



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 22/12/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. MARIA CRISTINA SIOTTO
- Dott. MARGHERITA CASSANO
- Dott. ANTONELLA PATRIZIA MAZZEI
- Dott. GIACOMO ROCCHI
- Dott. RAFFAELLO MAGI

- Presidente - SENTENZA N. 3742/2014-
- Consigliere -
- Consigliere - REGISTRO GENERALE N. 32307/2014
- Rel. Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GAMBINO DAVIDE N. IL 26/01/1987

avverso la sentenza n. 454/2014 TRIBUNALE di MILANO, del 15/05/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. GIACOMO ROCCHI;
lette/SENTITE le conclusioni del PG Dott. PADOA SCHIAPPELLI che

ha chiesto l'annullamento, in riforma della sentenza impugnata.

~~Udit i difensori Avv.;~~

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 15 maggio 2014, il Tribunale di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava l'istanza proposta da Davide Gambino - condannato alla pena di anni due e mesi otto di reclusione ed euro 12.000 di multa, per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 per la detenzione di kg. 1,4 di canapa indiana - di rideterminazione della pena inflitta in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014.

Secondo il Giudice, la pronuncia della Corte Costituzionale determinava la reviviscenza della normativa anteriore alla riforma del 2006, con conseguente impossibilità di un intervento in fase esecutiva volto ad incidere sulla pena inflitta con la condanna definitiva: non solo mancava una norma idonea ad attribuire in via generale al Giudice dell'esecuzione l'eccezionale potere di incidere sul giudicato, ma sussistevano ragioni per ritenere che la mancanza di una norma del genere - salvo che per casi eccezionali - sia frutto della volontà del legislatore.

Non soccorrevano allo scopo né l'art. 2 cod. pen., né l'art. 673 cod. proc. pen., norma eccezionale che non lasciava spazio ad interpretazioni estensive o ad applicazioni analogiche; né, infine, il combinato disposto degli artt. 136 della Costituzione e 30 legge 87 del 1953, il quarto comma di quest'ultima norma essendo applicabile solo in caso di declaratoria di illegittimità di una norma incriminatrice, come più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte.

Poiché l'effetto della sentenza della Corte era quello di una successione di leggi nel tempo, l'art. 30 cit. non poteva trovare applicazione se non con un'inammissibile interpretazione analogica.

In definitiva, doveva trovare applicazione la regola generale dell'intangibilità del giudicato, dovendosi considerare eccezionali e tassativi i poteri di intervento sul giudicato da parte del giudice dell'esecuzione.

D'altro canto, l'intervento richiesto avrebbe imposto al Giudice dell'esecuzione una rideterminazione *ex novo* della pena sulla base di nuovi limiti edittali, in pratica duplicando, a processo ormai concluso, il giudizio già operato in fase di cognizione, con il rischio di soluzioni del tutto arbitrarie e discriminatorie nei diversi casi.

Il Giudice esplorava i principi costituzionali e quelli emersi in sede di Corte EDU per dimostrare che il provvedimento richiesto non era permesso.

2. Ricorre per cassazione il difensore di Gambino Davide, deducendo erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione.

La sentenza n. 32 della Corte Costituzionale fa ritenere la normativa

antecedente al 2006 mai validamente abrogata, con conseguente necessità di una sua applicazione. L'ordinanza è contraddittoria quando, dapprima afferma la reviviscenza delle norme abrogate dalla legge dichiarata illegittima e successivamente nega che, mantenendo fermo il giudicato, si darebbe applicazione ad una norma da considerarsi *tamquam non esset*.

Il ricorrente contesta i due passaggi centrali dell'ordinanza: quelli in cui si nega la possibilità di rimodulare la pena inflitta con sentenza passata in giudicato e quella secondo cui non esiste un potere del genere del Giudice dell'esecuzione. Al contrario, tale possibilità si deduce dagli artt. 673 cod. proc. pen. e 30 comma 4 legge 87 del 1953, cui deve essere data un'interpretazione costituzionalmente orientata e il potere del giudice dell'esecuzione di intervenire si deduce dall'art. 671 cod. proc. pen..

Il ricorrente richiama la giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte, che supera l'artificioso argomento formalistico che contrappone l'applicazione della pena al mero dispiegarsi dell'efficacia della norma in costanza dell'esecuzione della pena.

In caso di mancato accoglimento del ricorso, il ricorrente chiede sollevarsi questione di legittimità costituzionale della norma.

Il ricorrente conclude per l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

3. Il Procuratore Generale, nella requisitoria scritta, conclude per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, per le ragioni e con le precisazioni che seguono.

Sul tema del ricorso - oggetto di disputa teorica e di contrastanti orientamenti giurisprudenziali - sono di recente intervenute le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n. 42858 del 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) ric. Gatto.

L'opzione interpretativa seguita in detto arresto - cui si presta adesione - ritiene superabile il limite del giudicato anche nei casi in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi una norma incidente sul trattamento sanzionatorio, senza coinvolgere la rilevanza penale del fatto.

La motivazione si incentra - essenzialmente - sulla diversità ontologica tra una pronuncia di incostituzionalità e un 'ordinario' intervento legislativo basato, il secondo, sulla rivalutazione - in rapporto al decorso del tempo e a mutate sensibilità sociali, storiche o culturali - del contenuto di norme penali.

La pronuncia di incostituzionalità, invece, inficia sin dall'origine la disposizione impugnata e pertanto non è in alcun modo omologabile alla vicenda



della successione di leggi nel tempo: la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento giuridico e ciò impone e giustifica l'efficacia «retroattiva» della pronuncia di incostituzionalità sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi.

Da ciò deriva che «tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure in parte, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati».

La norma regolatrice viene individuata, per l'appunto, nella previsione dell'art. 30 comma 4 legge n. 87 del 1953 (*"quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"*), il cui ambito applicativo non si limita ad imporre la retroattività delle decisioni aventi ad oggetto la rilevanza penale del fatto ma si estende al caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale diversa ed 'incidente' sulla determinazione della pena.

Pertanto, la formazione del giudicato e il mancato riferimento, nell'art. 673 cod. proc. pen., all'ipotesi di declaratoria di incostituzionalità di norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio non ostano alla estensione in sede esecutiva degli effetti di pronunzie di questo tipo.

Il limite per la rilevanza della pronuncia di incostituzionalità rispetto al giudicato è così individuato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite: *"... l'aspetto decisivo, che segna invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché il citato art. 30 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili perché già consumati, come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena...; l'esecuzione della pena implica infatti l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può dirsi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e dunque possono e devono essere rimossi."* In effetti, *"il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile"*.

Il giudice dell'esecuzione deve, quindi, verificare la rilevanza della pronuncia

di illegittimità costituzionale nel caso concreto, non potendo intervenire sul titolo esecutivo se l'effetto della norma dichiarata incostituzionale sia esaurito per aver già dato luogo alla esecuzione integrale della pena.

La sentenza delle Sezioni Unite verteva sulla valutazione degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2012, che aveva dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata.

La Corte ha affermato che, se il mancato esito del giudizio di comparazione nel senso della prevalenza sia dipeso dal divieto di legge rimosso (art. 69 comma 4 cod. pen.) l'esecuzione della pena deve ritenersi illegittima sia sotto il profilo oggettivo, in quanto derivante dall'applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata incostituzionale dopo la sentenza irrevocabile, sia sotto il profilo soggettivo, in quanto, almeno per una parte, non potrà essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato imposta dalla previsione dell'art. 27, comma 3, Cost.. Infatti, l'illegittimità della pena costituisce un ostacolo al perseguimento di tali obiettivi rieducativi, perché sarà avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata non già determinata dal giudice nell'esercizio dei suoi ordinari e legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione.

Quanto ai poteri del giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite hanno evidenziato due aspetti di particolare rilievo:

- il limite del «fatto accertato» nella pronuncia di cognizione non può essere superato, nel senso che - in rapporto al tema oggetto della decisione - il giudice della esecuzione potrà pervenire al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante (prima inibito) sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito (indipendenti dalla esistenza, allora, del divieto di legge e valorizzate come tali);

- il potere di verifica della legittimità del trattamento sanzionatorio va esteso agli ulteriori accadimenti *medio tempore* incidenti sulle norme applicate, all'epoca, dal giudice della cognizione (vi è riferimento espresso alle ricadute della decisione n. 32 del 2014 sui contenuti della legge n. 49 del 2006, di conversione del d.l. n. 272 del 2005).

Sulla scorta di questa ricostruzione sistematica, le Sezioni unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

«successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la



rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione»;

«per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2012 ... il giudice dell'esecuzione potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile».

2. La decisione del Tribunale di Milano deve, quindi, essere annullata in base ai principi fin qui enunciati.

Il giudice dell'esecuzione, in particolare, è tenuto a compiere le seguenti valutazioni:

a) verifica dell'incidenza concreta della decisione irrevocabile, all'atto della domanda, sulla libertà personale per essere in effettiva esecuzione la pena derivante - anche in parte - da norma di diritto sostanziale dichiarata incostituzionale;

b) in caso positivo, ricostruzione del contenuto della decisione irrevocabile nel senso della 'concreta incidenza' sul trattamento sanzionatorio determinato in sede di cognizione della specifica norma (in questo caso l'art. 73 d.P.R. 309 del 1990) dichiarata incostituzionale, con conseguente rideterminazione del trattamento sanzionatorio, tenendo conto della compiuta ricostruzione del fatto da parte del giudice della cognizione nonché delle *norme applicabili* al momento della decisione in punto di commisurazione della sanzione.

Come è noto, la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 ha dichiarato illegittima la novellazione all'originario testo dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 apportata con d. l. n. 272 del 30 dicembre 2005 (artt. 4-bis e 4-vicies ter) convertito in legge n. 49 del 21 febbraio 2006.

L'effetto della pronuncia di incostituzionalità è stato quello di «riespandere» la previgente disciplina incriminatrice e le correlate diverse sanzioni per i fatti commessi dal 28 febbraio 2006 al 6 marzo 2014 (fermo restando che per l'ipotesi di fatto di lieve entità - che, nel caso di specie, non ricorre - il limite temporale finale va anticipato al 23 dicembre 2013, essendo il giorno seguente entrata in vigore diversa e autonoma disciplina normativa introdotta dal decreto legge n. 146 del 2013).

Pertanto, se il soggetto destinatario della esecuzione è stato condannato per fatto rientrante in detto intervallo temporale, sono applicabili i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite prima ricordata, trattandosi di pronuncia che riguarda la legittimità del trattamento sanzionatorio vigente all'epoca della decisione del giudice della cognizione. In particolare, risulta in ogni caso

"illegale" il trattamento sanzionatorio delle condotte illecite concernenti le droghe cd. 'leggere' (ossia le sostanze rientranti nelle tabelle II e IV allegate al d.P.R. del 1990), atteso che, in relazione a tali sostanze, l'intervento normativo dichiarato illegittimo aveva comportato (a differenza di quanto previsto per le altre sostanze) un massiccio incremento dei limiti edittali della sanzione detentiva: il minimo edittale della condotta ordinaria era stato innalzato da 2 a 6 anni di reclusione, quello della condotta attenuata da sei mesi a un anno di reclusione; il massimo edittale era stato innalzato da 6 a 20 anni di reclusione nell'ipotesi ordinaria e da 4 a 6 anni di reclusione per l'ipotesi attenuata.

Ora, posto che l'operazione di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen. - commisurazione della pena - è frutto di una scelta che il giudice della cognizione compie, con discrezionalità guidata, in un ambito legislativamente definito tra il minimo e il massimo edittale, il profondo mutamento di «cornice» derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria - in ipotesi di condanna per 'droghe leggere' - una rivalutazione piena di tale aspetto in sede esecutiva, che il giudice dell'esecuzione deve compiere tenendo conto del «fatto», così come accertato da quello della cognizione, ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice - in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale - trattandosi di scelte operate in un quadro normativo alterato dal criterio legislativo (legge del 2006) teso a «parificare» il disvalore di condotte tra loro diverse (in rapporto alla tipologia di sostanze oggetto delle condotte).

In altre parole, che se da un lato risulta doverosa ed obbligatoria, alla luce di quanto sopra, la rideterminazione in sede esecutiva della pena inflitta in rapporto ad una squilibrata (e costituzionalmente illegittima) cornice edittale, dall'altro non può escludersi che - con valutazione in concreto e rispettosa del «fatto accertato» - il giudice dell'esecuzione possa rivalutarne la valenza in rapporto ai «nuovi» e profondamente diversi parametri edittali, ovviamente dando conto (*ex artt. 132 e 133 cod. pen.*) delle modalità di esercizio del potere commisurativo e tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio (tra cui quello per cui non può essere aumentata l'afflittività della pena stabilita nella sentenza di condanna).

Va precisato, inoltre che la decisione emessa dal giudice della esecuzione, in ipotesi di accoglimento dell'istanza e rideterminazione del trattamento sanzionatorio, assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo (la precedente decisione irrevocabile) *solo in tale parte* non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva (peraltro anch'essa ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 666



comma 6 cod. proc. pen.) secondo uno schema procedimentale non estraneo al procedimento di esecuzione (si pensi a quanto previsto e regolamentato dall'art. 671 cod. proc. pen., norma che - a diverso fine - consente la modifica in esecuzione dell'entità del trattamento sanzionatorio correlato a decisioni parimenti irrevocabili circa l'an della responsabilità).

Non si tratta, pertanto, di una revoca del precedente titolo (non versandosi in ipotesi applicativa dell'art. 673 cod. proc. pen.) ma di una sua parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge.

L'ordinanza impugnata va pertanto annullata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Milano.

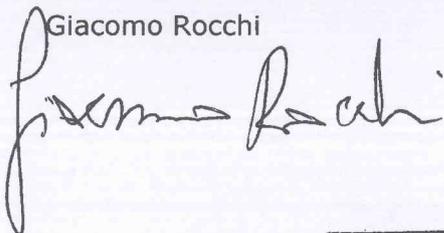
P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Milano.

Così deciso il 22 dicembre 2014

Il Consigliere estensore

Giacomo Rocchi



Il Presidente

Maria Cristina Siotto

