giudice nazionale, a differenza delle norme di diritto eurounitario *self executing* e dei diritti sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E. in virtù dell'art. 6 T.U.E., come modificato dal Trattato di Lisbona in vigore il 01.12.2009, che ha operato la c.d. trattatizzazione dell'ex Carta di Nizza.

¹⁰⁴ Pugiotto Andrea, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU, e Costituzione)*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013. L'Autore si sofferma su quella che definisce la "novità più significativa della sentenza 210/2013", vale a dire sull'affermata rilevanza di una

dimostrazione della validità della tesi qui sostenuta, vale a dire della tangibilità del giudicato al cospetto di una declaratoria di incostituzionalità, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 673 c.p.p.

Infatti, se la remissione degli atti alla Corte Costituzionale è subordinata alla rilevanza concreta ed attuale dell'incidente rispetto all'esito del giudizio *a quo*, nel caso in esame si desume *a fortiori* la cedevolezza del giudicato a fronte dell'annullamento costituzionale della legge utilizzata per la formazione dello stesso.

Orbene, gli sforzi delle Sezioni Unite nel motivare in punto di rilevanza (punto 11 dei considerato in diritto) sono favoriti dalla disponibilità di principi giurisprudenziali preconfezionati nel caso *Hauohu*¹⁰⁵, a cui danno prova di massima adesione: *“l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle norme interne innanzi citate, avendo una forza invalidante ex tunc, la cui portata, già implicita nell'art. 136 Cost., è chiarita dalla L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30 inciderebbe sull'esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al ricorrente in applicazione della più severa norma penale sostanziale, sospettata, nella parte relativa alla sua efficacia retroattiva, di essere in contrasto con la Carta fondamentale”*.

La Corte Costituzionale¹⁰⁶ appropriandosi della impostazione assunta dalle Sezioni Unite rimettenti ha attestato a sua volta la rilevanza, e quindi ammissibilità, dell'incidente di costituzionalità ammettendo che l'ordinamento *“conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”*.

Svolta un'articolata ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale, la sentenza si chiude con la declaratoria di illegittimità dell'art. 7 D.L. 341/2000 per violazione dell'art. 7 CEDU, che integra il parametro interposto di costituzionalità attraverso il richiamo all'art. 117, 1° comma, Cost.

Espunta dall'ordinamento la disposizione in parola, lo strumento valutato congeniale a correggere il giudicato modellato sul disposto illegittimo è individuato nel rimedio esecutivo. Il Giudice dell'esecuzione, dotato di una competenza ampia non circoscritta ad intervenire sulle questioni attinenti alla validità ed efficacia del titolo posto in esecuzione, risulta abilitato, in vari casi, ad incidere sul titolo (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 c.p.p.). Per ragioni di completezza espositiva, è opportuno segnalare il progressivo *“slittamento verso compiti e poteri che sono tipici del giudice della cognizione”*: come nel caso di revoca parziale del giudicato, limitata ad uno o più reati, così in costanza di rideterminazione del trattamento sanzionatorio (con eventuale concessione della

questione di legittimità costituzionale sollevata nel procedimento d'esecuzione e concernente una disposizione applicata in sede di cognizione.

¹⁰⁵ Ci si riferisce alla più volte richiamata, Cass. Pen. Sez. I, 27.10.2011, n. 977, *Hauohu*.

¹⁰⁶ Sentenza num. 210, depositata il 18.07.2013, e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 24.07.2013. A commento della sentenza, Paonessa Caterina, *Condizioni e limiti della retroattività della lex mitior. A proposito della riquantificazione in executivis dell'ergastolo inflitto all'esito di giudizio abbreviato*, cit., pag. 2952 e seg., Pecorella Claudia, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, cit., pag. 1423 e seg., Pugiotto Andrea, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU, e Costituzione)*, cit., Serrani Alessandro, *L'adeguamento del giudicato penale in executivis e il difficile rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo*, in *Arch. Pen.*, 2, 2013, Viganò Francesco-Lamarque Elisabetta, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. It.*, 2014, pag. 392 e seg.

sospensione della pena) quando l'*abolitio* coinvolga il reato più grave nel meccanismo di cui all'art. 81, 2° comma, c.p.¹⁰⁷

Reinvestite del ricorso Ercolano, le Sezioni Unite, con sentenza del 24.10.2013¹⁰⁸, offrono la migliore occasione per superare qualsiasi resistenza a riconoscere vincibile il giudicato penale.

La pronuncia da ultimo richiamata quindi apporta un nuovo decisivo contributo alla tesi qui argomentata che pretende di assegnare ai condannati *in executivis* per reato di traffico di droghe leggere il diritto di ottenere una rimodulazione della pena in seguito alla declaratoria di costituzionalità che si commenta attivando il rimedio d'esecuzione.

I principi di diritto cui pervengono nell'ordine le Sezioni Unite il 19.04.2012, la Corte Costituzionale con la sentenza 210/2013, ed infine la sentenza che segna l'epilogo del caso Ercolano, sono estendibili alla fattispecie di chi è stato condannato per traffico di droghe leggere in virtù del D.P.R. 309/1990 come modificato dal D.L. 272/2005. L'omogeneità delle situazioni passa attraverso la Costituzione, una pronuncia di incostituzionalità e l'esistenza di situazioni che pretendono l'irrevocabilità applicando una pena illegittima.

La parola conclusiva dunque non può che essere lasciata alle stesse Sezioni Unite che ribadiscono – di ritorno dal Palazzo della Consulta – che il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona¹⁰⁹.

Pur rassicurati sulla sostenibilità della pretesa di correggere il giudicato di condanna formato sulla Legge Fini-Giovanardi a seguito della sentenza costituzionale num. 32/2014, rimane ancora aperto il quesito relativo all'individuazione del meccanismo procedurale più congeniale a conseguire ciò.

Si rammenta come già anticipato che la revoca del giudicato risulterebbe dispositivo sovrabbondante rispetto alle legittime pretese del reo tese ad una rideterminazione della pena, previo scomputo della porzione ineseguibile.

Anche su questo punto la sentenza in parola consegna spunti di riflessione decisivi: *“non è estraneo alla ratio del richiamato L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, l'impedire che anche una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale: la conformità a legge della pena, e in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione”*.

Tra i poteri implicitamente riconosciuti al Giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite, riscontrano anche quello di incidere sul titolo esecutivo, per sostituire la pena inflitta con

¹⁰⁷ Vicoli Daniele, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, cit., pag. 1689 e seg.

¹⁰⁸ Cass. Pen. Sez. Un., 24.10.2013, n. 18821, Ercolano (dep. 07.05.2014).

¹⁰⁹ *“Vi sono tuttavia 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.

Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2) 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, perchè ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117 Cost., comma 1.

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”.

quella conforme a legge. Sebbene a seguito della sentenza costituzionale 32/2014 sia stata annullata una legge che contemplava un aggravio sanzionatorio per condotte inerenti al traffico di droghe leggere, e sebbene non si faccia questione di sostituzione di una pena illegittima, ma di rideterminazione della sanzione, non pare sostenibile alcuna *distinguo*, premessa che condurrebbe a divergenti risultati, come invero effettuata nell'ipotesi di introduzione costituzionale di una ipotesi di reato *mitior* (Corte Cost. 68/2012).

Archivate le resistenze alla rimozione del giudicato enunciate dalla Cassazione nel caso Hamrouni, superata quindi anche la ragione della rimessione della questione alle Sezioni Unite (*“se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (...), comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato”*), il più recente intervento delle Sezioni Unite peraltro ostacola (perché pone le premesse per un eventuale giudizio di inammissibilità) l'ipotesi di un'eventuale questione di costituzionalità degli artt. 670, 671 e 673¹¹⁰ c.p.p. nella parte in cui non prevedono espressamente il potere di rideterminare la pena a seguito di una declaratoria di incostituzionalità di norma penale sostanziale non incriminatrice *ex novo*.

FabioValcanover Trento

¹¹⁰ Come paventato, per l'art. 673 c.p.p. da Gambardella Marco, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, cit., pag. 1664 e seg.

BIBLIOGRAFIA

- BARBARE AUGUSTO**, *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizioni abrogate*, in *www.forumcostituzionale.it*
- BARNABÒ MICOL**, *La nuova competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *www.federalismi.it* – Focus Human Rights n. 4/2013
- CAMAIONI SALVATORE**, *Successione di leggi penali*, CEDAM, 2003
- CANTARINI LIVIA**, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei "fratelli minori" di Scoppola?*, in *Arch. Pen.*, 2013
- CARMONA ANGELO**, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 717 e seg.
- CONSO-GUARINIELLO**, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, p. 45.
- DEL CORSO STEFANO**, *Successione di leggi penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Utet, 1998, pag. 82 - 113
- DE LUCA GIUSEPPE**, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963
- DE LUCA GIUSEPPE**, *Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, 1988.
- DI GIOVINE OMBRETTA**, *Opinioni a confronto – Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia–Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2007, pag. 217 - 233
- FIANDACA GIOVANNI–MUSCO ENZO**, *Diritto penale - Parte Generale*, VI Ed., Zanichelli, 2010
- GAITO FEDERICO**, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibili?*, in *Arch. Pen.*, 3, 2013
- GALLO MARCELLO**, *La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1956, pag. 722 - 743
- GAMBARDELLA MARCO**, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 467 e seg.
- GAMBARDELLA MARCO**, *Il "caso Scoppola": per la corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 2020 e seg.
- GAMBARDELLA MARCO**, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento*, in *Cass. Pen.*, 2011, pag. 1349 e seg.
- GAMBARDELLA MARCO**, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 1664 e seg.
- GAMBARDELLA MARCO**, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 3981 e seg.
- GAMBARDELLA MARCO**, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge Fini Giovanardi*, in *Arch. Pen.*, 2014, fasc. 1
- GRAGNANI ANNA**, *Comunicati stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte Costituzionale? Sugli "effetti preliminari" della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, fasc.1, 2013, pag. 531 e seg.

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

IACOBBI DANILO, *La nuova dimensione del giudicato penale ed i poteri del giudice di “modificare” le statuizioni della sentenza*, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 2675 e seg.

LOZZI GILBERTO, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVIII, Giuffrè, 1969, pag. 912 - 923

MANTOVANI FERRANDO, *Il principio di offensività nello schema di legge delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1997, pag. 313

MARCENÒ VALERIA, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte Costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adequatio, negli scritti di Leopoldo Elia*, in *Giur. Cost.*, 2009, pag. 3565

MAYER FRANZ-PERNICE INGOLF, *La costituzione integrata dell'Europa*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di Zagrebelsky Gustavo, Laterza, 2003, pag. 43-70

MODUGNO FRANCO, *Giudicato e funzione legislativa - Introduzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, dicembre 2009, pag. 2818-2819

MUSIO CAROLA, *Di nuovo alla Corte Costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 4003 e seg.

NOTARO DOMENICO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. Pen.*, 2013, pag. 1755 seg.

PALAZZO FRANCESCO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, pag. 1173 e seg.

PAONESSA CATERINA, *Condizioni e limiti della retroattività della lex mitior. A proposito della riquantificazione in executivis dell'ergastolo inflitto all'esito di giudizio abbreviato*, in *Giur. Costituzionale*, 2013, pag. 2952-2960

PECORELLA CLAUDIA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, pag. 1423 e seg.

PODO CARLA, *Successione di leggi penali*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Vol. XVI, Utet, 1970, pag. 643-690

PUGIOTTO ANDREA, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU, e Costituzione)*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013

PULITANÒ DOMENICO, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2011, pag. 11-32

ROMANO MARIO, *Commentario sistematico al codice penale*, Vol. I, Giuffrè, 2004-2011

ROMEO GIOACCHINO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210/2013*, in *Dir. Penale Contemporaneo*

RUGGERI ANTONIO, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo... Ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2/2011

RUGGERI ANTONIO, *“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, relazione al Workshop su Human Rights in European Criminal Law after the Treaty of Lisbon, svoltosi a Messina il 27 aprile 2013

DROGHE: QUALI SCENARI DOPO LA SENTENZA COSTITUZIONALE 32/2014, ALLA LUCE DEL CASO ERCOLANO ORMAI DI RITORNO DAL PALAZZO DELLA CONSULTA

SCOLETTA MARCO, *La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. Penale Contemporaneo*

SERGES GIOVANNI, *Il ‘valore’ del giudicato nell’ordinamento costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, dicembre 2009, pag. 2819-2827

SERRANI ALESSANDRO, *L’adeguamento del giudicato penale in executivis e il difficile rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo*, in *Arch. Pen.*, 2, 2013

VENEZIANI PAOLO, *Opinioni a confronto – Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia–Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2007, pag. 233-248

VICOLI DANIELE, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell’esecuzione: il caso dell’abolitio criminis*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 1689 e seg.

VIGANÒ FRANCESCO, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Penale Contemporaneo*

VIGANÒ FRANCESCO, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Dir. Penale Contemporaneo*

VIGANÒ FRANCESCO, LAMARQUE ELISABETTA, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. It.*, 2014, pag. 392 e seg.

ZAGREBELSKY GUSTAVO (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, 2003

La vittoria della Ragione e le pene illegittime

Paola Bevere

Intervento al Seminario "Esequire una pena illegittima?", Roma 16 maggio 2014

1. Premessa

Preliminarmente volevo sottolineare che la legge Fini-Giovanardi è stata in vigore per 7/8 anni. Nessun giurista, prima di Saraceni e Corleone nel 2012, ha rilevato l'incostituzionalità dell'iter procedurale che le ha dato vita (nonostante vi fossero già state pronunce della Corte Costituzionale, nel 2007 e 2008, che stabilivano l'incostituzionalità delle conversioni in legge con emendamenti illegittimi). È evidente che tutti gli operatori del diritto penale, magistrati e avvocati, non hanno avuto l'interesse o la diligenza di sollevare la questione di illegittimità costituzionale per anni.

Dopo la campagna di sensibilizzazione fatta dalla "Società della ragione" mi aspettavo una "cascata" di questioni d'illegittimità, invece sono stati solo in quattro i Giudici ad accoglierle; molti altri non hanno sentito il dovere giuridico e morale di sollevare la questione; come ad esempio, nel processo che ho seguito con gli avv. Alessandro Gamberini e Simona Filippi, Rototom Sunsplash - in cui viene ipotizzato il delitto di agevolazione dell'uso ex art. 79 TuS - la questione d'illegittimità da noi proposta non è stata condivisa dal Giudice del Tribunale di Tolmezzo.

La "vittoria della ragione" lascia quindi un fondo di tristezza per tutti i processi celebrati, le misure cautelari applicate e gli anni di carcere inflitti in applicazione della Fini-Giovanardi, con i conseguenti irreparabili danni cagionati a chi avrebbe evitato la detenzione, con la precedente disciplina.

2. Le pronunce della Corte di Cassazione

Il 5 marzo 2014 la Corte di Cassazione ha diffuso la relazione n. 20 del 2014 contenente riflessioni sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti, dopo la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale.

Il tema più delicato è quello del giudicato. La Suprema Corte ha individuato due orientamenti contrastanti. In base al primo, la pronuncia che dichiara l'illegittimità costituzionale è dotata di una forza invalidante ex tunc. L'esecuzione della porzione di pena, inflitta dal giudice della cognizione - nel caso esaminato per effetto dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata illegittima - non è eseguibile e spetta al giudice dell'esecuzione individuarla e dichiararla tale. Questa interpretazione appare l'unica conforme ai principi di personalità e proporzionalità della pena nel rispetto dell'art. 27 Cost.

Secondo l'altro orientamento, la pena definitiva resta insensibile alla sopravvenuta modificazione delle disposizioni penali, esaurendosi col giudicato l'applicazione di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio (ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p. "salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile"). Inoltre, l'art. 30 della legge n. 87 del 1953, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norma dichiarata incostituzionale, "si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali" ossia in caso di abolitio criminis.

Sul tema generale della possibile incidenza sul giudicato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice, sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza n. 18821 depositata il 7 maggio 2014 e pende attualmente un altro ricorso alle Sezioni Unite, che chiuderà il cerchio sul tema, la cui trattazione è stata fissata per il 24 maggio 2014. La questione rimessa è "se la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nella specie il divieto di prevalenza della "ex" circostanza attenuante prevista dal comma 5 dell'art. 73 TuS, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.) comporti o meno, la rideterminazione della pena definitiva in esecuzione, così vincendo la preclusione del giudicato".

3. Le pronunce sui procedimenti pendenti

Con la riviviscenza della Iervolino-Vassalli, la Corte di Cassazione, ha emesso numerose pronunce interpretative, sui procedi-

menti ancora in corso di giudizio, tra le quali da ultimo:

- la sentenza n. 15152 del 2 aprile 2014, la VI sezione dà linee interpretative sul se e come rideterminare la pena irrogata, prima della pronuncia della Corte Costituzionale.

Per le droghe pesanti nulla quaestio, l'anteriore disciplina prevedeva una pena più grave nel minimo edittale, otto anni in luogo di sei, quindi in applicazione del principio del favor rei (e dell'art. 2 comma 4 c.p.) deve ritenersi correttamente applicato il più mite regime sanzionatorio, del testo oggi abrogato, ai reati commessi durante la sua vigenza.

Per le droghe leggere la pena detentiva è incomparabilmente meno onerosa da 2 a 6 anni, rispetto da 6 a 20 anni della Fini-Giovanardi, la pena pecuniaria è di 5.000 a 77.000 € contro i 26.000 ai 260.000 € precedenti.

Secondo la Suprema Corte in linea teorica il regime punitivo applicabile non può che essere quello più favorevole previsto dall'art. 73 comma 4 tornato in vigore.

In ogni caso, si può applicare il regime più favorevole "se i motivi originari di ricorso abbiano demandato alla Corte, in forma diretta o non, un controllo della motivazione in tema di definizione della pena" (pertanto per tutti i ricorsi in cui si è lamentata l'eccessività della sanzione inflitta sarà possibile la rivisitazione del trattamento sanzionatorio da parte della Corte di Appello). Chiaramente l'annullamento mantiene ferma la responsabilità penale e la qualificazione del fatto di reato, in quanto le condotte sono invariate, pertanto col rinvio si forma il giudicato sostanziale.

La Suprema Corte ha stabilito che il nuovo regime punitivo non impone al Giudice di appello "un'automatica nuova e diversa, quindi inferiore, individuazione della pena già inflitta". La pena, detentiva o pecuniaria, può rimanere invariata se rientrando nella nuova forbice edittale, (altrimenti è chiaramente *contra ius*). Ciò vale ovviamente solo nei casi in cui il primo giudice non abbia ritenuto di definire in motivazione lo specifico "grado" della cornice edittale.

Quando il giudice di merito ha con espressa motivazione ancorato la pena base ai minimi edittali sarà vincolato alla rimodulazione della pena, rendendola conforme ai nuovi più favorevoli minimi edittali detentivi e altresì pecuniari.

- la sentenza n. 15187 del 3 aprile 2014 la IV sezione ha interpretato l'effetto della nuova disciplina sulle misure cautelari personali in ipotesi di cui all'art. 73 TuS in relazione alle droghe leggere.

In base all'art. 275, commi 2 e 2bis, c.p.p. la misura deve essere proporzionata alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata e non può essere disposta se il giudice ritiene possa essere concessa la sospensione condizionale della pena (ex art. 163 c.p.p.). Verosimilmente ad oggi, in caso di droghe leggere, è possibile prognosticare la concessione della sospensione condizionale della pena perché il minimo della pena è proprio di 2 anni (potenzialmente senza aggravanti e con le attenuanti può essere anche inferiore), chiaramente applicabile solo ai non pregiudicati. Giustamente la Corte evidenzia che il massimo della pena ora previsto corrisponde a quello che prima era il minimo, di 6 anni, quindi la valutazione dei parametri è necessariamente diversa.

- l'ultima sentenza della VI sezione (la n. 19263 del 9 aprile 2014) depositata il 9 maggio 2014, puntualizza, per evitare equivoci, che l'abrogazione del comma 1bis dell'art. 73 TuS, in tema di definizione/delimitazione dell'uso personale non punibile penalmente, "non ha prodotto il paradossale effetto di una sopravvenuta punibilità dell'uso personale", che fra l'altro è sempre stata esclusa dalla giurisprudenza nella vigenza della normativa oggi fatta rivivere. La Corte conclude auspicando in un intervento del legislatore che puntualizzi quali sono le soglie entro le quali sia raffigurabile il consumo personale. Tale pronuncia è stata "esaudita" con la conversione in legge del decreto legge n. 36 del 20 marzo 2014.

4. Effetti sulle carceri

La legge ora vigente, rimane un testo che ha un grosso impatto sulle carceri, infatti già nei primi due anni dalla sua entrata in vigore - tra il 1991 e il 1993 - l'aumento della popolazione detenuta fu di 15.000 unità; per poi giungere nel 2005 a circa 24.000 unità (dalle 35.469 del 1991 alle 59.523 del 2005), per cui fu necessario l'indulto. Appare interessante che al 30 aprile 2014 il numero di detenuti è più o meno lo stesso, di 59.683, pertanto non si comprende perché non si sia adottata la stessa misura per scongiurare la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, prevista per il 28 maggio 2014.

La legge Fini-Giovanardi, poi, aveva inasprito le pene, eliminando la distinzione tra droghe "leggere" e "pesanti", determinando in pochi anni un aumento di altre 13.000 unità (numero che sarebbe stato destinato a salire, anche a causa degli effetti delle leggi ex Cirielli e Bossi-Fini, se non ci fossero state a partire dal 2009 le leggi "svuota carceri"). Questa politica maggior-

mente repressiva mirava a ridurre il traffico e il consumo di sostanze stupefacenti, ma evidentemente non vi è riuscita.

In ogni caso, la percentuale maggiore di detenuti è sempre stata composta da persone che hanno commesso reati previsti dal DPR n. 309 del 9 ottobre 1990, ad oggi il 40% circa, cui seguono i delitti contro il patrimonio, .

In Parlamento – prima della conversione in legge del decreto legge n. 36 del 20 marzo 2014 – hanno discusso in quale tabella inserire la cannabis chimicamente modificata - la quale fortunatamente è rimasta nella II tabella - come se la collocazione in una tabella piuttosto che nell'altra impedisse magicamente agli assuntori di consumarla. Il legislatore italiano, a mio avviso, commette un errore di prospettiva, anche alla luce dei dati statistici internazionali sugli effetti del proibizionismo.

5. Politica sulle droghe internazionale

Negli ultimi anni circa 300 milioni di persone in tutto il mondo hanno assunto sostanze illegali, il 18 % in più rispetto dal 2008. Appare difficile dare una lettura positiva di questi dati rispetto alla politica del proibizionismo.

Inoltre bisogna tenere conto del fenomeno della creazione di tipi diversi di droghe, in Europa tra il 2009 e il 2012 sono state inventate circa 100 "nuove" sostanze, che sono state legali fin quando l'autorità non le ha vietate.

In Nuova Zelanda, in cui è maggiormente presente tale fenomeno, è in corso di approvazione una legge che legalizza le "nuove" sostanze a "basso rischio di danno".

In ogni caso, appare evidente che in questo periodo storico, dopo la legalizzazione della cannabis in Uruguay, Colorado e Washington, la politica del proibizionismo è in fase di declino, quindi è auspicabile che nel 2016 all'assemblea generale dell'ONU per rivedere le politiche di controllo degli stupefacenti, siano disposte linee più morbide, che potrebbero avere ripercussione anche nel nostro ordinamento. Staremo a vedere.

Appendice



CORTE DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL RUOLO E DEL MASSIMARIO
 Settore penale

Rel. 20/2014

Roma, 5 marzo 2014

Orientamento di giurisprudenza

Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti.

(a cura di: *Matilde Brancaccio, Giorgio Fidelbo, Raffaele Piccirillo, Roberta Zizanovich*)

Sommario: 1. Premessa. - 2. I ricorsi pendenti in Cassazione. - 2.1. Ricorsi ammissibili. - 2.2. Ricorsi inammissibili e prescrizione: a) prescrizione maturata dopo la sentenza impugnata e prima dell'atto di impugnazione; b) prescrizione maturata nel giudizio di appello. - 2.3. Ricorsi avverso le sentenze di patteggiamento. - 3. Gli effetti della sentenza costituzionale sui ricorsi pendenti presso la settima sezione. - 4. Cenni sui riflessi della sentenza costituzionale sulle condanne definitive. - 4.1. Altre ipotesi di illegittimità costituzionale di norme penali di carattere "sanzionatorio". - 5. L'individuazione della norma incriminatrice applicabile nei processi in corso. - 5.1. Brevi cenni in ordine alla retroattività della *lex mitior* nella giurisprudenza costituzionale. - 5.2. La disciplina dei fatti di lieve entità. - 5.3. La disciplina delle condotte illecite di cui all'art. 73, commi 1 e 4 del d.P.R. 309/90. - 6. Effetti della sentenza costituzionale sui tempi di prescrizione e sul regime dei termini di custodia cautelare applicabile con riferimento ai procedimenti per i quali penda ancora giudizio. - 6.1. Effetti sulla prescrizione. - 6.2. Effetti sui termini di custodia cautelare. - 7. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 *vicies ter* legge n. 46/2006. - 7.1. Effetti in tema di tabelle di classificazione delle sostanze stupefacenti. - 7.2. Effetti in tema di lavoro sostitutivo.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli*

stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49".

Nel corpo della motivazione la Corte precisa che *“una volta dichiarata l’illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate **riprende applicazione l’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate**”*.

La “disapplicazione” nei processi delle norme dichiarate incostituzionali, attenendo a situazioni anteriori alla decisione della Corte, permette di postulare una sorta di retroattività degli effetti della pronuncia d’incostituzionalità. In questo caso, si tratta di una invalidità originaria delle norme oggetto della declaratoria di incostituzionalità: norme che la pronuncia della Corte costituzionale ha fatto venir meno *ex tunc* – con efficacia retroattiva – come se le norme annullate non fossero mai venute alla luce; ripristinando oltretutto in tale ambito la previgente disciplina, con la relativa distinzione giuridica e di pena tra droghe pesanti e leggere.

Tale effetto, a norma degli artt. 136 Cost. e 30, comma terzo, l. 11 marzo 1953, n. 87 si produce *“dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”*, nella specie avvenuta il 5 marzo 2014 (Gazzetta Ufficiale n. 11, 1ª Serie Speciale).

È possibile, sin da ora, rilevare che l’intervento demolitorio della Corte ha reintrodotto un regime sanzionatorio maggiormente gravoso per le cosiddette “droghe pesanti” - *la disposizione dichiarata incostituzionale prevede la pena detentiva da sei a vent’anni, oltre la pena pecuniaria da 26.000 a 260.000; la previsione sanzionatoria, reintrodotta per effetto della sentenza della Corte costituzionale, stabilisce la pena della reclusione da otto a vent’anni, oltre la multa da 25.822 a 258.228 euro, per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle I e III dell’art. 14 - e, invece, più favorevole per le cosiddette “droghe leggere” – *la previsione sanzionatoria, reintrodotta per effetto della sentenza della Corte costituzionale, stabilisce per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle II e IV dell’art. 14 la pena della reclusione da due a sei anni, oltre la multa da 5.146 a 77.468 euro -* il che impone l’attenta verifica della disciplina applicabile ai processi in corso.*

2. I ricorsi pendenti in Cassazione.

Per effetto del fenomeno della c.d. reviviscenza la norma abrogata ha riacquisito vigore ed efficacia a seguito dell’annullamento della norma abrogatrice per illegittimità costituzionale. Mentre le norme annullate a seguito della pronuncia di incostituzionalità non possono più essere applicate, neppure nei rapporti sorti anteriormente alla pronuncia e tuttora pendenti, in virtù del divieto per i giudici di applicare leggi dichiarate incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali preesistenti, fatto salvo quanto si dirà ai par. 5 e 6 in tema di *favor rei* e successione di leggi nel tempo.

E ciò vale anche nel caso in cui il processo sia pendente in cassazione: tuttavia gli effetti sono diversi a seconda che il ricorso sia o meno ammissibile.

2.1. Ricorsi ammissibili.

Per i ricorsi in cassazione ammissibili sono due le questioni che si pongono in via preliminare: la prima investe l'applicabilità della sentenza di incostituzionalità intervenuta in epoca successiva rispetto alla presentazione del ricorso; la seconda riguarda la possibilità di rideterminare la pena in sede di legittimità a seguito dell'annullamento in *parte qua*.

A) in ordine alla prima questione si rinvengono due soli precedenti, vale a dire Sez. VI, 19 luglio 2012, n. 37102, Checcucci, Rv. 253471; Sez. III, 8 marzo 1999, n.3091, Cangelosi, Rv. 213574.

In entrambe le pronunce si è affermato che la nuova disciplina risultante dall'intervento della Corte costituzionale si applica anche ai giudizi in corso davanti alla Corte di cassazione, senza che sia necessario che gli originari motivi di ricorso siano integrati da motivi nuovi aggiunti, non potendo il giudice di legittimità non tenere conto della inapplicabilità della normativa dichiarata illegittima, ed essendo, invece, sufficiente che i motivi originari abbiano investito il giudice di legittimità del controllo della motivazione.

B) Per quanto concerne la questione inerente i possibili ambiti di intervento decisionale della Corte in tema di rideterminazione della pena, si segnala che - a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 341, comma 1, cod. pen., nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la pena della reclusione pari a mesi sei – il giudice di legittimità ha ritenuto possibile sostituire la pena inflitta con la sentenza impugnata solo nei casi in cui la stessa fosse pari al minimo edittale (così da potersi rideterminare la pena, ai sensi dell'art. 23 cod. pen., in giorni quindici di reclusione). Ciò perché in tali casi la sentenza denunciata si era attestata al minimo della previsione edittale, con specifico giudizio di valore sul punto. Di contro, nella diversa ipotesi in cui tale giudizio di valore non era riscontrabile, la Corte ha ritenuto la necessità di annullare con rinvio per la rideterminazione della pena da parte del giudice di merito (Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 3587, Grasso, Rv 200709; Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, Rv 200707; Sez. VI, 11 aprile 1995, n. 6190, Bonina, Rv 201895).

La Corte si è già, peraltro, in passato occupata del regime sanzionatorio da applicarsi ai reati in tema di stupefacenti per effetto delle modifiche introdotte con il d.l. 272/2005, convertito con modifiche, nella l. 49/2006 (che ha abbassato da otto a sei anni il minimo edittale del nuovo art. 73 d.P.R. 309/1990), operando una distinzione a seconda che la pena inflitta con la sentenza impugnata fosse pari ovvero superiore al minimo edittale.

Nel primo caso la giurisprudenza ha affermato che è obbligatoria la rideterminazione della pena da parte del giudice d'appello ove il giudice di primo grado abbia inflitto una pena pari al minimo edittale come prevista dalla normativa meno favorevole; in mancanza di tale rideterminazione, la sentenza d'appello va annullata con rinvio (*ex multis*, Sez. IV, 9 aprile 2009, n. 23922, Shordja, Rv 244218; Sez. V, 29 ottobre 2010, n. 4790, Attanasio e altri, Rv 249782; Sez. VI, 18 febbraio 2008, n. 21439, Mori, Rv 240061).

Diversificata è invece la soluzione per l'ipotesi in cui la pena inflitta dal giudice di primo grado fosse superiore ai minimi edittali.

Secondo parte della giurisprudenza di legittimità, in tali casi il nuovo regime, intervenuto dopo la sentenza di condanna di primo grado, non obbliga il giudice a rimodulare in senso favorevole al reo la misura della sanzione inflitta (Sez. VI, 9 aprile 2010, n. 32673, Tirone Chiaramonte, Rv 247998; Sez. II, 5.3.2010, n. 12344, Careri, Rv 246857; Sez. II, 11 febbraio 2010, n. 18159, Ceccarelli, Rv 247460; Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 40105, Lucarelli, Rv. 244707; Sez. IV, 24 febbraio 2009, n. 28839, Gatti, Rv 244430; Sez. IV, 25.11.2009, n. 48334, Tondi e altro, Rv. 245739; Sez. IV, 23 settembre 2008, n. 39256, Infantino ed altri, Rv 241985; Sez. II, 26 settembre 2006, n. 40382, Arici, Rv 235470).

Secondo altra giurisprudenza, il giudice di merito è invece tenuto alla rideterminazione della pena, in quanto se questa viene inflitta discostandosi dal minimo edittale l'entità di tale minimo costituisce comunque un parametro necessario e determinante per quantificare lo scostamento. In altri termini, la sopravvenienza della disciplina con un trattamento sanzionatorio più favorevole, caratterizzato appunto da un abbassamento del minimo edittale, rilevante sia come pena minima irrogabile sia come parametro per la determinazione di pena che da esso si discosti, impone la piena rivalutazione di merito della pena applicata in precedenza. Ne consegue che nel caso in cui tale rivalutazione non sia stata effettuata, la sentenza va annullata con rinvio (Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 12707, Mazzullo, Rv 243685; Sez. VI, 2 aprile 2008, n. 16176, Mecaj, Rv 239557; Sez. IV, 17.10.2006, n. 1024, Durante, Rv 236061).

Deve infine segnalarsi un ulteriore orientamento che ammette, in determinati casi, che la rideterminazione possa essere fatta direttamente in sede di legittimità (cfr., Sez. VI, 12 marzo 2009, Masti, Rv 242932, successivamente condivisa da Sez. IV 27 ottobre 2010, n. 41569, Negro, Rv 248458, entrambe conformi a Sez. IV, 6 marzo 2006, n. 15589, P.G. in proc. Cantani, Rv 233972 e a Sez. V, 27 marzo 1991, n. 5247, Nicoletta, Rv 187140). In queste decisioni si è affermato che, quando sopravviene una legge che determina in concreto e all'immediata evidenza per il caso oggetto del giudizio, un trattamento sanzionatorio più favorevole, "*ogniquale volta dalle sentenze dei due gradi di merito risultino espresse valutazioni di fatto, suscettibili di inequivoca riapplicazione*",

alla determinazione della pena può provvedere direttamente la Corte di cassazione, annullando senza rinvio il punto della quantificazione della pena ed indicando la nuova sanzione (così, Sez. VI, 12 marzo 2009, Masti, Rv 242932). Si è pure considerato che, poiché l'apprezzamento dell'adeguatezza sanzionatoria trova nei limiti edittali (in particolare nel limite minimo edittale) solo un parametro che influenza ma non determina necessariamente il giudizio di disvalore del caso concreto oggetto del singolo giudizio, anche qualora la pena base sia già determinata nel minimo edittale è necessario che dalla concretizzazione del complessivo calcolo della sanzione, o comunque dalla specifica motivazione sul punto, emerga un'univoca valutazione di oggettiva minima gravità, senza che possa affermarsi alcun automatismo tra il precedente ed il nuovo minimo edittale. In altri termini, così come a fronte di una pena detentiva di otto anni di reclusione applicata prima della legge n. 49 del 2006, un nuovo giudizio del tutto legittimamente potrebbe condurre alla conferma di quella quantificazione in quanto ritenuta adeguata al caso e solo occasionalmente corrispondente al precedente minimo edittale (Sez. VI, sent. n. 17176 del 2 - 17.4.2008 in proc. Mecaj), per converso a fronte di una pena base superiore agli otto anni di reclusione ben potrebbe il nuovo giudizio condurre ad una pena superiore al minimo di sei anni ma inferiore a quella irrogata proprio ed esclusivamente in ragione del mutato quadro normativo. In definitiva, la nuova disciplina comporta la possibilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole che, in quanto tale e per le caratteristiche che la contraddistinguono (abbassamento del minimo edittale, rilevante sia come pena minima irrogabile sia come parametro per la determinazione di pena che da esso si discosti), consente tendenzialmente la piena rivalutazione di merito della pena applicata in precedenza.

In breve => relativamente ai due quesiti indicati in apertura di paragrafo, si possono trarre le seguenti conclusioni:

a) **la nuova disciplina risultante dall'intervento della Corte costituzionale si applica anche ai giudizi in corso davanti alla Corte di cassazione, senza che sia necessario la specifica deduzione di motivi nuovi;**

b) **la Corte di cassazione, ove rilevasse l'"illegalità" delle pene inflitte in ragione della pronuncia della Corte costituzionale, potrebbe annullare con rinvio ovvero, in base a quanto previsto dall'art. 620 cod. proc. pen., procedere direttamente alla rideterminazione della pena, nel limite in cui dalle sentenze dei due gradi di merito risultino espresse valutazioni di fatto, suscettibili di inequivoca riapplicazione.**

2.2. Ricorsi inammissibili e prescrizione.

Il problema più delicato riguarda l'esito dei ricorsi pendenti in Cassazione che andrebbero dichiarati inammissibili per intervenuta formazione del giudicato sostanziale e che, tuttavia, si

riferiscono a reati per i quali, in ragione della pronuncia di incostituzionalità in esame, è maturato il termine di prescrizione, calcolato sulla base non più del trattamento sanzionatorio previsto dalla legge vigente all'epoca di commissione del fatto bensì dalla normativa ripristinata per effetto della pronuncia del giudice delle leggi, nei limiti in cui la stessa si riveli più favorevole (si rinvia ai par. 5 e 6 in ordine alla individuazione della disciplina più favorevole).

La soluzione di tale questione è strettamente collegata al riconoscimento della permeabilità del giudicato penale rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità della norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice.

A) Prescrizione maturata dopo la sentenza impugnata e prima dell'atto di impugnazione.

In base alla consolidata giurisprudenza di legittimità, il ricorso per Cassazione proposto esclusivamente per far valere la prescrizione maturata dopo la sentenza impugnata e prima della proposizione dell'atto di impugnazione, se privo di qualsiasi doglianza relativa alla sentenza medesima, viola il criterio enunciato nell'art. 581, lett. a), cod. proc. pen. ed esula dai motivi in relazione ai quali può essere proposto il ricorso, a norma dell'art. 606 cod. proc. pen.: di conseguenza è inammissibile (Sez. un., 27 giugno 2001, n. 33542, Cavalera, Rv 219531). Affermazione questa ricavabile da una precedente decisione che ha comunque subordinato l'applicabilità della causa estintiva, in attuazione del precetto di cui all'art. 609 commi 1 e 2, cod. proc. pen., alla mancata formazione del giudicato sui singoli capi della sentenza e, dunque, all'ammissibilità dell'atto di impugnazione (Sez. un., 19 gennaio 2000, n.1, Tuzzolino, Rv 216239).

Le considerazioni che precedono hanno condotto le Sezioni unite alla conclusione che l'intervenuta formazione del giudicato sostanziale derivante dalla proposizione di un atto di impugnazione invalido, perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (art. 591, comma, 1, con eccezione della rinuncia ad un valido atto di impugnazione; art. 606, comma 3), precluda ogni possibilità sia di far valere una causa di non punibilità precedentemente maturata sia di rilevarla di ufficio.

L'intrinseca incapacità dell'atto invalido di accedere davanti al giudice dell'impugnazione viene a tradursi in una vera e propria *absolutio ab instantia*, derivante da precise sequenze procedurali, che siano in grado di assegnare alle cause estintive già maturate una loro effettività sul piano giuridico, divenendo altrimenti fatti storicamente verificatisi ma giuridicamente indifferenti per essersi già formato il giudicato sostanziale.

Insomma, secondo la Corte di cassazione l'avvenuta formazione del giudicato sostanziale

impedisce sia di far valere, sia di rilevare d'ufficio **la prescrizione verificatasi in epoca antecedente ovvero successiva alla pronuncia della sentenza di appello**¹.

Si evidenzia come la Sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv 231164, dopo aver sostenuto che l'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude ogni possibilità sia di far valere sia di rilevare di ufficio, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., l'estinzione del reato per prescrizione, pur maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non dedotta né rilevata da quel giudice, ha precisato che “l'unica ipotesi di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile rimane quella relativa all'accertamento dell'abolitio criminis o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione e desumibile dall'eccezionale possibilità di incidere in executivis sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale”.

Proprio in relazione a quest'ultima affermazione, potrebbe rivelarsi utile chiarire il significato e la portata del riferimento operato alla *“dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione”*, al fine di verificare se vi siano o meno spazi operativi allorquando – come nel caso in esame – la pronuncia di incostituzionalità attenga solo alla cornice sanzionatoria e non alla condotta incriminata.

Pertanto, ove nella nozione riportata dovesse ricomprendersi anche la sola disposizione sanzionatoria, alla Corte di cassazione spetterebbe verificare se, per effetto della reviviscenza del precedente trattamento punitivo, si sia o meno verificata la prescrizione in epoca concomitante o successiva alla sentenza di appello, non prevalendo sulla causa estintiva del reato la pronuncia di inammissibilità.

A questo proposito deve richiamarsi Sez. VI 16 maggio 2013, n. 21982, Ingordini, Rv 255674, nella quale la Corte, pur rilevando incidentalmente l'inammissibilità del ricorso per genericità dei motivi, ha tuttavia annullato la sentenza impugnata per una sopravvenuta causa di nullità della decisione che rileva anche in punto di trattamento sanzionatorio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, comma 4, e 129 cod. pen. – essendo stata nelle more giudicato incostituzionale il divieto di prevalenza dell'attenuante speciale del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90) sulla recidiva ex art. 99, comma 4, cod. pen. In questa decisione si sostiene che il comma 4 dell'art. 30 impedisce di dare esecuzione alla condanna pronunciata “in applicazione della norma dichiarata incostituzionale” e che per norma penale sostanziale deve intendersi la disposizione che correla la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento

¹ Sul punto deve rilevarsi un contrasto in ordine alla possibilità che sia dichiarata la prescrizione del reato maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso risulti esclusa con riferimento ad altro reato: in senso favorevole, Sez. II, 5 luglio 2013, n. 31034, Santacroce, Rv 256557; in senso contrario Sez. VI, 20.10.2011, n. 6924, Fantauzza e altri, Rv 256556.

e che stabilisce una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta. Può, quindi, parlarsi di una norma penale sostanziale tutte le volte in cui è stabilita una sanzione penale per un aspetto dell'agire umano, essendo indifferente, da tale punto di vista, che la norma disciplini un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante.

B) Prescrizione maturata nel giudizio di appello.

Una giurisprudenza più recente si distacca parzialmente dai principi affermati in Sez. un. Bracale, nell'ipotesi in cui la prescrizione sia già maturata in grado di appello.

Invero, questo orientamento ritiene ammissibile il ricorso per cassazione proposto all'esclusivo fine di dedurre la prescrizione del reato maturata prima della pronuncia della sentenza impugnata e non rilevata dal giudice d'appello (Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 6835, Casadei, Rv 243649; Sez. II, 7 luglio 2009, n. 38704, Ioime, Rv 244809; Sez. V, 11 luglio 2011, n. 47024, Varone, Rv 251209; Sez. VI, 21 marzo 2012, n. 11739, Mazzaro Rv 252319), anche se non dedotta con il ricorso e nonostante l'inammissibilità del ricorso (Sez. V, 17 settembre 2012, n. 42950, Xhini, Rv 254633), ma solo se, a tal fine, non occorra alcuna attività di apprezzamento delle prove finalizzata all'individuazione di un *dies a quo* diverso da quello indicato nell'imputazione contestata e ritenuto nella sentenza di primo grado (Sez. II, 16 maggio 2013, n. 34891, Vecchia, Rv 256096).

Accanto a tale giurisprudenza, permane l'opposta soluzione ermeneutica, in tutto conformativa a Sez. un. Bracale, in base alla quale: l'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude ogni possibilità sia di far valere sia di rilevare di ufficio l'estinzione del reato per prescrizione, quand'anche maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non dedotta né rilevata nel giudizio di merito (Sez. I, 4 giugno 2008, n. 24688, Rayyan, Rv 240594; Sez. III 8 ottobre 2009, n. 42839, Imperato Franca, Rv 244999).

L'illustrata nuova prospettiva giurisprudenziale in tema di ammissibilità del ricorso diretto a far rilevare la prescrizione verificatasi entro la conclusione del giudizio d'appello appare di particolare rilievo, atteso che la reviviscenza del trattamento sanzionatorio previsto dall'originario testo del d.P.R. per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle II e IV dell'art. 14 medesimo d.P.R. comporta l'applicazione di termini di prescrizione ben più favorevoli rispetto a quelli che sarebbero stati applicati in virtù delle pene previste dalle norme dichiarate incostituzionali, con le conseguenze che ne derivano in tema di applicazione della legge penale più favorevole. Sul punto deve, peraltro, evidenziarsi che all'attualità il regime dei termini di prescrizione risulta differente rispetto a quello vigente all'epoca dell'introduzione del trattamento sanzionatorio dichiarato incostituzionale, di talché gli effetti che si produrranno in ragione dell'applicazione delle sanzioni originariamente previste in tema di "droghe leggere" al fine del calcolo della prescrizione saranno del tutto inediti.

In breve => rispetto al rilievo della prescrizione nel ricorso inammissibile, possono prospettarsi tre possibili soluzioni:

a) **il giudicato sostanziale impedisce la dichiarazione della prescrizione maturatasi per effetto della reviviscenza del trattamento sanzionatorio modificato dalla normativa dichiarata incostituzionale;**

b) **l'interpretazione estensiva del riferimento operato da Sez. Un. Bracale alla "dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione", quale ipotesi di cognizione riconosciuta al giudice di legittimità a fronte di un'impugnazione inammissibile, potrebbe condurre a ritenere possibile la dichiarazione di prescrizione ove la stessa costituisca l'effetto di una pronuncia di incostituzionalità;**

c) **è possibile dichiarare la prescrizione del reato purchè sia maturata prima della pronuncia della sentenza impugnata e non sia stata rilevata dal giudice d'appello, anche se non dedotta con il ricorso.**

2.3. I ricorsi in cassazione avverso le sentenze di patteggiamento. - La sentenza della Corte costituzionale pone problemi di interferenza anche nei riguardi dei ricorsi pendenti in sede di legittimità avverso le sentenze di "patteggiamento".

Deve, infatti, rilevarsi che la disciplina sanzionatoria più favorevole conseguente alla reviviscenza della normativa in vigore antecedentemente a quella oggi dichiarata incostituzionale per effetto della sentenza del 12 febbraio 2014 potrebbe comportare anche macroscopiche difformità, in relazione al differente trattamento penale delle "droghe leggere" previsto nelle due discipline, tra la pena sulla quale in concreto si è formato l'accordo tra le parti, poi recepito in sentenza, e la pena che avrebbe potuto essere concordata per effetto del recupero della formulazione dell'art. 73 del DPR in materia di sostanze stupefacenti. Sul punto valga rappresentare che la pena massima per le "droghe leggere" oggi in vigore per effetto della pronuncia di incostituzionalità corrisponde alla pena minima prevista dalle disposizioni caducate dal giudice delle leggi.

La dedotta difformità, peraltro, assume rilevanza unicamente con riferimento alle cosiddette "droghe leggere" in ragione del fatto che, per quanto riguarda, invece, le cosiddette "droghe pesanti", la normativa dichiarata incostituzionale sviluppa la diversità nel senso di un trattamento sanzionatorio riferito al minimo edittale più favorevole rispetto a quello oggi ripristinato con l'intervento demolitorio del giudice delle leggi. Sicché, per il principio del *favor rei*, non potrebbe farsi questione di applicabilità – nel patteggiamento – di una norma che impone un trattamento sanzionatorio peggiorativo rispetto a quello applicato e in vigore al momento della sentenza che ha recepito l'accordo intervenuto tra le parti.

Dunque, le sentenze di patteggiamento che - in materia di “droghe leggere” - abbiano ratificato l'accordo tra le parti intervenuto sotto il vigore della disciplina oggi abrogata per effetto della declaratoria di incostituzionalità, e per le quali non si sia ancora formato giudicato penale sul punto della quantificazione della pena perché pendente il ricorso per cassazione, potrebbero essere oggetto di intervento in sede di legittimità, a fini di adeguamento alle disposizioni normative più favorevoli che hanno trovato nuova vita giuridica.

Sul punto deve rammentarsi l'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo il quale, in tema di patteggiamento, una volta che l'accordo tra le parti sia stato ratificato dal giudice, l'impugnazione della sentenza è consentita solo qualora la pena concordata si configuri come illegale² (cfr. Sez. VI, 30 ottobre 2013, n.44909, Elmezleni, Rv. 257152; Sez. VI, 14 maggio 2013, n.42837, P.G. in proc. Zaccaria, Rv.257146; Sez. VI, 19 febbraio 2004, P.M. in proc. Obiapuna, Rv. 228047), a volte rimarcandosi che il carattere di illegalità va verificato in relazione al risultato finale del calcolo della pena, che deve risultare non conforme alla legge.

Per verificare l'ambito di concreta incidenza della sentenza della Corte costituzionale in esame sui ricorsi pendenti in cassazione avverso la sentenza di patteggiamento, sembrerebbe doversi porre la questione se possa rientrare nel concetto di “pena illegale” la quantificazione raggiunta sulla base di una piattaforma sanzionatoria non più attuale perché dichiarata incostituzionale a seguito di intervento abrogativo del giudice delle leggi. E ciò a maggior ragione perché il risultato finale dell'accordo potrebbe risultare spesso macroscopicamente differente, *in peius*, rispetto a quello che si raggiungerebbe applicando i limiti edittali nuovamente in vigore dopo l'intervento demolitorio e riferiti alla pena per le cosiddette “droghe leggere”.

Il tema si configura inedito nei suoi termini specifici³; tuttavia può essere utile segnalare la giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di *ius superveniens* per i reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace, commessi prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 274 del 2000. Infatti, in questa materia la Corte di cassazione ha affermato che, sulla base della disciplina transitoria ivi prevista, andavano applicate le nuove sanzioni indicate dall'art. 52 d.lgs. 274 cit., in quanto più favorevoli ai sensi dell'art. 2 comma 3 cod. pen. Nell'affermare tale principio, ha pure chiarito che la pena applicata dal giudice prima dell'entrata in vigore di tale decreto legislativo

² Non rientra nell'ipotesi di illegalità della pena l'applicazione, in assenza di un presupposto di fatto di natura soggettiva, della pena patteggiata del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 7 comma quinto bis D.P.R. n. 309 del 1990 (Sez. VI, 28 marzo 2007, n.37949, P.G. in proc. Lo Duca, Rv. 238087), comma che deve ritenersi essere stato oggetto di dichiarazione di incostituzionalità.

³ Si segnala Sez. VI, 17 novembre 2010, n. 4836, Nasri, Rv 248533, in cui la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di patteggiamento impugnata, con la quale la pena era stata concordata anche tenendo conto della contestata aggravante di cui all'art. 69, comma 1, n. 11 bis, cod. pen., dichiarata incostituzionale in epoca successiva alla pattuizione della pena. In motivazione è evidenziato che l'annullamento è rilevato d'ufficio per una sopravvenuta causa di nullità, che investe la qualificazione aggravata della condotta criminosa e la definizione del trattamento sanzionatorio applicato.

doveva considerarsi illegale , in quanto non più prevista dalla normativa disciplinante il reato per il quale si procede (cfr. Sez. IV, 10 ottobre 2002, n. 1007/2003, Firpo, Rv. 223490; Sez. II, 19 dicembre 2005, n.759/2006, Ballini Katy, Rv. 232862, Sez. IV, 1 aprile 2004, n.36725, Battisti, Rv. 229679; specificamente sulla disciplina sanzionatoria applicabile in quanto più favorevole al reo cfr.: Sez. IV, 22 ottobre 2002, n.1017/2003, Gismondi, Rv. 223491; Sez. IV, 19 novembre 2002, n. 4799/2003, Clementi, Rv. 223492; Sez. IV, 26 novembre 2002, n.7292/2003, Alite, Rv. 223493, Sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 4852/2003, Cangiano, Rv. 223495; Sez. IV, 11 dicembre 2002, n.5933/2003, P.m. in proc. Baisi, Rv. 223496; Sez. IV, 16 gennaio 2003, n.7343, Giovara, Rv. 223497, Sez. IV, 12 novembre 2002, n.3982/2003, Mancini, Rv. 223501).

Si segnala un unico arresto contrario alla tesi sopradetta, Sez. VI, 27 novembre 2002, n. 7764/2003, Pedron, Rv. 223954, che non ritiene applicabili, in una fattispecie identica rispetto a quella già esaminata nell'orientamento maggioritario, sul rilievo che le nuove sanzioni si applicano ai procedimenti relativi ai reati commessi a far data dal 2 gennaio 2002.

Alla luce del riportato orientamento della Corte di cassazione, potrebbe ritenersi sussumibile nella categoria della "pena illegale" la sanzione applicata su richiesta delle parti sulla base di una piattaforma di calcolo basata su parametri normativi di riferimento dei limiti minimi e massimi non più vigente, perché "superata" dalla declaratoria di incostituzionalità e dalla conseguente reviviscenza del regime sanzionatorio precedente più favorevole.

Ove si accedesse a tale conclusione, si porrebbe il problema delle tipologie di pronuncia che la Corte di cassazione, investita del ricorso sul punto, possa adottare.

Il giudice di legittimità ha già affermato che l'illegalità della pena comporta l'esclusione della validità dell'accordo siglato fra le parti del processo e ratificato dal giudice. Da ciò consegue che l'annullamento deve avvenire senza rinvio per consentire alle parti del processo di rinegoziare l'accordo su altre basi ovvero di proseguire con il rito ordinario, in maniera da rispettare la volontà negoziale delle parti (in tal senso Sez. III, 22 settembre 2011, n. 1883, P.G. in proc. La Sala, Rv 251796; Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16766, P.G. in proc. Ndiaye, Rv. 246930; Sez. III, 14 giugno 2007, n. 34302, P.G. in proc. Cotouigno, Rv 237124; Sez. V, 22 settembre 2006 n. 1411, P.G. in proc. Braidich e altro, Rv. 236033; Sez. III, 12 giugno 2001, n. 30581, Santullo, Rv 220046; Sez. III. 16 febbraio 1999, n. 641, P.M. in proc. Zanon, Rv 213274; Sez. I, 14 marzo 1995, n. 1571, P.M. in proc. Panariello, Rv 201163).

L'annullamento senza rinvio è la soluzione adottata anche nella sentenza Firpo, già citata, fondata sul rilievo preliminare della mancata formazione del giudicato sul punto relativo all'applicazione della pena (che – si dice in motivazione – il ricorrente ha rimesso in discussione

con l'impugnazione proposta⁴); nonché sulla constatazione che la pena applicata con il patteggiamento è divenuta illegale perché non più prevista dalla normativa che disciplina il reato per il quale si procede.

Sul punto da ultimo si segnala Sez. Un., 27 maggio 2010, n.35738, Calibè e altro, Rv. 247841⁵, in cui, constatata l'applicazione di una pena illegale perché inferiore al minimo che la legge avrebbe consentito, è stata annullata senza rinvio l'impugnata sentenza di patteggiamento, rimettendo le parti davanti al giudice nella stessa condizione in cui si trovavano prima dell'accordo che avrebbero potuto riproporre.

In breve => con riferimento alla sentenza di patteggiamento che abbia ratificato un accordo basato su una piattaforma sanzionatoria oggetto di dichiarazione di illegittimità costituzionale:

a) potrebbe ritenersi sussumibile nella categoria della “pena illegale” la sanzione applicata su richiesta delle parti sulla base di una piattaforma di calcolo basata su parametri normativi di riferimento dei limiti minimi e massimi non più vigente, perché “superata” dalla declaratoria di incostituzionalità e dalla conseguente reviviscenza del regime sanzionatorio precedente più favorevole;

b) l'illegalità della pena comporta l'esclusione della validità dell'accordo siglato fra le parti del processo e ratificato dal giudice; da ciò consegue che l'annullamento deve avvenire senza rinvio, con trasmissione degli atti per l'ulteriore corso.

3. Gli effetti della sentenza costituzionale sui ricorsi pendenti presso la Settima Sezione.

Un problema connesso a quanto si è detto nei paragrafi precedenti riguarda la possibilità che gli effetti della sentenza costituzionale si realizzino anche con riferimento ai ricorsi pendenti presso la settima sezione della Corte di cassazione.

Come è noto, l'art. 610 cod. proc. pen. attribuisce alla sezione una competenza limitata all'esame e alla decisione dei ricorsi inammissibili, prevedendo espressamente che, ove non venga dichiarata l'inammissibilità, gli atti siano rimessi al presidente della corte per l'assegnazione alle singole sezioni “ordinarie”. Va però evidenziato come nel corso degli anni la settima sezione ha

⁴ In proposito, come già segnalato nel par. 2.1. sub A, deve rammentarsi l'orientamento presente nella giurisprudenza di legittimità con riferimento alle condizioni di applicabilità della sentenza di incostituzionalità successiva alla presentazione del ricorso nei procedimenti in corso dinanzi alla Corte di cassazione: si afferma la (sola) necessità che con i motivi originari il giudice di legittimità sia stato investito del controllo della motivazione della sentenza di merito sul punto su cui è intervenuta la declaratoria di incostituzionalità.

⁵ Le Sezioni Unite erano chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 444, comma 1 bis, c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal "patteggiamento" (tra gli altri) i procedimenti “contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria”.

progressivamente allargato la propria “competenza” in ordine alle pronunce adottabili e si è spinta ad utilizzare formule diverse dalla ordinanza di dichiarazione di inammissibilità, valorizzando il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Pertanto, oggi non si limita a declaratorie di inammissibilità per vizi formali o per manifesta infondatezza, ma pronuncia sentenze di annullamento senza rinvio per estinzione del reato per morte dell'imputato, per mancanza di una condizione di procedibilità ovvero per estinzione del reato per intervenuta remissione di querela, nonché sentenze di annullamento senza rinvio per l'omessa statuizione sulla confisca obbligatoria o sulla mancata applicazione di pene accessorie non discrezionali ovvero di sanzioni amministrative obbligatorie. Inoltre, per quello che può maggiormente interessare le problematiche in esame, rientrano tra le pronunce adottabili anche le sentenze di annullamento senza rinvio per estinzione del reato a seguito di prescrizione (nei casi in cui non vi sia costituzione di parte civile) e quelle di annullamento senza rinvio con la formula del fatto non previsto dalla legge come reato, nell'ipotesi di *abolitio criminis* o di dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma incriminatrice (decreto del Presidente aggiunto del 2.3.2009).

Di conseguenza, non si porrebbero problemi per quei ricorsi, pendenti davanti alla settima sezione, riferiti a reati per i quali, a causa della pronuncia di incostituzionalità, sia maturato il termine di prescrizione in ragione del diverso trattamento sanzionatorio previsto dalla normativa da applicare per effetto della sentenza della Corte costituzionale: infatti, in questo caso la settima sezione, sulla base di quanto detto in precedenza, potrebbe: a) limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del ricorso, ritenendo che il giudicato sostanziale impedisca l'accertamento della prescrizione maturatasi a seguito della “reviviscenza” del trattamento sanzionatorio originario; b) pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione, aderendo all'impostazione illustrata nel paragrafo 2.2.

In entrambi i casi, il procedimento verrebbe definito in settima sezione, evitando la restituzione degli atti alle sezioni ordinarie.

Più complesso appare il problema nel caso di ricorso assegnato alla settima sezione, con termini di prescrizione non decorsi, ma con un trattamento sanzionatorio comunque determinato sulla base delle norme dichiarate incostituzionali.

In tali ipotesi, si è visto (cfr. par. 2.1.) che la Corte di cassazione, una volta ravvisata l'incongruità delle pene inflitte per effetto della pronuncia di incostituzionalità, potrebbe annullare con rinvio per la rideterminazione della pena da parte del giudice di merito ovvero procedere direttamente a rideterminare la pena ai sensi dell'art. 620 cod. proc. pen., qualora risulti in maniera inequivocabile la valutazione effettuata nella sentenza impugnata in ordine al calcolo della sanzione applicata.

Ebbene, in entrambe le ipotesi la settima sezione dovrebbe rimettere gli atti al primo presidente della corte per la assegnazione del ricorso alla sezione ordinaria, non rientrando tali pronunce nell'ambito delle sue attuali competenze. Ciò potrebbe comportare un impegnativo travaso di procedimenti verso le sezioni ordinarie, con concreti rischi di ingolfamento delle udienze.

Proprio per limitare tali rischi si è reso necessario ampliare la "competenza" della settima sezione e con decreto del Primo Presidente, emesso in data 26 febbraio 2014, è stata operata una variazione delle tabelle di organizzazione della Corte di cassazione aumentando ulteriormente l'area delle pronunce adottabili attraverso il modello semplificato di cui all'art. 610 comma 1 cod. proc. pen.

Per effetto di tale modifica la settima sezione, nel caso di possibile rideterminazione diretta della pena, potrà utilizzare la formula dell'annullamento senza rinvio limitatamente alla misura della pena, che verrebbe contestualmente rideterminata; qualora ciò non fosse possibile, sarebbe necessario pronunciare una sentenza di annullamento con rinvio, rimettendo al giudice di merito per la rideterminazione.

L'ampliamento dei pronunciamenti in sede di settima sezione risponde ad una esigenza di funzionalità e speditezza, in applicazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Del resto non si rinvengono controindicazioni perché nell'ambito della procedura semplificata non si possa, nell'interesse dello stesso imputato, prendere atto dell'applicazione di una pena calcolata sulla base di una disciplina sanzionatoria dichiarata incostituzionale. L'esigenza immediata in questo caso è quella di "disapplicare" immediatamente le norme dichiarate incostituzionali e la relativa pronuncia non sembra possa ritenersi preclusa dall'art. 610 comma 1 cod. proc. pen. là dove prevede che qualora non si dichiari l'inammissibilità debba rimettersi gli atti al primo presidente della corte. Con sentenza n. 21579 del 6 marzo 2008, Boujlaib, Rv 239956, proprio la settima sezione ha sostenuto che il citato art. 610 cod. proc. pen. non abbia derogato alla norma generale dell'art. 129 cod. proc. pen. "che pone un vero e proprio obbligo per qualsiasi giudice che rileva una causa di non punibilità di dichiararla immediatamente d'ufficio con sentenza in ogni fase e grado del processo", quindi anche dinanzi alla settima sezione della Corte di cassazione a cui il presidente abbia trasmesso il ricorso avendone, in sede di esame preliminare, rilevato una causa di inammissibilità.

Nonostante il caso in esame non rientri nelle ipotesi di cui all'art. 129 cit., deve rilevarsi che si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza e con quello di ragionevole durata del processo una lettura dell'art. 610 comma 1 cod. proc. pen. che impedisse al giudice di legittimità di emettere una decisione funzionale ad assicurare l'immediata rimozione, ove possibile, di una sanzione applicata sulla base di una normativa dichiarata incostituzionale, soprattutto se lo stesso

intervento fosse possibile attivarlo nella successiva fase esecutiva, non essendo ravvisabile un motivo razionale per prolungare il processo, condizionando il diritto dell'imputato a vedersi applicata una sanzione costituzionalmente adeguata.

Stesso discorso anche per le sentenze di "patteggiamento": l'accordo formatosi in base a parametri normativi della pena superati dalla dichiarazione di incostituzionalità, giustifica, anche in settima sezione, un annullamento senza rinvio della sentenza per "illegalità" della pena, con trasmissione degli atti per l'ulteriore corso.

Si riporta di seguito il nuovo paragrafo n. 51 delle vigenti tabelle di organizzazione della Corte, come modificate dal citato decreto presidenziale:

"51.2. In relazione ai ricorsi introitati la Settima sezione, oltre ad ordinanze di inammissibilità, può adottare sentenze di annullamento senza rinvio nei seguenti casi: improcedibilità o improseguibilità dell'azione penale; estinzione del reato per morte dell'imputato, remissione di querela, prescrizione quando manchi la costituzione di parte civile; fatto non previsto dalla legge come reato, anche per abolitio criminis o per dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice; possibilità di procedere alla determinazione della pena a norma dell'art. 620, comma 1 lett. l), cod. proc. pen.."

51.3. Nei casi di mutamenti normativi o di pronunce della Corte costituzionale che incidono sulla pena, la Settima sezione può adottare sentenze di annullamento con rinvio. In tali ipotesi, ove si tratti di ricorsi avverso sentenze emesse ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., la Settima sezione può adottare sentenze di annullamento senza rinvio, con trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria di provenienza.

51.4. La Settima sezione può adottare i provvedimenti previsti dall'art. 619 cod. proc. pen..

51.5. Qualora il ricorso del P.M., pur in presenza di altri motivi inammissibili, contenga censure attinenti all'omessa statuizione sulla confisca obbligatoria o alla mancata applicazione di pene accessorie non discrezionali o di sanzioni amministrative obbligatorie, la Settima sezione penale potrà procedere a pronunce definitive di annullamento senza rinvio, limitatamente ai detti punti, disponendo le conseguenti statuizioni."

Il presente decreto è immediatamente esecutivo, ai sensi dell'art. 7 bis, comma 2, dell'ord. giud., salva la deliberazione del Consiglio superiore della magistratura per la relativa variazione tabellare".

In breve => a seguito della variazione tabellare, con riferimento ai possibili effetti derivanti dalla sentenza costituzionale n. 32/2014, la settima sezione, ove rilevi l'illegalità della pena inflitta in ragione della pronuncia della citata sentenza, potrà:

a) annullare con rinvio per la rideterminazione della pena;

b) **procedere direttamente alla rideterminazione della pena in base a quanto previsto dall'art. 620 cod. proc. pen.;**

c) **annullare senza rinvio le sentenze di patteggiamento con trasmissione degli atti per l'ulteriore corso;**

d) **annullare senza rinvio per intervenuta estinzione del reato per prescrizione, nei limiti indicati nel paragrafo 2.2.**

4. Cenni sui riflessi della sentenza costituzionale sulle condanne definitive.

La sentenza della Corte costituzionale ha forti ricadute anche nella fase dell'esecuzione. Infatti, una delle questioni più serie da esaminare è quella se il regime sanzionatorio di maggior favore per le “droghe leggere” possa trovare applicazione anche in relazione alle condotte per le quali sia ormai intervenuta sentenza passata in giudicato nel vigore della disciplina dichiarata incostituzionale nella parte relativa al trattamento sanzionatorio e non alla condotta incriminata, la cui soluzione potrebbe condizionare anche le scelte relative alla sorte dei ricorsi pendenti davanti alla Corte di cassazione.

Sul tema si registrano due contrastanti orientamenti, che in questa sede si riportano in estrema sintesi:

Orientamento A)

In base al primo orientamento – sviluppatosi di recente, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 11-*bis* cod. pen. (l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale), pronunciata con la sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 5 luglio 2010 – gli artt. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, 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 della cognizione abbia omesso di indicarne specificamente la misura, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze.

La Corte giunge a tale approdo interpretativo rilevando, per un verso, che la pronuncia che accerta e dichiara l'illegittimità costituzionale è dotata di una forza invalidante *ex tunc* e, per altro verso, che il sopra citato art. 30 si presta ad essere letto nel senso di impedire anche solamente una parte dell'esecuzione, vale a dire quella relativa alla porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima. Una interpretazione di questa fatta appare, secondo la Corte, l'unica 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), ovverosia 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.

Espressione dell'orientamento appena illustrato sono: Sez. II, 11 febbraio 2011, n. 8720, Idriz, Rv 249816; Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, P.M. in proc. Hauohu, Rv 252062, Sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361, Teteh Assic., Rv 253338; Sez. I 25 maggio 2012, n. 26899, P.M.T. in proc. Harizi, Rv 253084; Sez. I 12 giugno 2012, n. 40464, P.M. in proc. Kabi Ben Hassane, non massimata.

Nell'ambito di esso si colloca anche Sez. VI 16 maggio 2013, n. 21982, Ingordini, Rv 255674, la quale merita distinta menzione per le conseguenze ulteriori cui giunge in applicazione dei principi sopra riportati.

La Corte, dinanzi al ricorso proposto personalmente dall'imputato, rileva incidentalmente la sua inammissibilità per genericità dei motivi e, tuttavia, annulla la sentenza impugnata per una sopravvenuta causa di nullità della decisione che rileva anche in punto di trattamento sanzionatorio – rilevabile d'ufficio nella perdurante attualità della regiudicanda, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, comma 4, e 129 cod. pen. – essendo stata nelle more giudicato incostituzionale il divieto di prevalenza dell'attenuante speciale del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90) sulla recidiva ex art. 99, comma 4, cod. pen.

Orientamento B)

A conclusioni opposte giunge altro orientamento della Corte, da ultimo affermato in Sez. I, 19.01.2012, n. 27640, PMT in proc. Hamrouni, Rv 253383.

In tale sentenza è affermato che la pena inflitta con la condanna irrevocabile resta insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali, cosiddetta *lex mitior* (art. 2, comma 4, cod. pen.) con la conseguenza - in ipotesi - della doverosa espiazione di una pena addirittura superiore al massimo edittale fissato dalla norma incriminatrice successivamente novellata. Sul punto è rilevato che con la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna si esaurisce la “applicazione” di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione dalla sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è insensibile a ogni questione circa la “applicazione” della norma definitivamente operata dal giudice.

Nella sentenza è, pure, dato atto che la giurisprudenza di legittimità consolidatasi negli ultimi cinquant'anni ha espressamente affermato che “*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 norma dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali*”, con la conseguenza che la cessazione (non solo della esecuzione, ma anche congiuntamente e perentoriamente) di “tutti gli effetti penali” della “sentenza irrevocabile di condanna” implica necessariamente - alla evidenza - il radicale presupposto della *abolitio criminis*.

La Corte conclude rilevando che la conclusione raggiunta, circa il contenuto e la portata della legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, comporta, peraltro, la ulteriore conseguenza che, per effetto della entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., deve ritenersi implicitamente abrogata la succitata disposizione (della cessazione della esecuzione della condanna irrevocabile e di tutti gli effetti penali in dipendenza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera in radice la revoca della sentenza di condanna (e, quindi, indefettibilmente anche la cessazione della relativa esecuzione e di tutti gli effetti penali).

Espressione dell'orientamento in esame sono: Sez. V, 21 gennaio 1968, n. 296, Manenti, Rv 106904; Sez. I, 30 maggio 1970, n. 1794, Visconti, Rv 115441; Sez. III, 16 novembre 1970, n. 1287, Soranno, massima n. 116239; Sez. III, 2 marzo 1972, n. 7522, Confalonieri, Rv 122298; Sez. III, 19 gennaio 1973, n. 4611, Sgobba, Rv 124336; Sez. II, 27 gennaio 1976, n. 228, De Michele, Rv 132712; Sez. V, 26 giugno 1978, Iammella, Rv 140030; Sez. I, 1 luglio 1983, n. 1375, Giacomelli, Rv 160030; Sez. III, 26 settembre 1984, n. 10190, Saccuzzo, Rv 166746; Sez. V, 21 giugno 1985, n. 6676, Bossa, Rv 170006; e Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 3577, Neglia, Rv 200707).

Giova, in chiusura, evidenziare che sul tema generale della possibile incidenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice, sul giudicato, pende attualmente ricorso alle Sezioni Unite penali, la cui trattazione è stata fissata per il 24 maggio 2014.

La *quaestio iuris* rimessa alle Sezioni Unite è la seguente: “*se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nella specie, dell'art. 69, comma 4, cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90⁶, sulla recidiva di cui all'art. 99,*

⁶ Preme evidenziare che la questione rimessa alle Sezioni Unite investe la condotta di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. 309/90, che, per effetto, del d.l. 23 .12.2013, n. 146, convertito in data 19 febbraio 2014, è stata trasformata in reato autonomo, secondo quanto affermato dalla Sez. VI, con sentenza depositata il 20 gennaio 2014; a ciò si aggiunga che il

comma 4, cod. pen., dichiarato incostituzionale con sentenza n. 251 del 5 novembre 2012), *comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena in executivis, così vincendo la preclusione del giudicato*”.

4.1. Altre ipotesi di illegittimità costituzionale di norme penali di carattere “sanzionatorio”.

Deve, in chiusura sull’argomento, rilevarsi che risulta consistente il numero di casi recenti nei quali il Giudice delle leggi ha annullato disposizioni penali di carattere “puramente” sanzionatorio. Al caso prospetticamente affrontato in questa relazione e a quello direttamente considerato nell’ordinanza di rimessione (applicabilità *in executivis* delle riduzioni di pena conseguenti all’annullamento della disposizione dell’art. 69, comma quarto cod. pen., preclusiva del giudizio di prevalenza dell’attenuante speciale di cui all’art. 73, comma quinto del d.p.r. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99, quarto comma, cod. pen.) devono aggiungersi quelli innescati:

- dall’annullamento dell’aggravante cd. di clandestinità sancito dalla sentenza Corte Cost. n. 249 del 5 luglio 2010);
- dall’annullamento dell’art. 630 cod. pen., nella parte in cui non estende al sequestro di persona a scopo di estorsione le attenuanti previste per il sequestro a scopo di terrorismo o di eversione dell’art. 311 cod. pen. (sentenza Corte Cost. n. 68 del 19-23 marzo 2012);
- dall’annullamento dell’automatismo applicativo delle pene accessorie della perdita della potestà genitoriale sancito dall’art. 569 cod. pen. per i delitti di alterazione e soppressione di stato (artt. 567, comma secondo e 566, comma secondo cod. pen.), sancito dalle sentenze Corte Cost. n. 31 del 15-23 febbraio 2012 e n. 7 del 16-23 gennaio 2013.

5. L’individuazione della norma incriminatrice applicabile nei processi in corso.

5.1. Brevi cenni in ordine alla retroattività della *lex mitior* nella giurisprudenza costituzionale.

Il percorso della giurisprudenza costituzionale sul tema dev’essere tracciato a partire dal riconoscimento di una costante: quella del diverso fondamento costituzionale e della diversa forza del principio di irretroattività della nuova legge penale sfavorevole (sia che si tratti di norma incriminatrice, sia che si tratti di disposizione aggravatrice del trattamento sanzionatorio), rispetto al principio di retroattività della *lex mitior*.

Le basi del primo riposano sull’art. 25, comma secondo, Cost. che lo afferma in termini di assolutezza (e cioè di insuscettibilità di bilanciamento con altri valori costituzionali), concependolo

trattamento sanzionatorio della nuova fattispecie autonoma è stabilito in relazione alla cornice normativa dichiarata incostituzionale, riferita ad un’unica tabella.

come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore e come espressione della esigenza di “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta (Corte Cost., sentenza n. 394 del 23.11.2006).

Il principio di retroattività della *lex mitior* invece, non avendo alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, è *insediato* nel principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che, sul presupposto di una lettura oggettivistica del disvalore del reato, impone di equiparare il trattamento dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice.

Il collegamento con il principio di eguaglianza segna anche il limite della retroattività *in mitius*, nel senso che la sua tutela è suscettibile di deroghe, legittime sul piano costituzionale ove siano sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli⁷.

Individuate le costanti, una significativa evoluzione si registra nell’individuazione delle situazioni che possono essere qualificate come giustificazioni ragionevoli del trattamento differenziato tra chi ha commesso la stessa tipologia di fatti nel vigore di norme di diversa severità.

Nella pronunce più risalenti la formazione del giudicato è indicata come limite di per sé ragionevole alla proiezione retroattiva degli effetti della *lex mitior* non abolitrice.

Nella sentenza Corte Cost., 20.5.1980, n. 74 è rilevato che le previsioni contenute nel comma terzo (odierno comma quarto) dell’art. 2 cod. pen. trovano “*una pertinente ragione giustificativa ... nell’esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l’intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili*”, insieme alla qualificazione in termini di “eccezionalità” delle deroghe, già in quel tempo, previste al principio del giudicato intangibile: “*La stessa circostanza che la regola dell’intangibilità del giudicato incontri a sua volta una serie di deroghe ... non consente certo di desumerne una regola di segno opposto*”⁸.

Ancora nel 2002 la Corte costituzionale, investita della questione di conformità agli articoli 25 e 3 Cost. delle disposizioni transitorie del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (artt. 100 e 102) per le quali le sanzioni amministrative sostitutive di precedenti sanzioni penali si applicano

⁷ È accaduto così che l’efficacia retroattiva del regime migliorativo della prescrizione stabilito, per taluni delitti, dall’art. 6 della legge 8 dicembre 2005, n. 251 sia stato ritenuto illegittimamente limitato dalla norma transitoria dell’art. 10, comma 3, l. cit. in relazione al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, per l’insignificanza di quell’incombente rispetto alle ragioni fondanti l’istituto della prescrizione (Corte Cost., 23.11.2006, n. 393); e che si sia invece reputato ragionevole escludere l’efficacia dei più favorevoli termini di prescrizione per i processi pendenti in grado d’appello o avanti alla corte di Cassazione (Corte Cost., 12.3.2008, n. 72; Corte Cost., 19.7.2011, n. 236). Si è pure ritenuto che un limite ragionevole alla proiezione retroattiva della *lex mitior* sia costituito dalla sua incostituzionalità (v. Corte Cost. n. 394 del 29.11.2006 che affronta il tema sotto il profilo dell’ammissibilità del sindacato di talune modifiche migliorative del trattamento sanzionatorio dei reati elettorali previsti dagli articoli 100, terzo comma, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 e 90, terzo comma, del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570).

⁸ Il giudicato come precipitato dell’istanza di certezza dei rapporti giuridici e limite ragionevole all’efficacia retroattiva della *lex mitior* era stato già enunciato nelle sentenze Corte Cost. n. 164 del 1974, n. 6 del 1978; è stato successivamente ribadito nell’ordinanza n. 330 del 1995 e, ancora, nella sentenza 18 luglio 2013 n. 210.

anche alle violazioni commesse anteriormente alla depenalizzazione purché il procedimento non fosse stato definito con sentenza o decreto divenuti irrevocabili, rigettava la questione osservando che “*lo stesso fluire del tempo costituisce di per sé elemento differenziatore*”, capace di ricondurre a ragionevolezza il differente trattamento riservato agli autori delle violazioni (Corte Cost. n. 150 del 27 febbraio 2002).

L'evoluzione degli ultimi anni è segnata:

- dalla consapevolezza delle fonti internazionali e comunitarie che affermano il principio della retroattività della *lex mitior*: l'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; l'art. 49, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2006 e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

- dalla presa d'atto delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, iscrivevano il principio della retroattività della *lex mitior* tra quelli facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, destinati perciò a costituire parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sentenza 11 marzo 2008, Jager, C-420/06; sentenza 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11).

Soprattutto però è attraverso il prisma dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella notissima sentenza 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia), che si è pervenuti al conferimento di uno *status convenzionale* e di un nuovo fondamento *costituzionale* (art. 117 Cost.) al principio di retroattività della *lex mitior*.

In quella pronuncia (confermata nella successiva decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia) la Corte di Strasburgo ha per la prima volta statuito che “l'art. 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio dell'irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa”, traducendosi “*nella norma 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*”.

Ora, l'estensione dei fondamenti costituzionali (l'art. 117 oltre all'art. 3 Cost.) e l'assunzione di uno *status convenzionale* non hanno comportato l'assolutizzazione del principio, il

riconoscimento di una sua totale impermeabilità al bilanciamento con interessi confliggenti; e neppure ha implicato la radicale svalutazione del giudicato, posto che la stessa sentenza C.EDU Scoppola – nella parte dedicata all’interpretazione dell’art. 7 della Convenzione - ravvisa nel giudicato un limite all’espansione della legge penale più favorevole⁹.

È tuttavia indiscutibile “*un salto di qualità*”: seppure ancora riconosciuto come valore, il giudicato non è più ritenuto ragione di per sé sufficiente al contenimento dell’efficacia retroattiva della legge migliorativa; non lo è in special modo quando al dogma della sua intangibilità si contrappongono le ragioni di ripristino della libertà personale, compressa da una previsione sanzionatoria invalida in radice.

Il punto più avanzato di questa evoluzione può essere rintracciato nella sentenza Corte Cost. n. 210 del 3-18 luglio 2013.

Dichiarando l’illegittimità della norma *pseudo-interpretativa* dettata dall’art. 7, comma primo del d.l. n. 341/2000 (quella venuta in rilievo nel summenzionato caso Scoppola, in tema di trattamento sanzionatorio dei delitti puniti con l’ergastolo aggravato dall’isolamento diurno, giudicati con il rito abbreviato) e riconoscendo la necessità di rimuovere gli ostacoli frapposti dall’ordinamento interno all’attuazione del principio di retroattività *in mitius*, la Corte ammette che l’ordinamento nazionale “*conosce ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato*” e che “*tra questi non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo*” (la Corte richiama gli artt. 673 cod. proc. pen., 2, secondo e terzo comma, cod. pen.).

Procedendo poi alla ricognizione dell’ordinamento nazionale (posto che “*le deroghe al limite del giudicato vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell’ambito dell’ordinamento nazionale*”) la Consulta riconosce la “non implausibilità” della lettura offerta dal giudice remittente (sez. un. Cass. pen., ordinanza n. 268 del 10 settembre 2012) all’art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 che significherebbe la recessività del giudicato rispetto al principio di retroattività della *lex mitior* scaturente dalla caducazione per incostituzionalità della previsione più severa¹⁰.

L’art. 30, quarto comma, l.cit. è dunque il grimaldello che scardina il muro del giudicato intangibile quando si tratti di adeguare l’ordinamento interno alla CEDU. Ma le cadenze

⁹ In Corte Cost. n. 236 del 22 luglio 2011 si ricorda come la stessa sentenza C.EDU del 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia) pone il limite delle “leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva”.

¹⁰ Nell’ordinanza di remissione le sezioni unite, argomentando la rilevanza della questione sollevata, propugnano un’interpretazione dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953, non dissimile da quella che caratterizza il sopra illustrato ‘orientamento A’.

dell'argomentazione e la stessa portata della norma evocata consentono di equiparare al caso dell'incostituzionalità per violazione convenzionale, quello dell'incostituzionalità *tout court!*

Concludendo il discorso sulla rilevanza della questione sollevata dalle sezioni unite, la sentenza n. 210 del 2013, esprime la condivisione del giudice delle leggi su un altro punto significativo per la soluzione del nostro problema: quello che attiene all'identificazione del rimedio attraverso il quale possono essere ricondotte a giustizia le situazioni dei cosiddetti "fratelli minori di Scoppola"¹¹.

Il rimedio è individuato nell'incidente di esecuzione "*specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale (al giudice dell'esecuzione) che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma terzo, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)*".

5.2. La disciplina dei fatti di lieve entità.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2014 ha espressamente escluso l'estensione della pronuncia alla disposizione di cui al D.L. 146/2013, rilevando che "*... risulta evidente che nessuna incidenza sulle questioni sollevate possono esplicitare le modifiche apportate all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 dall'art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10. Trattandosi di ius superveniens che riguarda disposizioni non applicabili nel giudizio a quo, non si ravvisa la necessità di una restituzione degli atti al giudice rimettente, dal momento che le modifiche, intervenute medio tempore, concernono una disposizione di cui è già stata esclusa l'applicazione nella specie, e sono tali da non influire sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente in ordine alla formazione della legge di conversione n. 49 del 2006, con riguardo a disposizioni differenti. Inoltre, gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il decreto-legge n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest'ultima."*

¹¹ Così sono stati designati dalla dottrina gli imputati che, pur senza aver promosso il ricorso a Strasburgo, si trovino a patire la medesima situazione di 'illegalità convenzionale' riconosciuta dalla C.EDU nei confronti di Scoppola; coloro cioè che, avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza di una legge (l'art. 442, secondo comma cod. proc. pen come riformulato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479) che prevedeva la sostituzione dell'ergastolo (comunque connotato) con la reclusione di trent'anni, siano giudicati alla stregua della cd. norma 'interpretativa' dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 24 novembre 2000 che aggravava il trattamento sanzionatorio.

Ciò vuol dire che i **fatti di lieve entità commessi a far data dal 24 dicembre 2013 sono disciplinati dall'art. 2 del citato decreto legge**, in base al quale: *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e la quantità delle sostanze è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000”*¹².

L'indicata sentenza costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2006, n.49 (che aveva, tra l'altro, unificato il trattamento sanzionatorio per le “droghe leggere” e le “droghe pesanti”), determinando l'effetto di far rivivere *“l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate....(omissis).... il quale prevede un trattamento sanzionatorio più mite, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cosiddette “droghe leggere” (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), viceversa stabilisce sanzioni più severe per i reati concernenti le cosiddette “droghe pesanti” (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni)”*.

Tale reviviscenza impone di verificare quale sia il trattamento sanzionatorio applicabile ai fatti di lieve entità commessi in epoca anteriore al 24 dicembre 2013.

Invero, pur a fronte dell'eliminazione dal panorama giuridico delle norme dichiarate incostituzionali con efficacia *ex tunc*, residua un loro spazio applicativo nell'arco temporale di relativa vigenza ove le stesse si rivelino di maggiore favore per il reo.

È la stessa Corte costituzionale a *“ribadire che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, sin dalla sentenza n. 148 del 1983, si è ritenuto che gli eventuali effetti in malam partem di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di «configurare nuove norme penali» (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che non rileva nel presente giudizio, dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore. Quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di*

¹² Non sfugge che l'attuale disposizione contenuta nel quinto comma dell'art. 73 unifica, ai fini sanzionatori, il trattamento di sostanze stupefacenti che vengono invece diversificate sia sotto il profilo dell'incriminazione ex primo e quarto comma sia a fini amministrativi. Allo stato, tuttavia, la norma deve ritenersi vigente, pur non escludendosi possibili margini di irragionevolezza della stessa rispetto al parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost.

successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo".

L'avvenuta reviviscenza dell'originaria disciplina sanzionatoria dell'art. 73 d.P.R. 309/90 (nella sua completezza, ivi compreso il quinto comma) impone, pertanto, in base ai principi in materia di successioni di leggi penali nel tempo, di verificare in concreto quale sia la disciplina più favorevole da applicarsi.

La questione si pone in termini diversi per le droghe leggere e per quelle pesanti.

Invero, in ordine alle prime, il D.P.R. 309/90 risulta, *quoad poenam*, più favorevole rispetto al d.l. 272/2005, convertito con modificazioni nella legge 49/2006, in ragione della parametrizzazione del trattamento sanzionatorio alla diversa tipologia di sostanza stupefacente, secondo una distinzione venuta meno proprio per effetto dell'indicato d.l.; specularmente inverso è il ragionamento da effettuarsi per le droghe pesanti.

Più complesso è, invece, il giudizio da effettuarsi nella comparazione delle discipline contenute nel d.P.R. 309/90 e nel d.l. 146/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014, dovendosi necessariamente verificare in concreto l'incidenza della trasformazione del fatto di lieve entità da circostanza attenuante ad effetto speciale a reato autonomo¹³, avendo anche presente la possibilità di accesso al lavoro sostitutivo di cui all'art. 73 comma 5 bis, introdotto dal più volte citato art. 4 bis, venuto meno per effetto della dichiarazione di incostituzionalità.

Specificatamente sul punto, deve ritenersi, in ragione delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in sentenza, non solo che la sanzione del lavoro di pubblica utilità disposta prima della pronuncia di illegittimità costituzionale possa continuare ad avere corso, ma anche che essa possa essere ancora applicata in relazione a condotte venute in essere nel corso della vigenza dell'art. 4-bis, per le quali il giudice valuti in concreto più favorevole la disciplina in esso contenuta.

Resta ferma, in ogni caso, l'impossibilità di applicare la disciplina introdotta dal d.l. 272/2005, convertito con modificazioni nella legge 49/2006, alle condotte venute in essere prima della sua entrata in vigore, a prescindere da ogni valutazione di maggior favore della stessa.

¹³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, che il fatto di lieve entità se qualificato circostanza attenuante ad effetto speciale può entrare nel giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti, mentre non può incidere sul calcolo della prescrizione; a conclusioni opposte si giunge nel caso in cui il fatto di lieve entità costituisca reato autonomo. Del pari si consideri che, con la reviviscenza dell'originaria previsione di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. 309/90, la detenzione contestuale di sostanze stupefacenti di natura e tipo diversi non integra più un unico reato, bensì una pluralità di reati in continuazione tra loro.

Sotto distinta prospettiva, si consideri che in base alla previsione di cui all'art. 443, comma 3, l'appellabilità da parte del pubblico ministero delle sentenze di condanna rese all'esito del rito abbreviato non è consentita a meno che essa non abbia comportato una modifica del titolo di reato; dunque, la qualificazione del fatto di lieve entità quale reato autonomo piuttosto che circostanziato potrebbe indirettamente incidere sul regime di appellabilità.

Infatti, come costantemente affermato dalla Corte Costituzionale, il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima. Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare - in chiave di tutela del principio di eguaglianza - l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, cfr., sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali. Altrimenti, non v'è ragione per derogare alla regola sancita dagli artt. 136, comma 1, Cost. e 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953, non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa. (cfr. in termini, Corte Cost. 394/2006).

In breve => alla luce delle considerazioni svolte è possibile affermare che:

a) per le condotte poste in essere fino al 27.2.2006, vale a dire alla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 49/2006, l'individuazione della legge più favorevole va effettuata avendo presente i trattamenti sanzionatori previsti dal d.P.R. 309/90 e il decreto legge n. 146/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014;

b) per le condotte poste in essere dal 28.2.2006, vale a dire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 49/2006, fino al giorno successivo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sulla Gazzetta Ufficiale, l'individuazione della legge più favorevole va effettuata avendo presente i trattamenti sanzionatori previsti dal d.P.R. 309/90, la legge di conversione n. 49/2006 e il decreto legge n. 146/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014.

5.3. La disciplina delle condotte illecite di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. 309/90.

Per l'individuazione della normativa applicabile alle condotte illecite oggi disciplinate dall'originario testo dell'art. 73 d. P.R. 309/90, si richiamano le considerazioni sopra svolte sub 5.2., ribadendosi che:

- la comparazione va effettuata tenendo presente che le norme dichiarate incostituzionali possono continuare a trovare applicazione, ove più favorevoli, solo per le condotte commesse nel corso della loro vigenza;
- una volta individuata la disciplina più favorevole, il giudice di merito è tenuto ad applicarla nella sua integralità non potendo combinare un frammento della legge dichiarata incostituzionale ed un frammento di quella vigente, giacché in tal modo si verrebbe ad applicare una terza legge di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando il principio di legalità.

6. Effetti della sentenza costituzionale sui tempi di prescrizione e sul regime dei termini di custodia cautelare applicabile con riferimento ai procedimenti per i quali penda ancora giudizio.

La sentenza della Corte costituzionale produce evidenti effetti con riferimento alla necessaria rideterminazione dei termini di estinzione del reato per prescrizione, nonché, ovviamente, dei tempi di custodia cautelare dettati dall'art. 303 del cod. proc. pen., in considerazione dell'applicabilità del regime sanzionatorio ripristinato per effetto della pronuncia del giudice delle leggi, nei limiti in cui si riveli più favorevole (si tratterà di ipotesi riguardanti esclusivamente le c.d. droghe leggere per le quali, come si è già sottolineato, la differenza tra il regime "che rivive" e quello dichiarato incostituzionale è macroscopica con riferimento ai vigenti massimi edittali, pari ai minimi della disciplina caducata).

6.1. Effetti sulla prescrizione

Valga in proposito anzitutto rammentare come le conseguenze che si determineranno quanto all'effettivo regime prescrizionale applicabile ai casi concreti si presentano del tutto inedite, in ragione del fatto che la disciplina dei tempi necessari al prescriversi del reato è stata modificata, in senso più favorevole, nel 2005 (*ex lege* n. 251 del 5 dicembre 2005, in vigore dall'8 dicembre 2005¹⁴), quasi contemporaneamente all'emanazione del d.l. 20 dicembre 2005 n. 272, convertito con modifiche nella legge n.49 del 21 febbraio 2006, le cui parti di interesse sono state oggetto della declaratoria di incostituzionalità.

¹⁴ Sull'ambito di applicabilità della nuova disciplina in tema di termini di prescrizione si richiamano i criteri ermeneutici riferiti all'apposita disciplina transitoria emanata con la l. n. 251 del 2005 (art. 10, comma terzo, del testo di legge), come elaborati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Sez. un., 10 dicembre 2009, n. 47008, D'Amato, Rv. 244810), all'esito della dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 393 del 2006 (che ha ridotto l'esclusione dell'operatività dei nuovi termini di prescrizione unicamente con riguardo "ai processi già pendenti in grado d'appello o avanti la Corte di cassazione" e non più anche ai processi "già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento", come recitava il predetto art. 10, comma 3, nel testo in vigore prima della dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua*).

In ordine all'applicabilità della nuova disciplina in tema di termini di prescrizione, si richiamano i criteri ermeneutici riferiti all'apposita disciplina transitoria emanata con la l. n. 251 del 2005 (art. 10, comma terzo, del testo di legge), come elaborati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Sez. un., 10 dicembre 2009, n. 47008, D'Amato, Rv. 244810), all'esito della dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 393 del 2006 (che ha ridotto l'esclusione dell'operatività dei nuovi termini di prescrizione unicamente con riguardo "ai processi già pendenti in grado d'appello o avanti la Corte di cassazione" e non più anche ai processi "già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento", come recitava il predetto art. 10, comma 3, nel testo in vigore prima della dichiarazione di incostituzionalità *in parte qua*).

Ciò posto, si rileva che la reviviscenza dell'originario trattamento sanzionatorio non pare avere particolare incidenza sul regime della prescrizione per i fatti di reato inerenti le droghe pesanti. Invero, sia nella prima previsione dell'art. 73, comma 1, sia in quella modificata per effetto della norma dichiarata incostituzionale, la pena edittale massima è sempre stata pari a venti anni di reclusione.

Al contrario, per le droghe cosiddette leggere, la ripristinata operatività dell'originario trattamento sanzionatorio ha comportato che ad oggi, ex art. 74 comma 4, la pena massima è di sei anni di reclusione, notevolmente inferiore a quella prevista dalla norma incostituzionale che arrivava fino a venti anni. E' evidente, pertanto, che l'applicazione del nuovo regime di prescrizione alle condotte di reato inerenti tali sostanze comporterà l'estinzione del reato in tempi ben più brevi rispetto a quelli prevedibili sulla base dei limiti dichiarati incostituzionali.

In altri termini, può prevedersi che, con riferimento al computo dei termini di prescrizione per i reati concernenti le "droghe leggere", realizzati nel vigore della disciplina caducata dalla Corte costituzionale, la reviviscenza della normativa previgente a quella oggi dichiarata incostituzionale, comporterà, per il principio del *favor rei*, l'applicabilità di massimi edittali inferiori ai quali parametrare i tempi di prescrizione, ai sensi dell'art. 157 cod. pen. Infatti, per effetto della disciplina in tema di estinzione del reato per decorso del tempo appena richiamata, il termine di prescrizione per l'ipotesi consumata appare normalmente quantificabile in sei anni – ovvero nel termine massimo di sette anni e sei mesi computando le interruzioni ex art. 161 cod. pen. -, corrispondente al massimo della pena edittale prevista dal comma 4 dell'art.73 del D.P.R. n.309 del 1990, nel testo oggi ritornato in vigore a seguito della dichiarata incostituzionalità della corrispondente normativa di cui alla legge n.49 del 2006, fatta salva la previsione di cui al comma 2 dell'art. 157 cod. pen. sull'incidenza delle aggravanti ad effetto speciale e di quelle che stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria. Allo stesso modo si procederà per le ipotesi tentate, modificando i termini nella misura determinata dalla legge.

Per le condotte poste in essere successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, i termini prescrizionali saranno computabili sulla base del combinato disposto degli articoli 73, comma 4, del D.P.R. n.309 del 1990, nel testo previgente alla modifica del 2005-2006, e 157 cod. pen., come attualmente in vigore.

Più complessa è l'ulteriore verifica sui termini prescrizionali inerenti i fatti di lieve entità come disciplinati dal comma 5 dell'art. 73 del D.P.R. n.309/1990.

Come sopra evidenziato, infatti, per i fatti di lieve entità si sono succeduti nel tempo tre differenti regimi sanzionatori; l'ultimo dei quali, peraltro, integrante un'autonoma fattispecie di reato e non più un'ipotesi di reato attenuata¹⁵.

Date tali premesse, deve richiamarsi l'affermazione già svolta sulla necessità che il regime più favorevole da applicarsi secondo i principi generali di successione delle leggi nel tempo vada individuato in concreto comparando le tre discipline sostanziali succedutesi. Ciò vale anche in ambito di verifica dei termini prescrizionali. Ad esempio, nel caso di condotta di "lieve entità" commessa con riferimento alle "droghe pesanti" saranno più favorevoli le disposizioni conseguenti all'applicazione della combinazione di norme "prescrizione – fattispecie di reato autonoma ex d.l. 146/2013 e successiva legge di conversione", che prevedono un massimo edittale parametrabile al tempo di prescrizione stabilito in 5 anni per l'ipotesi consumata (e dunque sei anni ai fini della prescrizione ex art. 157 cod. pen.), piuttosto che entrambe le precedenti discipline che configuravano la fattispecie in termini di ipotesi non autonoma ma solo attenuata, dunque non valutabile ai fini del computo della prescrizione ai sensi del comma 2 dell'art. 157 cod. pen.

La valutazione del maggior favore dell'uno o dell'altro regime applicabile andrà effettuata anche avendo presente che, a norma del vigente art. 157 comma 2, cod. pen., la diminuzione della pena per effetto della concessione delle circostanze attenuanti ad effetto speciali non rileva ai fini del computo del termine di prescrizione. Pertanto, considerando che la pena massima pari a cinque anni di reclusione prevista sia per le droghe leggere sia per le droghe pesanti dalla nuova fattispecie autonoma di reato introdotta dal citato d.l., quest'ultima disposizione sembra maggiormente favorevole in tale prospettiva rispetto alle due precedenti discipline contenute nel comma 5 dell'art. 73 d.P.R. 309/90, le quali, pur comportando una diminuzione di pena, non avrebbero potuto incidere sul calcolo del termine di prescrizione. Resta fermo il principio interpretativo generale già esposto in base al quale, una volta individuata la disciplina più favorevole, il giudice di merito è

¹⁵ Risulta oggi vigente nel testo modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n.10. Sul punto si rinvia alla compiuta analisi svolta nel par. 5 in ordine alle possibili questioni relative alla successione di leggi nel tempo.

tenuto ad applicarla nella sua integralità non potendo combinare un frammento della legge dichiarata incostituzionale ed un frammento di quella vigente, giacché in tal modo si verrebbe ad applicare una terza legge di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando il principio di legalità.

6.2. Effetti sui termini di custodia cautelare.

In ordine alle conseguenze delle decisione n. 32 del 2014 della Corte costituzionale sui termini di fase delle misure cautelari in atto, deve ritenersi che sia necessario procedere a rideterminare i termini di fase in relazione alle sanzioni oggi ripristinate a seguito dell'intervento dichiarativo dell'incostituzionalità degli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. n. 272 del 2005, convertito con modifiche nella legge n. 49 del 2006, in particolare per le “droghe leggere”¹⁶, sulla base della disposizione di cui all'art. 303, comma 1, lett. a) e b), cod. proc. pen.¹⁷.

In ragione del fatto che i limiti massimi ripristinati a seguito della eliminazione delle norme incostituzionali, per le ipotesi diverse dal comma 5, appaiono identici ovvero più favorevoli, può argomentarsi che, alle condotte commesse nella vigenza della legge di conversione n. 46 /2006 andranno applicati i termini cautelari “di favore” oggi previsti per effetto della reviviscenza del precedente testo dell'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990, non potendosi continuare a calcolare la quantificazione collegata ad un parametro sanzionatorio caducato per illegittimità costituzionale dal giudice delle leggi.

Nessuna questione si pone per le condotte successive alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale (né per quelle anteriori all'entrata in vigore della legge n. 46 del 2006 – ipotesi di fatto assai rara in concreto, dato il tempo trascorso e quello previsto per i termini cautelari – essendo coincidenti le normative attualmente in vigore e coeva e, soprattutto, essendo la norma dichiarata incostituzionale peggiorativa in ragione degli assai più alti limiti edittali previsti per le “droghe leggere”).

Quanto alle condotte commesse in presenza delle condizioni normative riferite al fatto di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, occorre distinguere a seconda delle tipologie di sostanze stupefacenti:

a) per le droghe pesanti, deve ritenersi più favorevole la disciplina introdotta dal d.l. 146/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014, in base alla quale il limite massimo edittale è pari a 5 anni, quindi inferiore rispetto sia ai precedenti 6 anni stabiliti dal testo dell'art. 4

¹⁶ Per esse, come già più volte sottolineato, il reintrodotta comma 4 dell'art. 73 d.P.R. 309/90 ha ripristinato una pena edittale nel massimo inferiore rispetto a quella dichiarata incostituzionale; per le “droghe pesanti”, invece, la pena edittale massima è rimasta invariata.

¹⁷ Le ipotesi disciplinate, invece, dalle lettere c) e d) della medesima norma ricollegano i termini previsti per le rispettive fasi del giudizio all'entità della pena in concreto inflitta con sentenza.

bis d.l. n. 272 del 2005, oggi caducato, sia dall'originario disposto dell'art. 73 d.P.R. 309/90 per le droghe leggere, deve ritenersi più favorevole la disciplina contenuta nell'originario testo del d.P.R. 309/90, applicabile alle condotte commesse fino all'entrata in vigore del d.l. 146/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014, giacché il limite di pena massimo individuato dalla circostanza attenuante ad effetto speciale era pari a quattro anni - a fronte dell'attuale previsione di pena massima di 5 anni per il nuovo reato autonomo – in considerazione sia del limite sanzionatorio sia del possibile giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti valutabili ai sensi e per gli effetti dell'art. 278 c.p.p.

L'immediata applicabilità dei nuovi termini di fase calcolati secondo le discipline di volta in volta ritenute più favorevoli e le conseguenze anche in tema di durata massima delle misure cautelari hanno costituito oggetto di diverse pronunce della Corte di Cassazione – rese in occasione di successione di leggi nel tempo - che non hanno raggiunto univoci approdi interpretativi.

In base ad un primo orientamento, la disciplina delle misure cautelari ha carattere processuale e perciò, in linea di massima, nella fase delle indagini preliminari il giudice non può discostarsi dalla contestazione mossa dal pubblico ministero e non gli è consentita alcuna valutazione sul suo contenuto. Tuttavia, quando risulti con evidenza, in base alla sola data del commesso reato così come precisata nell'imputazione, che debba essere applicata all'indagato, in base all'art. 2 del cod. pen., una normativa più favorevole inequivocabilmente individuabile raffrontando la disciplina sanzionatoria precedente e quella indicata nella contestazione, è alla prima che il giudice dovrà fare riferimento nel computare i termini di durata massima della custodia cautelare non potendosi trascurare il carattere sostanziale dell'afflittività delle misure cautelari personali e la tutela dello "status libertatis" con le relative implicazioni di carattere costituzionale che lo presidiano (così, Sez. I, 24 marzo 1995, n. 1783, P.M. in proc. Faccini, Rv 201363; Sez. I, 7 aprile 1995, n. 2144, P.M. in proc. Pastora, Rv 201187; Sez. I, 11 aprile 1995, n. 2239, Tomba Rv 201288; Sez. IV 18 dicembre 1997, n. 3522/98, P.M. in proc. Sartor, Rv 210582).

In base ad un secondo orientamento, ai fini del calcolo del termine di durata massima della custodia cautelare occorre fare riferimento esclusivamente alla contestazione contenuta nel capo d'imputazione e non alla eventuale diversa quantificazione della pena conseguente a modifiche normative; infatti il principio del "favor rei" contenuto nell'art. 2, comma primo, non si estende al diritto processuale ed in particolare alle norme che disciplinano le materie delle misure cautelari (in tal senso, Sez. VI, 30 maggio 1995, n. 2181, Accordino, Rv 202452; Sez. VI, 29 maggio 1995, n. 2172, Gardoni, Rv 202337).

7. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 *vicies ter*.

7.1. Effetti in tema di tabelle di classificazione delle sostanze stupefacenti.

La pronuncia di incostituzionalità ha investito anche la modifica della classificazione delle sostanze stupefacenti, ragione per la quale risultano rivivere le sei tabelle previste dall'originario testo del d.P.R. 309/90, a fronte delle due uniche tabelle disciplinate dalla legge di conversione n. 49/2006.

Tale reviviscenza comporta due ordini di problemi:

a) l'attuale classificazione operata dal Ministero della Salute con i decreti di cui all'art. 13 d.P.R. 309/90 - pur volendo ritenere che gli stessi mantengano piena validità¹⁸ - è effettuata sulla base di due sole tabelle non più corrispondenti alle attuali sei, il che pone serie problemi applicativi sia nella definizione della condotta incriminata sia nella disciplina amministrativa relativa al consumo per uso personale di sostanze stupefacenti;

b) l'incoerenza interna delle disposizioni del d.P.R. 309/90, non toccate dalla pronuncia di incostituzionalità, che operano richiami alle sole due tabelle previste dalla norma dichiarata incostituzionale, così come avviene per l'art. 75 in tema di sanzioni amministrative.

Non sfugge in argomento che potrebbero ritenersi applicabili le ultime tabelle emanate in ordine di tempo prima dell'entrata in vigore del d.l. 272/2005, convertito con modificazioni nella legge 49/2006. Tale soluzione operativa non appare del tutto risolutiva, giacché in tali tabelle potrebbero verosimilmente mancare le sostanze stupefacenti di ultima generazione e, per altro verso, potrebbero non risultare più attuali i riferimenti percentuali di composizione rilevanti ai fini della configurabilità delle fattispecie incriminatrici.

7.2. Effetti in tema di lavoro sostitutivo.

Secondo quanto evidenziato al par. 5, l'art. 73, comma 5 bis, d.P.R. 309/90 ha costituito oggetto dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale, di talché esso non sarà più applicabile per le condotte venute in essere in epoca successiva alla pubblicazione della sentenza n. 32/2014.

Per i fatti di reato ad essa anteriori si pongono i problemi di diritto intertemporale in ordine ai quali si è ampiamente argomentato nei precedenti paragrafi.

¹⁸ Deve segnalarsi che per effetto della reviviscenza dell'originario art. 13 d.P.R. 309/90, pur rimanendo in capo al Ministero della Salute il potere di emanare i decreti di classificazione delle sostanze stupefacenti, è diverso il procedimento per la loro formazione, giacché risulta ripristinata la consultazione con il Ministro della Giustizia, con l'Istituto Superiore di Sanità e con il Consiglio Superiore di Sanità, consultazioni non previste dalla disciplina dichiarata incostituzionale

Effetto indiretto della pronuncia di incostituzionalità del comma 5 *bis* è la sostanziale inoperatività del successivo comma 5 *ter*¹⁹, come introdotto dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 94, atteso che è venuta meno la norma presupposta. Ciò nondimeno, in ossequio ai più volte richiamati principi in tema di successione di leggi nel tempo, anche il comma 5 *ter* può continuare ad essere applicato per le condotte poste in essere tra la data di entrata in vigore dello stesso e quella di pubblicazione della sentenza n. 32/2014.

Il vice direttore
Giorgio Fidelbo

¹⁹ Il testo del comma 5 *ter* è il seguente: “*La disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.*”



**PENA ILLEGITTIMA E GIUDICATO.
RIFLESSIONI IN MARGINE ALLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE
CHE CHIUDE LA SAGA DEI “FRATELLI MINORI” DI SCOPPOLA**

*Nota a [Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 \(dep. 7 maggio 2014\), n. 18821,](#)
[Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Ercolano](#)*

di Francesco Viganò

1. *Se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima; e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta.*

Questo, in estrema sintesi, il messaggio fondamentale lanciato dalle Sezioni Unite nella pronuncia che, a distanza di due anni dalla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 7 co. 1 d.l. 341/2000¹, trae ora le naturali conseguenze dalla sentenza n. 210/2013 dei giudici delle leggi², disponendo che la pena dell'ergastolo inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale “non può più essere concretamente eseguita”, e che “il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato”.

Si chiude così la vicenda dei “fratelli minori” di Scoppola, che passano dallo *status* di “figli di un dio minore”³ a quelli di figli a pieno titolo di uno Stato che si fonda sul rispetto dei diritti fondamentali della persona: tra cui *in primis* quello, “inviolabile”, alla libertà personale – un diritto del quale, certo, si può essere privati in conseguenza di una condanna pronunciata da un tribunale conformemente alla legge, ma soltanto alla condizione che si tratti di una legge essa stessa *legittima*, e non già di una legge *invalida*.

¹ [Cass. pen., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012 \(dep. 10 settembre 2012\), n. 34472, Pres. Lupo, Est. Milo, Imp. Ercolano](#), in questa *Rivista*, con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012.

² In [questa Rivista](#), 19 luglio 2013.

³ Si consenta ancora il riferimento a [VIGANÒ, Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#), in questa *Rivista*, 10 aprile 2012

Al tempo stesso, le Sezioni Unite tracciano le coordinate di fondo entro cui dovrà svolgersi il grande dibattito destinato ora ad aprirsi su fronti diversi, e interessanti una cerchia assai più vasta di persone rispetto alla ristretta famigliola di Scoppola e fratelli: e cioè l'autentico esercito di condannati in via definitiva – per reati in materia di stupefacenti, ma anche per sequestro di persona a scopo di estorsione, ricettazione, violenze sessuali e addirittura per alterazione e soppressione di stato – la cui pena è stata determinata, in sede di cognizione, sulla base di norme ora dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, e che chiedono oggi ai giudici dell'esecuzione di tutta Italia che le rispettive pene siano ricondotte a una dimensione legittima.

2. Inutile ripercorrere ancora una volta la complessa vicenda sulla quale le Sezioni Unite hanno posto il suggello, bastando qui rinviare all'analitica ricostruzione dei suoi precedenti passaggi già svolta in un precedente lavoro⁴, oltre che ai numerosi provvedimenti e commenti pubblicati dalla nostra *Rivista*. L'esito finale era d'altronde, a questo punto, scontato, dopo che la Corte costituzionale – su sollecitazione delle stesse Sezioni Unite – aveva dichiarato illegittima la norma sulla cui base era stata inflitta ai ricorrenti la pena dell'ergastolo, anziché quella – applicabile nel momento in cui i ricorrenti avevano formulato la richiesta di rito abbreviato – di trent'anni di reclusione. L'accoglimento della questione di legittimità costituzionale presupponeva, infatti, una valutazione di rilevanza della relativa questione nel giudizio *a quo*, rappresentato da un incidente di esecuzione, nell'ambito del quale dunque tanto la Cassazione quanto la Corte costituzionale davano per scontato che si potesse procedere alla rideterminazione della pena irrogata in fase di cognizione.

L'unico problema rimasto in qualche modo aperto concerneva l'individuazione dell'esatto *fondamento giuridico del potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena*, in assenza di una norma che gli attribuisca espressamente questo potere nella specifica ipotesi che qui viene in considerazione.

La Corte costituzionale si era limitata ad affermare come al fine di rideterminare la pena nel caso di specie non fosse adeguato il rimedio della revisione del processo ai sensi dell'art. 630 c.p.p. quale risultante dalla sentenza n. 113/2011, occorrendo qui "più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge". Operazione, quest'ultima, per la quale secondo la Consulta "è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (che infatti è stato attivato nel caso oggetto del giudizio principale), specie se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale a tale giudice, che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)".

⁴ [LAMARQUE-VIGANÒ, Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2014.



Vediamo, allora, come le Sezioni Unite hanno affrontato lo spinoso problema.

3. La premessa è il riconoscimento della “portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici”, dotate di rilievo assieme costituzionale e convenzionale. Tuttavia, osserva la Corte, *“vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all’esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima”*.

Conviene qui seguire letteralmente la trama dell’argomentazione: *“l’istanza di legalità della pena [...] 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. Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l’intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma secondo, 23, 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 [...]. 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”*.

Ed ancora: *“il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona [...]. Eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi”*.

Si noti: le affermazioni che precedono non sono affatto scontate, da parte di autorevole dottrina essendosi anche di recente ripetuto – come le stesse Sezioni Unite sottolineano – che nell’ambito dell’incidente di esecuzione l’unica norma applicabile sarebbe la stessa sentenza di condanna, fattasi ormai “norma del caso concreto”, con conseguente espulsione dall’orizzonte conoscitivo del giudice della norma generale e astratta sulla quale la condanna si è fondata⁵. Ciò tuttavia, replicano giustamente le Sezioni Unite, non può valere allorché quella stessa norma generale e astratta si riveli *ex post* illegittima, determinando così, a cascata, l’illegittimità dell’esecuzione della pena che in quella norma trovava la sua “base giuridica”. In una tale situazione, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, *“la giurisdizione non può ignorare o eludere*

⁵ Così, in particolare, CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 271. L’osservazione è, da ultimo, ripresa anche Cass., Sez. I pen., ord. 20 novembre 2013 (dep. 31 gennaio 2013), n. 4725, Pres. Cortese, Est. Vecchio, Ric. Gatto, in questa *Rivista* con nota di G. ROMEO, [Poteri del giudice dell’esecuzione dinanzi a dichiarazione di incostituzionalità di norma penale ‘non incriminatrice’: metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni unite?](#), 24 febbraio 2014.

il problema di cui si discute e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti".

Vero è, infatti, che nessuna norma prevede espressamente la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena in seguito a una pronuncia di illegittimità costituzionale: l'art. 673 c.p.p. dispone, infatti, che il giudice dell'esecuzione debba *revocare la sentenza di condanna*, dichiarando che il fatto non è previsto come reato e adottando i provvedimenti conseguenti; mentre l'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87 prevede la *cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna*. Entrambe le disposizioni sono evidentemente costruite attorno all'ipotesi della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice nella sua parte precettiva, e non della o delle norme dalle quale dipende la specie e la misura della sanzione di un'incriminazione che resta in sé legittima, come nel caso ora all'esame.

Tuttavia, osservano le Sezioni Unite, rientra certamente nella *ratio* dell'art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953⁶ *"l'impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale"*, in conformità del resto con il principio – già più volte formulato in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità⁷ – secondo cui *"la conformità a legge della pena, e in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione"*.

Ed allora, sono i *principi generali sottesi al procedimento di esecuzione* a soccorrere l'interprete. Funzione essenziale del giudice dell'esecuzione è, in effetti, proprio quella di *"garantire il rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti l'attuazione del comando esecutivo"*; e l'*incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p.* *"è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza e alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo"*, allo scopo – per l'appunto – di *"garantire la persistente conformità a legge del fenomeno esecutivo"*.

Del resto, osservano acutamente le Sezioni Unite, non può che essere l'incidente di esecuzione – in assenza di altra disposizione processuale *ad hoc* – la sede in cui dovrà effettuarsi la rideterminazione della pena, nella particolare ipotesi di cui all'art. 2,

⁶ Che il Collegio conferma doversi considerare come norma ancora vigente, e non invece implicitamente abrogata come sostenuto recentemente da Cass., Sez. I pen., 20 novembre 2013, cit. alla nota precedente.

⁷ Cfr. in particolare Cass., Sez. I pen., 27 ottobre 2011 (dep. 13 gennaio 2012), n. 977, Pres. Giordano, Rel. Di Tomassi, ric. P.M. in c. Hauohu, in questa *Rivista* con nota di SCOLETTA, [Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima](#), 19 gennaio 2012; Cass. Pen., Sez. I, sent. 24 febbraio 2012 (dep. 22 maggio 2012), n. 19361, Pres. Giordano, Rel. Caiazzo, Ric. Tete, *ibidem*, con nota di GATTA, [Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità \(art. 61 n. 11-bis c.p.\)](#), 29 maggio 2012.



comma terzo, c.p., inserito dalla legge n. 85/2006, ove si prevede che la pena detentiva inflitta con sentenza definitiva debba convertirsi nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede soltanto quest'ultima. A questa ipotesi dovrebbe dunque accostarsi "in via analogica" la situazione ora all'esame, in cui parimenti sussiste un'esigenza di modificare la pena concretamente inflitta con sentenza passata in giudicato, conseguente a un accadimento sopravvenuto al giudicato stesso (il *novum* legislativo in un caso, la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sulla cui base è stata commisurata la pena nell'altro).

In conclusione (e in sintesi): analogamente a quanto dovrebbe accadere nel caso previsto dall'art. 2 co. 3 c.p., *spetterà al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di un procedimento ex art. 670 c.p.p.* avente ad oggetto una questione di legittimità della "esecuzione" (nell'accezione specifica di "concreta attuazione") del titolo esecutivo, rideterminare la pena sulla base della disciplina che avrebbe dovuto essere applicata dal giudice della cognizione – e cioè, nel caso concreto, della disciplina più favorevole prevista dalla legge n. 479/1999, anziché di quella dichiarata incostituzionale di cui al d.l. 241/2000 –, sulla base del principio, desunto non dalla lettera ma dalla *ratio* dell'art. 30 co. 4 della legge n. 87/1953, secondo cui occorre in ogni caso impedire che una pena, inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, venga ingiustamente sofferta dal condannato.

Un esito, come è agevole intendere, nella sostanza sovrapponibile a quello cui era giunta la Corte costituzionale, anche se qui assai più densamente argomentato.

4. Appare naturale, a questo punto, chiedersi se la via ora tracciata dalle Sezioni Unite possa essere percorsa anche in relazione alle altre questioni aperte, cui accennavo in apertura, che parimenti concernono la necessità di rideterminare una pena ormai in esecuzione.

Come è noto, il prossimo 29 maggio le stesse Sezioni Unite dovranno esaminare la questione "*se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012) comporti la rideterminazione della pena, vincendo la preclusione del giudicato*"⁸; ossia, *in claris*, la questione se si debba oggi rideterminare la pena nei confronti di tutti i condannati in via definitiva per reati concernenti gli stupefacenti rispetto ai quali il giudice non ha potuto applicare la pena attenuata prevista dal quinto comma dell'art. 73 t.u. stup., stante la preclusione di cui all'art. 69 co. 4 c.p. che vietava in linea generale la prevalenza delle circostanze attenuanti in presenza delle ipotesi di recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p.: disposizione dichiarata, appunto, costituzionalmente illegittima dalla **sentenza n. 251/2012**, limitatamente alla parte in cui esclude la possibilità di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 t.u. stup.

⁸ Rimessa con l'ordinanza citata alla nota 5.



La **sentenza n. 32/2014** della Corte costituzionale, intervenuta nelle more della decisione, ha peraltro moltiplicato le ipotesi problematiche concernenti le pene in esecuzione per delitti in materia di stupefacenti, ponendo più in generale il problema della sorte delle condanne pronunciate sulla base della disciplina sanzionatoria prevista dal d.l. n. 272/2005 come convertito dalla l. 49/2006 (c.d. Fini-Giovanardi), ora dichiarata illegittima con conseguente reviviscenza della previgente disciplina, caratterizzata da un quadro sanzionatorio più favorevole almeno per ciò che concerne il trattamento delle c.d. droghe 'leggere'⁹.

Al di là poi della disciplina degli stupefacenti, i problemi aperti concernono la sorte delle pene inflitte con sentenza definitiva in una serie di ulteriori ipotesi oggetto di recenti sentenze della Consulta¹⁰, e più in particolare

- della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale per i delitti di cui agli artt. 267 e 266 c.p. (alterazione e soppressione di stato) divenute definitive prima delle **sentenze n. 31/2012 e 7/2013**, che hanno dichiarato l'illegittimità dell'automatismo di tale pena accessoria in caso di condanna per i reati in questione, con conseguente preclusione per il giudice di una valutazione in concreto dell'interesse del minore¹¹;

- delle pene detentive inflitte per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art.* 630 c.p. prima della **sentenza n. 68/2012**, che ha esteso a tale delitto la circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p., già applicabile al sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione di cui all'art. 289 *bis* c.p.;

- delle pene detentive per i delitti di ricettazione e di violenza sessuale inflitte con sentenza passata in giudicato nei confronti di recidivi reiterati prima delle (recentissime) **sentenze n. 105 e 106/2014**, che hanno anche in questo caso dichiarato illegittimo l'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui escludeva che potesse riconoscersi la prevalenza delle attenuanti di cui, rispettivamente, all'art. 648 co. 2 c.p. (fatto di particolare tenuità) e all'art. 609-*bis* co. 3 c.p. (fatto di lieve entità) sull'aggravante di cui all'art. 99 co. 4 c.p.

Dovrà, in tutti i questi casi, il giudice dell'esecuzione procedere ora alla rideterminazione della pena sulla base della disciplina oggi vigente, così come ricondotta alla "legalità costituzionale" dalle citate sentenze della Corte?

5. Le nette (e, direi, del tutto condivisibili) affermazioni di principio su cui si fonda la pronuncia delle Sezioni Unite qui all'esame mi pare orientino con decisione verso una risposta affermativa. *Se la pena è stata inflitta sulla base di una disciplina illegittima* (che, come tale, mai avrebbe dovuto venire ad esistenza, e che è stata ora eliminata – per effetto della sentenza della Consulta – con effetto *ex tunc*), *l'esecuzione oggi di quella pena non può che connotarsi anch'essa in termini di illegittimità*: situazione, questa, che uno Stato di diritto non può tollerare.

⁹ Nota ai nostri lavori.

¹⁰ Cfr. su tutti questi problemi l'ampia analisi di [ROMEO, Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013](#), in questa *Rivista*, 1 ottobre 2013.

¹¹ Su tali sentenze cfr.



Pensiamo, alla *ratio* delle tre sentenze (la n. 251/2012 e le n. 105 e 106/2014) con cui la Corte costituzionale ha iniziato a demolire il divieto di prevalenza di attenuanti rispetto alla recidiva reiterata, introdotto dalla sciagurata legge “ex Cirielli” (la n. 251/2005) nell’ultimo comma dell’art. 69 c.p. Un tale divieto, in materia di stupefacenti, comporta secondo la Corte il rischio di attribuire alla risposta punitiva i connotati di una pena “*palesemente sproporzionata*” e, dunque, “*avvertita come palesemente ingiusta dal condannato*”: in violazione non solo dell’art. 3 Cost., ma anche e soprattutto dell’art. 27 co. 3 Cost., che è la disposizione su cui la giurisprudenza costituzionale radica ormai saldamente il principio di proporzionalità della pena, non espresso a chiare lettere dalla Costituzione ma riconosciuto univocamente dallo *human rights law* internazionale (in forza dell’esplicito riconoscimento di cui all’art. 49 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, relativamente all’ambito di applicazione del diritto UE, e della sua riconduzione interpretativa all’alveo dell’art. 3 CEDU ad opera, in particolare, della sentenza *Vinter c. Regno Unito*, pronunciata dalla Grande Camera nel luglio dello scorso anno).

La medesima prospettiva è sviluppata nelle sentenze n. 105 e 106, pubblicate soltanto poche settimane fa, ove la Corte insiste sul *carattere gravemente sproporzionato*, per il recidivo reiterato che abbia commesso un fatto di *ricettazione di particolare tenuità*, di un minimo edittale di 48 volte superiore a quello applicabile ad ogni altro condannato, nonché di una pena minima di cinque anni di reclusione (anziché di un anno e otto mesi) per il recidivo reiterato condannato per un fatto di *violenza sessuale di lieve entità*.

La previsione legislativa di tali trattamenti sanzionatori – ci dice la Corte – è contraria a principi costituzionali di somma importanza, e contraddice il senso stesso della sanzione penale. *A fortiori*, anche la loro esecuzione non potrà che ritenersi contraria alla Costituzione, e pertanto connotata dallo stigma di una radicale illegittimità.

Lo stesso discorso vale, a ben guardare, anche per ciò che concerne le ricadute della sentenza n. 32/2014. Vero è, che in questo caso, la Corte giunge alla declaratoria di illegittimità non perché abbia ritenuto sproporzionato il trattamento sanzionatorio introdotto dalla legge Fini-Giovanardi, bensì per vizi inerenti al *procedimento* di approvazione di tale legge. Ma in uno Stato di diritto la forma – e il procedimento – è anche sostanza: il vizio procedimentale non può che tradursi nell’illegittimità del prodotto di tale procedimento. Il legislatore non aveva, nel caso di specie, il potere di modificare *in peius* il trattamento sanzionatorio in materia di stupefacenti nell’ambito di una legge di conversione di un decreto legge che aveva, tra i propri scopi dichiarati, soltanto quello di introdurre misure volte a “favorire il recupero sociale dei tossicodipendenti”: le conseguenti modifiche sanzionatorie sono, anch’esse, *costituzionalmente illegittime*, perché non attuate in esito al consueto procedimento legislativo, che garantisce – o dovrebbe garantire – una particolare ponderazione su scelte di tale portata, che toccano niente meno che la libertà personale degli individui. *Ergo*, le pene nel frattempo inflitte sulla base di tali disposizioni sono anch’esse illegittime, e dovranno essere in qualche modo rimosse.



A meno che, naturalmente, non si ritenga che il valore sotteso al giudicato – la “certezza dei rapporti giuridici” – abbia una tale importanza da giustificare, in un complessivo bilanciamento, il sacrificio dei diritti fondamentali su cui la pena – e, più concretamente, le pene sproporzionate, o comunque illegittime, di cui è qui discorso – incide. Ma sul punto sono le stesse Sezioni Unite a rispondere, oggi, in modo assai netto: per quanto gli interessi sottesi al giudicato abbiano anch'esso rango costituzionale, tali interessi non possono che cedere a fronte delle superiori istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona che qui sono in gioco¹².

6. Chiarito l'obiettivo, l'unico problema resta quello di determinare i *mezzi* con cui tale obiettivo possa essere raggiunto. Problema anch'esso delicatissimo, a fronte del generale principio di legalità che informa il ‘giusto processo’ nel nostro ordinamento (art. 111 Cost.), e più in generale del generale vincolo del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost.

Ma, come è ovvio, fedeltà alla legge e legalità processuale non significano che il giudice non possa, e non debba, utilizzare tutti gli strumenti ermeneutici a propria disposizione per realizzare obiettivi di tutela dei diritti fondamentali della persona. E tra tali strumenti si annovera certamente l'*analogia, legis e iuris*: non vietata in materia di diritto processuale¹³, e che costituisce anzi strumento fondamentale per assicurare completezza al sistema, colmandone le lacune lasciate inevitabilmente aperte dal legislatore.

L'unico, vero ostacolo all'analogia potrebbe essere l'esistenza di una inequivoca volontà contraria del legislatore, espresso attraverso una norma il cui dato letterale costituisca un ostacolo insuperabile rispetto a una data soluzione ermeneutica. Ma di tale insuperabile ostacolo testuale, che si opponga alla possibilità per il giudice dell'esecuzione di ricondurre la pena a una dimensione legittima, davvero non vi è traccia nel sistema processuale vigente.

Non costituisce ostacolo – tanto meno insuperabile – a tale soluzione il disposto di cui all'art. 2 co. 4 c.p., indicato purtroppo (si direbbe *per incuriam*) dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2014 quale criterio regolatore delle conseguenze intertemporali della sentenza medesima. In realtà, l'art. 2 c.p. nel suo complesso *disciplina soltanto l'ipotesi di successione di leggi penali tutte legittime*, e non l'ipotesi – radicalmente eterogenea – in cui la vicenda successiva sia determinata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma¹⁴, e dalla conseguente

¹² Per più ampie considerazioni sul punto, cfr. [VIGANÒ, Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in questa *Rivista*, 18 aprile 2012.

¹³ E la cui praticabilità deve, dunque, essere attentamente vagliata *prima* di porsi il problema di investire la Corte costituzionale per colmare eventuali lacune, l'intervento del giudice delle leggi risultando necessario soltanto nella misura in cui – come si dirà immediatamente nel testo – la *lex scripta* opponga un ostacolo invalicabile al riempimento della lacuna per via interpretativa.

¹⁴ Così anche, da ultimo, GAMBARDELLA, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge “Fini-Giovanardi”*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, p. 5, al quale rinvio anche per ult. rif. Sulla distinzione tra successione



riespansione o reviviscenza di altra norma (contestualmente vigente o previgente). In quest'ultima ipotesi, in effetti, la norma dichiarata incostituzionale *scompare dall'ordinamento*, e ai sensi dell'art. 30 co. 3 l. 87/1953 non potrà più essere trovare applicazione – nemmeno ai fatti pregressi! – dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte sulla *Gazzetta Ufficiale*, salvo che nel caso particolare in cui si tratti di norma più favorevole, e l'imputato abbia commesso il fatto nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della norma e la dichiarazione della sua illegittimità costituzionale: dovendosi in tal caso far prevalere (in forza dei principi costituzionali e convenzionali in materia di responsabilità penale: art. 25 co. 2 e art. 7 CEDU) la tutela dell'incolpevole affidamento del cittadino nella (almeno apparente!) vigenza della norma, e nella sanzione da essa prevista, sul contrapposto principio della caducazione *ex tunc* della norma incostituzionale. Ma la disciplina dell'art. 2 co. 4 c.p. risulterà senz'altro *inapplicabile* nell'ipotesi in cui l'imputato abbia commesso il fatto *prima* dell'entrata in vigore della norma poi dichiarata incostituzionale: una tale "*lex intermedia*" non troverà qui applicazione, ancorché in ipotesi più favorevole per l'imputato, proprio perché espunta con effetto *ex tunc* dall'ordinamento anche con riguardo ai fatti pregressi, e non essendovi d'altra parte alcun affidamento da tutelare in capo all'imputato¹⁵.

Se dunque l'art. 2 c.p., e in particolare il suo quarto comma, non disciplina l'ipotesi della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, che trova invece *aliunde* la propria regolamentazione – e in particolare nei principi generali che regolano gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale, nonché nello stesso principio costituzionale e convenzionale di legalità in materia penale –, nessuna preclusione potrà essere dedotta dall'inciso finale contenuto in tale norma ("*salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*") rispetto alla possibilità di modificare il trattamento sanzionatorio in senso più favorevole per il condannato in via definitiva, allorché la norma sulla cui base la condanna è stata pronunciata sia stata per l'appunto dichiarata incostituzionale, e per ciò stesso espunta dall'ordinamento con effetto *ex tunc*.

In una simile situazione, d'altra parte, ostinarsi a tener fermo il giudicato significherebbe *continuare a dare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale*, nel momento dinamico dell'attuazione concreta delle conseguenze sanzionatorie da essa

tra norme legittime e dichiarazione di illegittimità di una norma in materia penale, cfr. anche Cass., sez. VI pen., 16 febbraio 2007 (dep. 5 marzo 2007), n. 9270, Pres. Lattanzi, Rel. Paoloni, Ric. Berlusconi.

¹⁵ La situazione è qui, piuttosto, sovrapponibile a quella che si verifica nel caso di mancata conversione di un decreto legge più favorevole rispetto alla disciplina previgente: ipotesi, per l'appunto, rispetto alla quale l'estensione della disciplina di cui all'art. 2 c.p., originariamente prevista dal legislatore, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con una ormai risalente sentenza, proprio per impedire che la disciplina del decreto legge – la cui mancata conversione ne determina il travolgimento con effetti *ex tunc*, esattamente come accade per le leggi dichiarate incostituzionale – trovi comunque applicazione ai fatti pregressi, salvo che per quelli soli commessi nel lasso temporale dalla sua entrata in vigore alla scadenza del termine per la conversione, lasso temporale nel quale il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nella vigenza del decreto legge prevale sullo stesso principio costituzionale di cui all'art. 77 Cost.

previste: in palese contrasto rispetto alla lettera e allo spirito dell'art. 136 co. 1 Cost. ("Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione") nonché a quelli della legge ordinaria che dà immediata attuazione al precetto costituzionale, l'art. 30 comma terzo l. 87/1953 ("Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"). Norma, quest'ultima, sulla cui portata rispetto al tema che ci occupa forse ancora troppo poco si è riflettuto¹⁶, l'attenzione concentrandosi in genere sul comma *quarto* dello stesso art. 30, che disciplina l'ipotesi *specifica* in cui in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale debba addirittura farsi integralmente cessare l'esecuzione della pena e tutti gli effetti penali della condanna.

Il *terzo comma* dell'art. 30 l. 87/1953 esprime, in effetti, il *principio generale* secondo cui dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza la legge dichiarata incostituzionale non può più trovare applicazione: senza che sia lecito in alcun modo distinguere tra l'*applicazione* della norma compiuta dal giudice della cognizione, e quella che si attua durante l'*esecuzione della pena*, che ne rappresenta – giorno per giorno – la concretizzazione sulla persona (e sulla pelle) del condannato. Come è noto, a tale principio la giurisprudenza, pur senza esplicita base testuale nell'art. 30, ha opposto il limite delle situazioni giuridiche *esaurite*, rispetto alle quali non sarebbe possibile ripristinare lo *status quo ante*. Comunque però si voglia intendere tale limite, come giustamente rilevano le Sezioni Unite nella sentenza ora in esame, non potrà in alcun modo ritenersi situazione giuridica "esaurita" quella nella quale la pena inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale è *ancora in esecuzione*. Ogni nuovo giorno di pena costituisce una nuova concretizzazione del comando astratto contenuto nella norma sanzionatoria dichiarata incostituzionale; e rappresenta, così, una perdurante *applicazione* della norma stessa, in frontale contrasto con gli artt. 136 co. 1 Cost. e 30 co. 3 l. 87/1953.

La *lex scripta*, dunque, non solo non contiene alcun ostacolo alla necessità di modificare il giudicato per adeguare la pena ad una dimensione di legalità, facendo venir meno i perduranti effetti di una norma penale illegittima; ma anzi spinge fortemente l'interprete verso questa direzione, motivandolo a colmare la lacuna nella normativa processuale vigente con tutti i mezzi a propria disposizione, per evitare che si ripeta ancora una volta il paradosso del *summum ius, summa iniuria*, indegno di uno Stato fondato sul rispetto dei diritti fondamentali della persona.

7. Ed allora, a me pare che le Sezioni Unite traccino oggi limpidamente il percorso da seguire anche per il prossimo futuro.

¹⁶ Le considerazioni che seguono, sul punto, sono peraltro in larga parte riprese da ZIRULIA, [Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?](#), in *Corr. merito*, n. 5/ 2011, p. 512 ss., cui si rinvia anche per ogni approfondimento e per gli indispensabili rif. dottr. e giur.



L'ordinario *incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p.* costituisce – ci dicono oggi le Sezioni Unite – la naturale sede processuale in cui fare valere la *sopravvenuta illegittimità del titolo esecutivo nella sua dimensione dinamica di fondamento dell'esecuzione della pena*, e per rimuovere conseguentemente tale illegittimità, riconducendo la pena alla sua dimensione (costituzionalmente) legittima. Operazione questa non prevista espressamente da alcuna norma, ma imposta – così mi pare di poter concludere – dai *principi sottesi all'art. 136, primo comma, Cost. e all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87/1953*, declinati in relazione alle peculiarità delle ipotesi che qui vengono in considerazione¹⁷.

Contro tale soluzione potrebbe, invero, obiettarsi che, mentre rispetto ai 'fratelli minori' di Scoppola il giudice sarebbe chiamato ad una *operazione automatica* di sostituzione della pena di trent'anni di reclusione a quella dell'ergastolo originariamente inflitta, senza alcuna valutazione discrezionale sulla concreta misura della pena, in tutti i casi problematici di cui ora è discorso occorrerebbe invece procedere a una nuova commisurazione della pena: operazione che esulerebbe dal limitato orizzonte conoscitivo e, conseguentemente, decisionale del giudice dell'esecuzione.

A prendere sul serio tale obiezione, e posto che – per le ragioni sin qui sviluppate – non è pensabile rassegnarsi alla prospettiva di continuare a eseguire pene illegittime, occorrerebbe probabilmente immaginare quale possibile rimedio una *questione di legittimità costituzionale* avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p., mirante a introdurre una nuova ipotesi di revisione (parallela a quella introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011) finalizzata questa volta a conferire ad un giudice di cognizione il potere non già – come di consueto – di rivalutare il giudizio di colpevolezza dell'imputato, bensì unicamente di modificare la commisurazione della pena.

Ma ne varrebbe davvero la pena? E' proprio ineluttabile la conclusione che il giudice dell'esecuzione non disponga strutturalmente degli strumenti per rideterminare le pene di cui ora si discute, al punto da dover ipotizzare il ricorso a un rimedio eccezionale, ed estremamente macchinoso, come la revisione del processo, al solo fine di individuare un giudice – e un giudice, di suo, già notoriamente ingolfato di procedimenti come la corte d'appello – in grado di effettuare le valutazioni di merito sottese alla commisurazione della pena?

Riflettiamo. Così come rammentano oggi autorevolmente le Sezioni Unite, non è vero – anzitutto – che il giudice dell'esecuzione non disponga di poteri istruttori, dei quali far uso se necessario: l'art. 666 co. 5 c.p.p. stabilisce, in effetti, che *"il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio"*. Disposizione, questa, che potrebbe rivelarsi preziosa nella rivalutazione – ad es. – dell'effettiva

¹⁷ Senza, dunque, alcuna necessità di investire la Corte costituzionale – ad es. – di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 673 c.p.p., come talvolta proposto in dottrina (cfr., per tutti, GAMBARDELLA, *Qualche considerazione*, cit., p. 7).

rispondenza all'interesse del minore della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale conseguente alle passate condanne (che immagino essere peraltro essere numericamente assai esigue) per delitti di alterazione o soppressione di stato.

Ma nella stragrande maggioranza delle ipotesi che si presenteranno alla prassi, i giudici dell'esecuzione potranno stare tranquilli: la nuova commisurazione della pena non richiederà alcun particolare adempimento istruttorio, i fattori rilevanti a tal fine risultando quasi certamente dalla stessa sentenza di condanna. Si pensi alle condanne per reati concernenti le sostanze stupefacenti: un giudice esperto sarà in grado di evincere immediatamente dalla mera lettura dei capi di imputazione e dalla motivazione della sentenza *le (poche) variabili che egli stesso, in sede di cognizione, utilizzerebbe per determinare la pena sulla base della normativa oggi in vigore* – natura della sostanza, quantitativo della stessa e principio attivo, unicità o reiterazione della condotta, presenza o assenza di precedenti, e pochissime altre –, e di procedere quindi, senza alcuna difficoltà, alla rideterminazione della pena all'interno del nuovo quadro edittale, nonché alla valutazione relativa alla possibile prevalenza delle attenuanti sulla eventuale recidiva reiterata. Lo stesso vale, fors'anche a maggior ragione, per le ipotesi di ricettazione di particolare tenuità, o ancora di fatti di violenza sessuale e sequestro di persona a scopo di persona di lieve entità, già dalla formulazione del capo di imputazione potendo agevolmente comprendersi se, ad esempio, la privazione di libertà sia durata poche ore con la finalità magari di ottenere il pagamento di un vecchio debito per droga, o si sia invece protratta per mesi o anni con conseguente grave pregiudizio per l'integrità fisica e psichica dell'ostaggio.

Le considerazioni che precedono mostrano, mi pare, quanto siano infondate le preoccupazioni che stanno alla base di una *proposta di soluzione 'compromissoria'*, assistita da un crescente successo nella discussione sulle conseguenze della sentenza n. 32/2014: quello, cioè, di *riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di incidere sulle pene 'illegittime'* – intendendosi per tali soltanto le pene detentive *superiori ai nuovi massimi edittali* per il fatto di reato corrispondente –, riconducendole alla dimensione 'legittima' rappresentata... dal nuovo massimo edittale. Le preoccupazioni legate all'asserita estraneità all'incidente di esecuzione di valutazioni discrezionali, quali quelle che presiedono alla commisurazione della pena, sono, dicevo, infondate: qualsiasi giudice è in grado di commisurare la pena che *oggi* sarebbe ritenuta di giustizia per un reato concernente gli stupefacenti sulla base delle poche variabili che davvero contano, e che si evincono certamente dal capo di imputazione e dalla sentenza. Ma, quel che più conta, *l'esito* dell'operazione che si propugna non rende certo un buon servizio ai diritti fondamentali del condannato, che si vedrà costretto a subire senza alcuna valida ragione una pena pari al massimo edittale oggi consentito, e dunque una pena con tutta probabilità *sproporzionata* rispetto alla effettiva gravità del fatto commesso, incompatibile come tale con la finalità rieducativa che tale pena dovrebbe connotare. Senza contare i macroscopici profili di disegualianza di trattamento rispetto a chi abbia la fortuna di essere giudicato, oggi, per un fatto del tutto identico, per il quale sarà punito con ogni probabilità con una sanzione assai inferiore.

Né mi convincono le proposte di una *riduzione meccanicamente proporzionale della pena* in ragione, ad esempio, del nuovo minimo edittale (secondo lo schema seguente: 7



anni di reclusione inflitti concretamente dal giudice stanno al minimo di 6 anni di reclusione previsti dalla legge Fini-Giovanardi come, oggi, la pena X sta al minimo di 2 anni di reclusione oggi previsto per le droghe 'leggere') ovvero del nuovo massimo. L'insostenibilità di tale approccio si coglie sol che si consideri che la decisione del giudice di cognizione di attenersi al minimo edittale, o di discostarsi di poco da esso, potrebbe essere stata motivata – rispetto a una normativa che, come la Fini-Giovanardi, non distingueva tra droghe 'pesanti' e 'leggere' – proprio dalla natura di droga 'leggera' della sostanza oggetto materiale della condotta; mentre tale circostanza, oggi rilevante già ai fini della determinazione del quadro edittale applicabile, non potrà più essere nuovamente considerata al momento in cui si debba commisurare concretamente la pena all'interno del corrispondente quadro edittale. Sì che, ad es., ben potrebbe immaginarsi la rideterminazione della pena per la detenzione di un chilo di marijuana, originariamente fissata in 6 anni di reclusione proprio in considerazione della *tipologia* di droga 'leggera' della sostanza, in quella di 3 o 4 anni di reclusione – e dunque in una misura marcatamente superiore al nuovo minimo edittale – in considerazione della significativa *quantità* della sostanza posseduta.

La fantasia dei pratici potrebbe ulteriormente sbizzarrirsi: ma del tutto inutilmente, posto che a dover essere contestato – in radice – è il presupposto da cui muove la ricerca di soluzioni 'a rime obbligate' per il giudice dell'esecuzione: e cioè la presunta insuperabile refrattarietà dell'incidente di esecuzione a qualunque valutazione discrezionale del giudice in materia di commisurazione della pena. Affermazione, quest'ultima, contraddetta a tacer d'altro dalla disciplina di cui all'art. 671 c.p.p., che consente espressamente al giudice dell'esecuzione non solo di apprezzare la sussistenza di un concorso formale o della continuazione tra più reati giudicati in procedimenti distinti, e di rideterminare conseguentemente (in maniera tutt'altro che meccanica!) la pena complessiva; ma anche di valutare – teoricamente anche sulla base delle prove assunte ai sensi del citato art. 666 co. 5 c.p.p. – se concedere la sospensione condizionale e la non menzione della condanna, nonché di adottare ogni altro provvedimento conseguente.

Perché mai di simili poteri discrezionali il giudice dell'esecuzione non possa far uso anche nei casi ora in discussione, resta per me semplicemente un mistero.

8. Due ultime considerazioni, prima di concludere.

L'intera linea argomentativa qui sviluppata a proposito di "pena illegittima" – nel senso ampio di pena inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, nella sua parte precettiva o sanzionatoria – è funzionale a supportare soltanto modifiche *in melius* del trattamento sanzionatorio in fase esecutiva; non già modifiche *deteriori* per il reo.

La ragione è intuitiva, ma conviene forse esplicitarla per evitare equivoci – nonché affrettate obiezioni di incoerenza logica della tesi. Si tratta, in effetti, della medesima ragione per cui, rispetto ai processi ancora in corso, l'imputato ha diritto all'applicazione della norma dichiarata incostituzionale, nell'ipotesi in cui essa risulti più favorevole di quella che risulta a seguito della dichiarazione di incostituzionalità: e

cioè la tutela dell'incolpevole *affidamento* dell'imputato medesimo sulla vigenza della norma, che – ancorché rivelatasi *ex post* invalida – gli *appariva* come valida al momento della condotta. Un trattamento sanzionatorio *più grave* di quello che era stabilito da quella norma era per lui *imprevedibile*; sicché la sua applicazione, poco importa se da parte del giudice della cognizione o della cognizione, determinerebbe una violazione del principio di legalità in materia penale, come declinato – in particolare – dall'art. 7 CEDU, come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il condannato, dunque, alla pena di *sei anni* di reclusione per traffico di droghe 'pesanti' potrà pertanto dormire sonni tranquilli, anche se la pena minima per tale reato avrebbe dovuto essere – in base all'art. 73 co. 1 t.u. stup., nella versione "Iervolino-Vassalli", mai validamente abrogata dalla Fini-Giovanardi – pari a *otto anni* di reclusione. La norma applicata dal giudice della cognizione era, infatti, quella che ragionevolmente appariva in vigore all'epoca dei fatti, e sulla quale egli aveva diritto di riporre un affidamento tutelato dall'ordinamento.

D'altra parte, non è un caso che tutti i casi di modifica del giudicato ad opera del giudice dell'esecuzione disciplinati dal codice di procedura penale concernano modifiche *favorevoli* al condannato: una modifica deteriore per il condannato del trattamento sanzionatorio si porrebbe in via generale in contrasto con un altro diritto fondamentale, quello al *ne bis in idem*, tutelato dall'art. 4 Prot. 7 alla CEDU; e cioè al diritto fondamentale che sta dietro il principio dell'intangibilità del giudicato *a sfavore del reo*, ma che ovviamente non si oppone – proprio in quanto diritto pensato in chiave di tutela del singolo contro la potestà punitiva statale – a modifiche *in melius* del trattamento stesso, come quelle di cui in questa sede si è discusso¹⁸.

9. *Last but not least*, un'ultima considerazione.

Il prossimo 27 maggio scade il termine fissato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza pilota *Torreggiani c. Italia*, per porre rimedio alla insostenibile di sovraffollamento nelle carceri italiane, che conduce a sistematiche violazioni del diritto dei detenuti a non subire trattamenti inumani e degradanti. Sarebbe davvero un peccato che i giudici italiani non cogliessero l'occasione offerta dalle sentenze della Corte costituzionale di cui sin qui è discusso per fornire il loro contributo – attraverso un'operazione interpretativa comunque imposta da esigenze di tutela di *altri* diritti fondamentali dei condannati – all'adempimento degli obblighi fissati a carico dello Stato italiano dalla Corte europea.

Sono stato a lungo incerto se spendere anche questo argomento, in chiusura di questo breve intervento, essendo ben consapevole delle reazioni di rigetto che esso suscita regolarmente in molti magistrati: svuotare le carceri – questa l'obiezione rivoltami anche in occasione di pubblici dibattiti – è compito del legislatore, non della magistratura; e comunque i giudici non sono autorizzati a piegare l'interpretazione del diritto vigente in funzione del perseguimento di uno scopo, come questo, di natura schiettamente *politica*.

¹⁸ Cfr. ancora, sul punto, VIGANÒ, *Giudicato penale*, cit., p. 5 s.



Non posso però che esprimere il mio fermo dissenso rispetto a simili obiezioni: l'obbligo di alleviare la situazione di sovraffollamento delle carceri italiane grava su tutti gli organi e poteri dello Stato italiano, *compresa la magistratura*, alla quale la Corte rivolge del resto l'esplicito invito (§ 95 della sentenza *Torreggiani*) di "*recourir aussi largement que possible aux mesures alternatives à la détention et à réorienter leur politique pénale vers un moindre recours à l'enfermement dans le but, entre autres, de résoudre le problème de la croissance de la population carcérale*". Ciascuno nell'ambito delle propria competenze, dunque: ma le competenze della magistratura sono, per l'appunto, quelle di interpretare e di applicare il diritto vigente in modo il più possibile conforme agli obblighi di natura internazionale che gravano sul nostro paese, tra i quali si iscrive a pieno titolo quello – fissato dalla Corte europea – di "risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria".

Risolvere il sovraffollamento carcerario è, dunque, un obbligo *giuridico*, che grava *anche* sui giudici, i quali sono oggi chiamati, come tutti, a fare la propria parte: quanto meno non rifuggendo dalla prospettiva di ricondurre a una dimensione legittima pene attualmente in esecuzione palesemente sproporzionate, ed inflitte sulla base di leggi incostituzionali.

Articolo 1

(Modificazioni al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309)

L'**articolo 1** reca novelle al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al [D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309](#).

Una prima serie di novelle (di cui ai **commi da 1 a 24-bis e da 25 a 30**) è posta con riferimento alla recente sentenza della Corte costituzionale [n. 32 del 12-25 febbraio 2014](#), che ha dichiarato l'illegittimità delle novelle operate nel suddetto testo unico da parte degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del [D.L. 30 dicembre 2005, n. 272](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 21 febbraio 2006, n. 49](#).

Una seconda serie di novelle (di cui ai **commi 24-ter e 24-quater**) - **inserita dalla Camera** - ridefinisce alcuni profili sanzionatori in materia.

Riguardo alla prima serie di novelle, la suddetta sentenza della Corte costituzionale [n. 32 del 2014](#) ha dichiarato l'illegittimità dei citati articoli (conosciuti anche come Legge Fini-Giovanardi) per violazione dell'art. 77 della [Costituzione](#), per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni originarie del decreto-legge e quelle introdotte nella legge di conversione e poi impugnate. Si ricorda, in particolare, che il citato art. 4-bis, modificando l'art. 73 del testo unico di cui al [D.P.R. n. 309 del 1990](#), aveva unificato il trattamento sanzionatorio previsto per le violazioni concernenti le sostanze stupefacenti e psicotrope - trattamento che, in precedenza, era differenziato a seconda che i reati avessero per oggetto le sostanze incluse nelle tabelle II e IV (cosiddette droghe leggere) ovvero quelle incluse nelle tabelle I e III (cosiddette droghe pesanti) -. Per effetto di tali modifiche, le sanzioni per i reati concernenti le cosiddette droghe leggere, precedentemente stabilite nell'intervallo edittale della pena della reclusione da 2 a 6 anni e della multa da 5.164 a 77.468 euro, erano state elevate, prevedendosi la pena della reclusione da 6 a 20 anni e della multa da 26.000 a 260.000 euro. Il successivo art. 4-vicies ter aveva parallelamente modificato il precedente sistema tabellare, stabilito dagli articoli 13 e 14 del testo unico, accorpando nella nuova tabella I le sostanze stupefacenti e psicotrope che prima erano distinte in differenti gruppi. Peraltro, poiché la sentenza della Corte costituzionale si basa su un vizio di natura procedurale, l'art. 4-vicies ter è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella sua interezza, e non limitatamente alle disposizioni relative alle tabelle (le quali formavano l'oggetto della questione di costituzionalità). La dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter

ha comportato - secondo l'espressa affermazione della sentenza [n. 32 del 2014](#) - la reviviscenza delle disposizioni del testo unico nella versione vigente prima dell'entrata in vigore dei medesimi articoli¹. Tale reviviscenza determina un abbassamento delle pene per le violazioni relative alle cosiddette droghe leggere (punite con la pena della reclusione da 2 a 6 anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da 6 a 20 anni e della multa) ed un parallelo aumento delle pene previste per le violazioni relative alle cosiddette droghe pesanti (punite con la pena della reclusione da 8 a 20 anni, anziché con la pena della reclusione da 6 a 20 anni); sul punto, la Corte costituzionale ha affermato che «quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 cod. pen.*, che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo»².

All'**articolo 1** del decreto-legge in esame sono allegate 5 tabelle. Le prime quattro tabelle (I, II, III e IV) riguardano le sostanze stupefacenti e psicotrope poste sotto controllo internazionale e nazionale, mentre la quinta tabella comprende i medicinali (a base di sostanze attive stupefacenti o psicotrope) di corrente impiego terapeutico ad uso umano o veterinario. Si ricorda che le novelle dichiarate illegittime con la sentenza [n. 32 del 2014](#) prevedevano un'articolazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope in 2 tabelle; la prima comprendeva le sostanze stupefacenti o psicotrope in senso proprio, mentre la seconda, articolata in cinque sezioni, individuava le sostanze aventi attività farmacologica e, pertanto, usate in terapia in quanto farmaci. La dichiarazione di illegittimità, di cui alla sentenza [n. 32 del 2014](#), ha comportato la decadenza delle due tabelle suddette, con la reviviscenza della disciplina anteriore, che articolava le sostanze stupefacenti e psicotrope in 6 tabelle.

In base alla novella di cui al **comma 1** dello stesso **articolo 1**, i successivi aggiornamenti delle tabelle sono operati con decreto del Ministro della salute, sentiti il Consiglio superiore di sanità e l'Istituto superiore di sanità - quest'ultimo parere è stato inserito **dalla Camera**, la quale ha invece

¹ La sentenza, infatti, afferma che «in considerazione del particolare vizio procedurale accertato in questa sede, per carenza dei presupposti *ex art. 77*, secondo comma, Cost., deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del [D.P.R. n. 309 del 1990](#) e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate».

² La Corte costituzionale rileva altresì che la reviviscenza delle disposizioni anteriori alla [L. n. 49 del 2006](#) può comportare l'inapplicabilità di norme successive a quelle impugnate. Le norme successive, infatti, rinviando a disposizioni caducate, verrebbero private del loro oggetto. Anche in questo caso, la Consulta rimette la questione alla valutazione del giudice comune.

Sulla sentenza della Corte costituzionale, cfr., più in dettaglio, il dossier del Servizio studi della Camera dei deputati, serie Documentazione e ricerche, [n. 105 del 2014](#).

soppresso la previsione del parere della Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento per le politiche antidroga -³.

In via di sintesi, le tabelle sono così articolate (**la Camera** ha operato alcune modifiche in esse - ad esclusione della tabella III e della tabella relativa ai medicinali -):

- la tabella I comprende le sostanze stupefacenti e psicotrope riassunte nella novella di cui all'**articolo 1, comma 3, capoverso articolo 14, comma 1, lettera a)**;
- la tabella II comprende la *cannabis*, i prodotti da essa ottenuti e le preparazioni contenenti la medesima;
- la tabella III comprende i barbiturici che hanno notevole capacità di indurre dipendenza fisica o psichica o entrambe, nonché altre sostanze ad effetto ipnotico-sedativo ad essi assimilabili. Sono, pertanto, esplicitamente esclusi i barbiturici a lunga durata e di accertato effetto antiepilettico ed i barbiturici a breve durata di impiego quali anestetici generali, sempre che le sostanze componenti non comportino i pericoli di dipendenza suddetti. Ai fini sanzionatori, la tabella III è equiparata alla tabella I (cfr., in merito, anche le novelle di cui ai **commi 24-ter e 24-quater** del presente **articolo 1**);
- la tabella IV comprende le sostanze (e le preparazioni contenenti le medesime sostanze) per le quali sono stati accertati pericoli di induzione di dipendenza fisica o psichica di intensità e gravità minori rispetto a quelli prodotti dalle sostanze elencate nelle tabelle I e III. Ai fini sanzionatori, la tabella IV è equiparata alla tabella II (cfr., in merito, anche le novelle di cui ai **commi 24-ter e 24-quater** del presente **articolo 1**);
- la tabella dei medicinali, articolata nelle sezioni A, B, C, D ed E, sostanzialmente coincidenti con le stesse sezioni della tabella II della cosiddetta Legge Fini-Giovanardi. La tabella dei medicinali concerne i farmaci a base di sostanze attive stupefacenti o psicotrope, ivi incluse le sostanze attive ad uso farmaceutico, di corrente impiego terapeutico ad uso umano o veterinario. Le sezioni della tabella dei medicinali sono articolate secondo i criteri di cui all'**articolo 1, comma 3, capoverso articolo 14, comma 1, lettere da e) ad i)**. La sezione A comprende anche i medicinali - di cui all'allegato III-*bis* del testo unico - oggetto di modalità prescrittive semplificate in base alla disciplina delle cure palliative e della terapia del dolore (a tali medicinali fa riferimento anche la successiva sezione D). In merito, si ricorda che le novelle dichiarate illegittime con la sentenza [n. 32 del 2014](#) avevano subito modifiche ad

³ La versione del testo unico in vigore prima della cosiddetta Legge Fini-Giovanardi richiedeva, per l'aggiornamento delle tabelle, un decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, sentito l'Istituto superiore di sanità e il Consiglio superiore di sanità.

opera dell'art. 10 della [L. 15 marzo 2010, n. 38](#), ai fini della semplificazione delle regole sulla prescrizione e la dispensazione dei farmaci in oggetto. Con la successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale, è venuta, di conseguenza, a decadere parte della citata disciplina sulla prescrizione e la dispensazione dei farmaci antidolorifici. Il decreto-legge in esame, come si dirà tra poco, ripristina, in materia, la disciplina vigente alla data di pubblicazione della sentenza [n. 32 del 2014](#), apportando le modifiche necessarie per assicurare il corretto richiamo delle tabelle, con talune integrazioni di coordinamento⁴.

Le altre novelle di cui ai **commi da 1 a 24-bis e da 25 a 30** del presente **articolo 1** sono intese - come osserva la relazione illustrativa dell'originario disegno di legge di conversione del decreto - a completare il ripristino della disciplina vigente alla data di pubblicazione della sentenza [n. 32 del 2014](#), con riferimento alle altre norme dichiarate illegittime per il suddetto vizio di natura procedurale e "con le opportune modifiche", "necessarie per assicurare il corretto richiamo" alle tabelle e "con talune integrazioni di coordinamento" - relative, in particolare, ai farmaci antidolorifici summenzionati -; riguardo, tuttavia, alle modifiche a tale gruppo di commi **operate dalla Camera**, si rileva che, a parte alcune modifiche intese a completare il coordinamento summenzionato:

⁴ Come detto, ai farmaci in oggetto (elencati nell'allegato III-*bis* del testo unico) fanno riferimento le sezioni A e D della tabella dei medicinali (per distinguerli immediatamente dagli altri medicinali, gli antidolorifici sono contrassegnati con **).

I farmaci che usufruiscono della modalità prescrittiva semplificata possono essere prescritti sul ricettario rosso del SSN (in dotazione a Medici di Famiglia, Pediatri di Libera Scelta, Specialisti ambulatoriali, Medici di Continuità Assistenziale, Consulitori, alcuni Reparti Ospedalieri). Per quanto riguarda i medicinali compresi nella sezione D, i farmaci elencati nell'allegato III-*bis* possono essere utilizzati solo per somministrazioni ad uso diverso da quello parenterale.

Nella Tabella dei medicinali Sezione A rientrano invece i farmaci per cui sono previste modalità prescrittive più complesse poiché si tratta di composizioni per le quali sono presenti concreti pericoli di grave dipendenza fisica o psichica. La prescrizione dei medicinali inseriti in questa sezione può avvenire su ricetta SSN solamente nel caso in cui il farmaco sia compreso nell'allegato III-*bis* e sia utilizzato per la terapia del dolore, in tutti gli altri casi deve essere utilizzata la ricetta ministeriale a ricalco (RMR). La ricetta SSN può comprendere fino a due medicinali diversi tra loro o uno stesso medicinale con due dosaggi differenti per una cura di durata non superiore a trenta giorni.

Nella ricetta (sia essa RMR o SSN) dei farmaci riferibili alla Sezione A occorre riportare: Cognome e nome dell'assistito; Nome del medicinale con specificato il dosaggio, la posologia e le modalità di somministrazione; Cognome, nome, indirizzo e numero di telefono del medico prescrittore; Timbro personale, data e firma del medico; Estremi del documento di identità dell'acquirente.

In armonia con le indicazioni del MEF, in tutte le prescrizioni SSN della terapia del dolore severo dei medicinali riferibili all'allegato III-*bis* deve essere utilizzato il codice di esenzione TDL. La sua apposizione da parte del medico comporta: la prescrivibilità di un numero di confezioni di medicinale fino a 30 giorni di terapia e l'esenzione del pagamento della quota fissa.

- il **comma 3-bis, inserito dalla Camera**, specifica - sviluppando i requisiti già vigenti di buona condotta e di garanzie morali e professionali - che l'autorizzazione (del Ministero della salute) per la coltivazione, la produzione, l'impiego, l'importazione, l'esportazione, la ricezione per transito, il commercio a qualsiasi titolo o la detenzione per il commercio di sostanze stupefacenti o psicotrope non può essere rilasciata ai soggetti (persone fisiche o legali rappresentanti di enti) che abbiano avuto condanne o sanzioni ai sensi degli artt. 73, 74 e 75 del testo unico (in merito a tali articoli, cfr. anche *infra*) e, in tali ipotesi, le autorizzazioni già rilasciate sono immediatamente revocate. *Si osserva che la novella non fa riferimento al direttore tecnico*, mentre i requisiti generali summenzionati sono posti anche con riferimento a tale figura;
- con una modifica al **comma 4, la Camera** ha escluso dal divieto di coltivazione la canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, consentiti dalla normativa dell'Unione europea;
- nel **capoverso 4-bis del comma 13, capoverso articolo 43**, con riferimento alla procedura per gli eventuali aggiornamenti dell'elenco dei medicinali di cui al suddetto allegato III-bis del testo unico (farmaci oggetto di modalità prescrittive semplificate in base alla disciplina delle cure palliative e della terapia del dolore), **la Camera** ha aggiunto (ai fini dell'emanazione del decreto del Ministro della salute) al parere del Consiglio superiore di sanità quello dell'Istituto superiore di sanità ed ha soppresso la previsione del parere della Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento per le politiche antidroga (la procedura contemplata nel testo originario del decreto-legge era identica a quella prevista dalle novelle dichiarate illegittime, per il suddetto vizio di natura procedurale, dalla sentenza [n. 32 del 2014](#));
- il **capoverso 5-bis - inserito dalla Camera** nel citato **comma 13, capoverso articolo 43** - prevede che la prescrizione di medicinali compresi nella tabella dei medicinali, sezione A, per il trattamento degli stati di tossicodipendenza da oppiacei sia effettuata all'interno del piano terapeutico individualizzato, secondo modalità stabilite con decreto del Ministero della salute;
- il **capoverso 10-bis - inserito dalla Camera** nel **comma 14, capoverso articolo 45** - dispone che i medici chirurghi, su richiesta dei pazienti, in corso di trattamento terapeutico con medicinali stupefacenti o psicotropi, che si rechino all'estero, provvedano alla redazione della certificazione di possesso dei medicinali stupefacenti o psicotropi, compresi nella tabella dei medicinali da presentare all'autorità doganale all'uscita dal territorio nazionale, individuati con decreto del Ministero della salute; quest'ultimo decreto definisce anche il modello della certificazione;

- con una modifica alla novella di cui al **comma 27, lettera d)**, la Camera ha soppresso, per gli operatori del servizio pubblico per le tossicodipendenze e delle strutture private autorizzate, l'obbligo di segnalare all'autorità competente le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma terapeutico alternativo a sanzioni amministrative o ad esecuzione di pene detentive (obbligo già previsto dalle novelle dichiarate illegittime, per il suddetto vizio di natura procedurale, dalla sentenza [n. 32 del 2014](#) e che era ripristinato dall'originaria versione della **lettera d)** in oggetto).

Nel corso dell'esame **presso la Camera dei deputati**, sono state introdotte nel presente **articolo 1**, con l'inserimento dei **commi 24-ter e 24-quater**, modifiche agli articoli 73 e 75 del citato testo unico, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#).

Come già evidenziato, per effetto della sentenza della Corte costituzionale [n. 32 del 2014](#), a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, sono tornati a ricevere applicazione l'articolo 73 del citato [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#) e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con la [legge n. 49 del 2006](#)⁵ (cosiddetta legge Fini-Giovanardi).

Ne consegue che il vigente comma 1 dell'articolo 73 citato punisce con la reclusione da 8 a 20 anni e con la multa da 25.822 a 258.228 euro chiunque, senza autorizzazione, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta o importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o illecitamente detiene sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III (cosiddette droghe pesanti) previste dall'articolo 14 del testo unico. La sentenza della Corte ha così eliminato la precedente disposizione che prevedeva la reclusione da 6 a 20 anni e la multa da 26.000 a 260.000 euro per chiunque, senza la

⁵ Con la sentenza [n. 32 del 2014](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 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](#), per la manifesta assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge, in violazione del disposto del secondo comma dell'[articolo 77 della Costituzione](#). Si rammenta, al riguardo, che il citato articolo 4-bis – modificando l'art. 73 del [d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309](#) – aveva previsto una medesima cornice edittale per le violazioni concernenti tutte le sostanze stupefacenti, unificando il trattamento sanzionatorio che, in precedenza, era differenziato a seconda che i reati avessero per oggetto le sostanze stupefacenti o psicotrope incluse nelle tabelle II e IV (cosiddette “droghe leggere”) ovvero quelle incluse nelle tabelle I e III (cosiddette “droghe pesanti”): la legge di conversione, infatti, con l'articolo 4-vicies ter aveva parallelamente modificato il precedente sistema tabellare stabilito dagli articoli 13 e 14 dello stesso [d.P.R. n. 309 del 1990](#), includendo nella nuova tabella I gli stupefacenti che prima erano distinti in differenti gruppi.

prescritta autorizzazione, coltivava, produceva, fabbricava, estraeva, raffinava, vendeva, offriva o metteva in vendita, cedeva, distribuiva, commerciava, trasportava, procurava ad altri, inviava, passava o spediva in transito, consegnava per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla previgente tabella I prevista dall'articolo 14 (la previgente tabella I accorpava le sostanze stupefacenti e psicotrope prima distribuite in quattro distinte tabelle).

Il successivo comma 1-bis dell'articolo 73, introdotto dalla Fini-Giovanardi, risulta invece soppresso a seguito della sentenza della Corte. Si tratta della disposizione in base alla quale le pene previste dal comma 1 si applicavano anche a chiunque, senza l'autorizzazione prescritta, importava, esportava, acquistava, riceveva a qualsiasi titolo o comunque illecitamente deteneva:

a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, apparivano destinate ad un uso non esclusivamente personale;

b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella precedente tabella II, sezione A, che eccedevano il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene erano diminuite da un terzo alla metà.

Quindi, a seguito della ricordata sentenza della Corte costituzionale è venuta meno la limitazione della punibilità delle condotte indicate nel comma 1-bis in questione ai soli casi concernenti quantitativi di sostanze superiori alla dose media giornaliera o che appaiano comunque destinati ad uso non esclusivamente personale.

I vigenti commi 2 e 3 dell'articolo 73 riguardano le ipotesi in cui la condotta di cui al comma 1 è posta in essere come abuso dell'autorizzazione conseguita, vale a dire quando non vi sia il rispetto di quelle limitazioni (e prescrizioni) cui le autorizzazioni fanno riferimento.

Il comma 4, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, risulta anch'esso ripristinato nella formulazione anteriore alla Fini-Giovanardi, prevedendo quindi la reclusione da 2 a 6 anni e la multa da 5.164 a 77.468 euro per chiunque realizzi le condotte di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 73 in relazione alle cosiddette droghe leggere, ovvero alle sostanze stupefacenti o psicotrope inserite nelle tabelle II e IV previste dall'articolo 14.

La Camera dei deputati è intervenuta sull'articolo 73 in questione - con il nuovo **comma 24-ter dell'articolo 1** del decreto legge in conversione - in primo luogo riformulando il comma 5 dell'articolo. Tale disposizione - nel testo introdotto dall'[articolo 2 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146](#) - non è stata interessata dall'intervento della Corte costituzionale e prevede

attualmente la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 3.000 a 26.000 euro nei confronti di chiunque commette uno dei fatti previsti dal medesimo articolo 73 quando, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, lo stesso risulti di lieve entità (cosiddetto piccolo spaccio). La Camera, in particolare, ha ulteriormente modificato i ricordati limiti edittali, prevedendo per tutte le condotte di lieve entità la reclusione da 6 mesi a 4 anni e la multa da 1.032 a 10.329 euro. In secondo luogo, la Camera dei deputati è intervenuta proponendo il ripristino del comma 5-*bis* dell'[articolo 73 decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#), caducato a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale. Si tratta della disposizione che consente al giudice - in caso di condanna per un fatto di lieve entità (ai sensi del comma 5), su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero - di applicare al tossicodipendente o all'assuntore di stupefacenti, in luogo della pena detentiva, il lavoro di pubblica utilità. Il corretto svolgimento della misura sostitutiva - non irrogabile per più di due volte - è controllato dall'UEPE (ufficio dell'esecuzione penale esterna) che ne riferisce periodicamente al giudice; il lavoro ha una durata che corrisponde a quella della pena detentiva irrogata e può essere svolto anche in strutture private autorizzate. La violazione degli obblighi relativi alla misura, su richiesta del pubblico ministero, ne comporta la revoca e la sua sostituzione con la detenzione; la decisione del giudice è ricorribile per cassazione. Il reinserimento del comma 5-*bis* consente peraltro l'applicabilità anche del comma 5-*ter* dell'articolo 73, relativo a ulteriori ipotesi di applicazione del lavoro di pubblica utilità. Infatti, il comma 5-*ter*, introdotto dal [decreto-legge n. 78 del 2013](#), non è stato interessato dalla sentenza della Corte ma, facendo rinvio al comma 5-*bis*, in assenza di questa disposizione, resterebbe privo di un essenziale presupposto applicativo.

I commi 6 e 7 dell'articolo 73 non sono stati interessati da alcuna modifica.

La relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione del decreto legge in commento ha rilevato come il ripristino delle vecchie tabelle - conseguente alla citata sentenza [n. 32 del 2014](#) - ha fatto venir meno l'inclusione, tra le sostanze sottoposte a controllo, di tutte le nuove sostanze stupefacenti e delle nuove droghe sintetiche che, invece, sulla base dei periodici aggiornamenti intervenuti a partire dal 2006, erano comprese nelle tabelle introdotte dalla [legge n. 49 del 2006](#)⁶. Il decreto legge in esame provvede, tra l'altro, a reintrodurre nelle vigenti previsioni tabellari le circa 500 sostanze tabellarmente classificate a decorrere dal 27 febbraio 2006, data di pubblicazione della [legge n. 49 del 2006](#) nella Gazzetta

⁶ Si pensi ai cannabinoidi sintetici e alle altre nuove e pericolosissime droghe sintetiche.

*Ufficiale, le quali sono state coinvolte dalla caducazione operata dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale. In proposito, con riferimento alle tematiche concernenti la successione nel tempo delle norme penali, potrebbe rilevarsi che conseguentemente - nel periodo intercorrente fra la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale [n. 32 del 2014](#) e l'entrata in vigore del decreto legge in commento (cioè tra il 5 marzo 2014 e il 21 marzo 2014) - le condotte, relative alle predette sostanze e astrattamente suscettibili di integrare le fattispecie incriminatrici di cui all'[articolo 73 del Decreto del presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#), non risultavano comunque previste da questa disposizione in quanto le sostanze di cui sopra non erano incluse nelle tabelle cui la medesima fa riferimento. Ne deriverebbe che, per le condotte in questione poste in essere durante il predetto periodo, la punibilità delle stesse risulterebbe preclusa in via assoluta dal principio costituzione di irretroattività delle norme penali sfavorevoli. Per le condotte dello stesso tipo poste in essere invece anteriormente al predetto periodo (cioè per i fatti commessi fra l'inclusione delle predette sostanze nelle tabelle e la pubblicazione della citata sentenza della Corte costituzionale), la punibilità appare comunque venuta meno ai sensi dell'articolo 2 del codice penale in quanto esse non costituivano reato secondo una legge posteriore, risultando irrilevante rispetto a tale effetto la reintroduzione nelle tabelle delle previsioni concernenti le sostanze in questione operata con il decreto legge in commento. Tale conclusione parrebbe confermata dalla formulazione dell'**articolo 2** del decreto legge, stabilendo infatti tale previsione che - a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto legge - riprendono a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale [n. 32 del 2014](#), ai sensi del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti. Alla luce di quanto osservato, tale espressione evidenzerebbe che quegli atti amministrativi - fra i quali sono inclusi i decreti ministeriali che, a partire dal 2006, hanno provveduto all'inclusione nelle tabelle delle nuove sostanze stupefacenti - hanno cessato di produrre i loro effetti e, proprio per questo, si prevede che "riprendono" a produrli. Ciò peraltro, in assenza di una disposizione espressa in senso diverso, non potrebbe valere che per l'avvenire⁷.*

Ancora in merito ai profili cui si è sopra accennato, per una considerazione di insieme delle problematiche concernenti la tutela a livello costituzionale del principio di retroattività della cosiddetta lex mitior, si rinvia infine alle

⁷ Ci si limita in questa sede a rilevare che, in assenza di una disposizione derogatoria, non può che valere il principio generale stabilito dall'articolo 11 delle preleggi per cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo. Non ci si sofferma sul diverso problema dell'eventuale ammissibilità di una disposizione, che faccia riprendere efficacia agli atti amministrativi in questione con effetto retroattivo, e dei limiti in cui ciò potrebbe eventualmente avvenire.

indicazioni desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale [n. 236 del 2011](#), anche con riferimento alla ivi richiamata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Camera - con il nuovo **comma 24-quater dell'articolo 1** del decreto legge in conversione - è inoltre intervenuta sull'articolo 75 del citato testo unico, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#), relativo agli illeciti amministrativi connessi alla detenzione di stupefacenti. Tale intervento ha determinato innanzitutto il ripristino delle sanzioni amministrative (e dunque la depenalizzazione) per l'uso personale di sostanze stupefacenti, che era venuto meno per effetto indiretto della sentenza della Corte costituzionale laddove, in particolare, la stessa aveva comportato la soppressione del comma 1-bis dell'articolo 73 del medesimo testo unico. Quest'ultimo comma descriveva, infatti, le ipotesi non riconducibili ad uso personale e veniva utilizzato *a contrario* dall'articolo 75 per determinare l'uso personale. La Camera ha poi introdotto una differenziazione tra uso personale di droghe leggere e uso personale di droghe pesanti per quanto riguarda la durata delle sanzioni amministrative irrogabili (rispettivamente da 2 mesi a un anno per le droghe pesanti e da uno a 3 mesi per la *cannabis*), nonché - riprendendo in larga parte la formulazione del previgente comma 1-bis dell'articolo 73 - una tipizzazione delle circostanze di cui tenere conto per l'accertamento dell'uso personale dello stupefacente o del medicinale.

Articolo 2

(Efficacia degli atti amministrativi adottati ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309)

L'**articolo 2** detta una disposizione transitoria, garantendo che gli atti amministrativi adottati, ai sensi del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#), fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale [n. 32 del 12-25 febbraio 2014](#), vale a dire fino al 5 marzo 2014, riprendono a produrre effetti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge in commento (il testo originario del decreto legge prevede che i predetti atti amministrativi "continuano" a produrre effetti; **la Camera** ha sostituito la parola "continuano" con l'altra "riprendono").

Come già ricordato, infatti, poiché la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* della [legge n. 49 del 2006](#) ha determinato – per espressa affermazione della Consulta – il ritorno all'articolo 73 del [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#) e alle relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate di cui alla citata [legge n. 49 del 2006](#), è venuta di conseguenza a decadere, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, anche parte della disciplina applicativa e attuativa preordinata alla tutela della salute, ovvero, come specificato nella relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione:

- a) 22 decreti ministeriali finalizzati a completare ed aggiornare le tabelle;
- b) l'allegato III-*bis* contenente l'elenco dei medicinali impiegati nella terapia del dolore;
- c) ulteriori sei decreti su: consegna di medicinali per il trattamento delle tossicodipendenze; registrazione con sistemi informatici; detenzione e trasporto di medicinali da parte dei viaggiatori; approvazione dei ricettari per la prescrizione dei medicinali stupefacenti;
- d) 500 decreti autorizzativi rilasciati ai sensi dell'articolo 17 del T.U. (di cui al [decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990](#)), per la produzione, fabbricazione, impiego e commercializzazione delle sostanze stupefacenti;
- e) il decreto del Ministero della salute e del Ministero della giustizia, che individua i limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad uso personale.

Con una modifica approvata nel corso dell'esame **presso la Camera dei deputati** è stato altresì previsto che nei decreti applicativi del [decreto del Presidente della](#)

[Repubblica n. 309 del 1990](#) adottati dall'entrata in vigore della [legge n. 49 del 2006](#), fino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale [n. 32 del 2014](#), ogni richiamo alla tabella II è da intendersi riferito alla Tabella dei medicinali di cui all'allegato A del decreto legge in conversione.

BOZZE

Senato della Repubblica

XVII LEGISLATURA

N. 1400**DISEGNO DI LEGGE**d'iniziativa dei senatori **MANCONI, DE CRISTOFARO e LO GIUDICE**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 20 MARZO 2014

Modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché norme per la rideterminazione della pena inflitta per i reati in materia

ONOREVOLI SENATORI. - La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, nel dichiarare incostituzionale - per abuso del potere di decretazione d'urgenza - la cosiddetta legge Fini-Giovanardi (legge 21 febbraio 2006, n. 49), ha di fatto determinato la «reviviscenza» delle disposizioni del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in vigore prima della conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272. Tale sentenza - che travolge quindi anche l'irragionevole assimilazione, ai fini sanzionatori, delle droghe leggere a quelle pesanti - ha avuto (e continuerà ad avere) un impatto importante sul destino giudiziario di molte persone. Come confermato dal Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Giovanni Tamburino, il numero di detenuti ristretti per il solo articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, alla data del 19 marzo u.s., ammontava a 8.589 definitivi e 4.345 non definitivi, «una considerevole parte del quale è rappresentato da detenuti che scontano la pena per aver ceduto quantitativi di hashish e marijuana», e quindi potenzialmente interessati alla innovazione normativa prodotta dalla decisione della Corte.

Tuttavia, se relativamente ai procedimenti pendenti si potrà applicare la disciplina prevista dal citato testo unico precedentemente all'entrata in vigore della legge Fini-Giovanardi, relativamente alle sentenze già passate in giudicato l'assenza di una specifica disciplina legislativa potrebbe impedire (almeno

secondo un indirizzo interpretativo) la rideeterminazione, *in executivis*, della pena. Ciò comporterebbe ovviamente un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei condannati con sentenza definitiva (in particolare per reati concernenti droghe cosiddette leggere), che si troverebbero a scontare una pena (più grave) in base a norme dichiarate incostituzionali.

Per evitare tale iniquità, il presente disegno di legge, all'articolo 1, autorizza espressamente il giudice dell'esecuzione a rideterminare la pena in base alla disciplina originaria del testo unico.

L'articolo 2 introduce invece alcune modifiche, a regime, della disciplina degli illeciti in materia di stupefacenti risultante dalla declaratoria d'incostituzionalità del decreto-legge n. 272 del 2005.

In particolare, si introduce, in primo luogo, una causa di non punibilità espressa per la coltivazione per uso personale di *cannabis* e la cessione a terzi di piccoli quantitativi destinati al consumo immediato, salvo che il destinatario sia un minore.

In secondo luogo, si riformula la disciplina dei reati di lieve entità (recentemente modificata, appunto, dal decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 precedente alla pronuncia della sentenza della Corte), adeguandola alla ripristinata distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti. Ad evitare iniquità *in executivis* analoghe a quelle determinatesi con la declaratoria di illiceità della legge Fini-Giovanardi, si prevede poi espressamente la rideeterminazione della pena irrogata, per i fatti di lieve entità, in base a quanto previsto dal decreto-legge n. 146 del 2013, in favore della più

mite disciplina introdotta, appunto, dall'articolo 2 di questo disegno di legge.

Infine, l'articolo 3 rimedia a un problema formale risultante dalla censura di costituzionalità. La caducazione della cosiddetta legge Fini-Giovanardi, infatti, ha trascinato con sé la clausola di irrilevanza penale delle condotte connesse all'uso personale di sostanze stupefacenti che, dall'articolo 75 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 era stata trasferita nell'articolo 73 dalla novella del 2006. Cancellata quest'ultima, essa non è

automaticamente trasferita nell'articolo 75, come nella disciplina previgente, con il risultato paradossale che, a una lettura formalistica della normativa, la medesima condotta potrebbe al momento essere soggetta tanto a sanzione penale quanto a sanzione amministrativa. Si propone, quindi, di reinserire formalmente nell'articolo 75 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 la clausola di non punibilità delle condotte connesse all'uso personale di sostanze stupefacenti.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, sono revocate, limitatamente alla pena inflitta, le sentenze di condanna emesse ai sensi dell'articolo 73 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dall'articolo 4-*bis* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, relativamente alle condotte concernenti le sostanze indicate all'articolo 14, comma 1, lettera *a*), numero 6), del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, come sostituito dall'articolo 4-*vicies ter* del citato decreto-legge n. 272 del 2005.

2. Alla revoca di cui al comma 1 del presente articolo provvede, nelle forme previste dall'articolo 673 del codice di procedura penale, il giudice dell'esecuzione, che ridetermina la pena, applicando la dosimetria adottata con la sentenza di condanna.

3. Il giudice può concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue alla rideterminazione della pena.

Art. 2.

1. All'articolo 73 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tos-

sicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, sono apportate le seguenti modifiche:

a) dopo il comma 3 è inserito il seguente:

«3-bis. Non sono punibili la coltivazione per uso personale di *cannabis* indica e la cessione a terzi di piccoli quantitativi destinati al consumo immediato, salvo che il destinatario sia un minore»;

b) il comma 5 è sostituito dal seguente.

«5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da tre mesi a due anni e della multa da 3.000 a 10.000 euro. Se la condotta concerne le sostanze di cui alle tabelle II e IV di cui all'articolo 14, comma 1, si applicano le pene della reclusione da un mese ad un anno e della multa fino a 2.000 euro».

2. Il giudice dell'esecuzione ridetermina, con le modalità previste dall'articolo 1 della presente legge, la pena irrogata ai sensi dell'articolo 73, comma 5, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dal comma 1, lettera b), del presente articolo.

Art. 3.

1. All'articolo 75, comma 1, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre

1990, n. 309 e successive modificazioni,
dopo la parola «Chiunque» sono aggiunte
le seguenti: «per farne uso personale».

Quest'anno abbiamo reso incostituzionale la Fini-Giovanardi, **domani chissà...**

Il tuo aiuto è prezioso:

**5x
1000**

È GRATIS! È sufficiente apporre la propria firma nei modelli di dichiarazione dei redditi, nella casella “sostegno delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, delle associazioni di promozione sociale” e indicare il codice fiscale dell'Associazione.

Il codice fiscale della Società della ragione è:

94159130486

Adesioni & Donazioni

Oppure potete fare una donazione* o aderire a queste sono le coordinate bancarie:

IBAN IT96 P010 1003 2011 0000 0011 737

BIC IBSPITNA

Le quote associative annuali sono:

50 euro socio ordinario | 100 euro socio sostenitore | 500 euro socio benemerito

*Le donazioni effettuate tramite bonifico bancario sono detraibili fiscalmente

La società
della
ragione
onlus

www.societadellaragione.it | info@societadellaragione.it