



**TRIBUNALE DI TORINO  
SEZIONE TERZA PENALE**

**ORDINANZA  
(ai sensi degli artt. 673 c.p.p.)**

Il Giudice Roberto Arata

Visto l'incidente di esecuzione promosso personalmente da **TIZIO**,

- alla **revoca della sentenza del Tribunale di Torino** emessa in data 28.11.2012, irrevocabile il 12.3.2014, nei suoi confronti **in relazione al reato di cui all'art.73, comma 5, DPR 309/90** commesso a Torino il 26.11.2012
- alla conseguente eliminazione e rideterminazione della pena di anni 1 di reclusione ed euro 2.000,00 di multa inflitta in relazione a quel reato,

Premesso che a **TIZIO**, con la summenzionata sentenza, era stata applicata ex art. 558, 444 c.p.p., su sua richiesta e col consenso del PM, la pena di **anni 1 di reclusione e 2.000 euro di multa** in relazione al delitto di cui all'art. 73 comma 5 D.P.R. 9.10.1990 n.309 commesso il 26.11.2012 per la **detenzione a fini di spaccio di gr.18,67 di hashish e gr.10 di marijuana;**

che, in particolare, alla pena finale di anni 1 di reclusione e 2.000 euro di multa le parti erano pervenute, previo riconoscimento della diminuzione di cui all'art.73 comma 5 DPR 309/90 giudicata prevalente sulla recidiva reiterata ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale 5-15 novembre 2012 n.251, muovendo dalla pena base, con riferimento al reato di cui all'art.73 comma 5 dpr 309/1990, di anni 1 e mesi 6 di reclusione e Euro 3.000,00 di multa, ridotta come sopra in virtù della scelta del rito alternativo.

Ricordato altresì che

- **TIZIO**, personalmente, ha promosso l'incidente di esecuzione, chiedendo la rideterminazione della pena applicata con la sopramenzionata sentenza alla luce della sentenza n.32/2014 della Corte Costituzionale e della legge 16.5.2014 n.79, senza peraltro presentare una sostitutiva richiesta di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. e 188 disp att cpp;
- il PM ha comunque formulato un parere contrario a detta rideterminazione, atteso che la pena base concordata rientra nella cornice edittale sia del nuovo che del precedente testo normativo e soprattutto appare congrua all'attività criminosa svolta
- all'udienza, cui il detenuto non ha partecipato, il suo difensore ha insistito per l'accoglimento dell'istanza mentre il PM ha rinnovato il proprio parer contrario

Ritenuto che la competenza in ordine all'incidente di esecuzione appartiene a questo Giudice ai sensi dell'art. 665 c.p.p.;

**OSSERVA**

La Corte costituzionale, con la sentenza del 12.2.2014 n.32 (pubblicata il 5.3.2014), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del decreto legge 30.12.2005 n.272, convertito nella legge 21.2.2006 n.49 (la cd. legge *Fini-Giovanardi*), ripristinando così l'originario testo dell'art.73 DPR 309/90 nella versione cd. *Iervolino-Vassalli*, (testualmente: "... *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 . . .*"), in parte poi ulteriormente modificato dal D.L. n.36/2014, convertito in legge n.79/2014 (modifiche, però, ininfluenti con riferimento ai fatti non di lieve entità relativi alle droghe cd. "leggere").

Viene, dunque, a cadere ex tunc la legge n.49/2006 che aveva sostituito i commi 1, 4 e 5 dell'art.73, equiparando le sanzioni previste per le condotte relative alle "droghe" cd "leggere" e "pesanti" ed, in particolare, elevando la cornice edittale,

- per i fatti di non lieve entità relativi alle droghe cd. “leggere”, dalla forbice compresa tra 2 e 6 anni di reclusione e tra 5.164 a 77468 euro di multa a quella compresa tra 6 e 20 anni di reclusione e tra 26.000 e 260.000 euro di multa,
- per i fatti di lieve entità relativi alle droghe cd. “leggere”, dalla forbice compresa tra 6 mesi e 4 anni di reclusione e tra 1.032 e 10.329 euro di multa a quella compresa tra 1 e 6 anni di reclusione e tra 3.000 e 26.000 euro di multa (si ricorda che questi ultimi limiti edittali, oggi incostituzionali, avevano comunque cessato di operare a partire dal 24.12.2013, data in cui è entrato in vigore il D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014, che ha rimodellato il comma 5 dell’art.73; come si specificherà meglio tra breve, proprio per tale ragione la versione dell’art. 73 comma 5 introdotta dal D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014, non è stata intaccata dalla summenzionata pronuncia della Corte Costituzionale n.32/2014, mantenendo vigenza fino al nuovo testo introdotto dal DL 36/2014 convertito in legge n.79/2014, in vigore dal 21.5.2014).

Appare utile, in via preliminare, riportare, di seguito, un riepilogo delle principali modifiche legislative o conseguenti a interventi della Corte Costituzione che hanno inciso, direttamente o indirettamente, sul trattamento sanzionatorio dei fatti di lieve entità di cui all’art. 73 comma 5 DPR 309/90 relativi alle droghe cd. “leggere”:

- l’art.73 comma 5 del DPR 309/90 nel testo originario (*versione cd. Iervolino-Vassalli*), vigente fino al 27.2.2006, considerava l’ipotesi di cui al comma 5 una circostanza ad effetto speciale e contemplava, per le droghe cd leggere, una cornice edittale compresa tra 6 mesi e 4 anni di reclusione e tra 1.032 e 10.329 euro di multa
- il decreto legge 30.12.2005 n.272, convertito nella legge 21.2.2006 n.49 (la cd. legge *Fini-Giovanardi*), in vigore dal 28.2.2006, ha confermato la natura circostanziale dell’ipotesi di lieve entità di cui al comma 5 dell’art. 73 DPR 309/90 e ne ha elevato la cornice edittale prevedendo una forbice tra 1 e 6 anni di reclusione e tra 3.000 e 26.000 euro di multa;
- una notevole incidenza pratica sul trattamento sanzionatorio dei fatti di lieve entità di cui all’art. 73 comma 5 DPR 309/90 nel caso di imputati recidivi ha avuto la sentenza del 5-15.11.2012 n.251 con cui la Corte Costituzionale ha annullato la disposizione che prevedeva un vincolo al bilanciamento ex art. 69 c.p. tra la recidiva reiterata e l’attenuante di cui all’art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990, che impediva una valutazione in termini di prevalenza dell’attenuante suddetta;
- il decreto legge n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014, in vigore dal 24.12.2013, oltre ad abbassare parzialmente il limite edittale massimo della reclusione da 6 a 5 anni, ha rimodellato il comma 5 dell’art.73 trasformandolo da elemento circostanziale a fattispecie autonoma;
- il decreto legge n.36/2014, convertito in legge n.79/2014, in vigore dal 21.5.2014, ha confermato la natura di fattispecie autonoma dell’ipotesi di lieve entità di cui al comma 5 dell’art. 73 DPR 309/90 e ne ha abbassato ulteriormente la cornice edittale prevedendo una forbice compresa tra 6 mesi e 4 anni di reclusione e tra 1.032 e 10.329 euro di multa.

La successione di norme appena esposta rende evidente quello che si accennava in precedenza, e cioè che la sentenza della Corte Costituzionale n.32/2014, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del decreto legge 30.12.2005 n.272, convertito nella legge 21.2.2006 n.49 (la cd. legge *Fini-Giovanardi*), non incide sulla versione dell’art. 73 comma 5 introdotta dal D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014, che è dunque rimasta vigente fino al 21.5.2014, data di entrata in vigore dell’ultima modifica (cioè quella introdotta dal DL 36/2014 convertito in legge n.79/2014).

Questo significa che tale sentenza non incide in relazione ai fatti commessi fino al 24.12.2013, cioè quelli commessi sotto la vigenza dell’art. 73 comma 5 introdotta dal D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014.

Viceversa la citata sentenza n.32/2014 incide sui fatti commessi prima del 24.12.2013, anche se giudicati con sentenza divenuta irrevocabile dopo tale data ma prima del 21.5.2014

Infatti, fino al 24.12.2013 vige l’art.73 comma 5 del DPR 309/90 nella versione introdotta dalla legge “*Fini-Giovanardi*” e la citata sentenza, dichiarando l’illegittimità costituzionale del decreto

legge 30.12.2005 n.272, convertito nella legge 21.2.2006 n.49 (la cd. legge *Fini-Giovanardi*), ha fatto potenzialmente rivivere l'art.73 comma 5 del DPR 309/90 nel testo originario (*versione cd. Jervolino-Vassalli*) per tutti i fatti commessi fino a quella data, anche se giudicati dopo (eventualmente con applicazione della normativa successiva perché giudicata nel caso concreto più favorevole)

Tuttavia la citata sentenza non opera più in relazione ai fatti commessi prima del 24.12.2013 ma giudicati con sentenza divenuta irrevocabile dopo il 21.5.2014, in quanto, in quella data è entrato in vigore il decreto legge n.36/2014, convertito in legge n.79/2014, che ha introdotto il testo attualmente vigente dell'art. 73 comma 5 DPR 309/90, che, qualunque orientamento si segua in merito al criterio di individuazione della disciplina più favorevole in materia di successione nel tempo di leggi penali<sup>1</sup>, deve ritenersi comunque più favorevole e, dunque, sempre applicabile nel corso del giudizio di merito e fino all'irrevocabilità della sentenza, atteso che prevede una pena detentiva inferiore nel massimo e nel minimo edittale e che introduce una fattispecie autonoma e non una circostanza possibile oggetto di bilanciamento.

Viceversa, per i fatti commessi prima del 24.12.2013, sempre che giudicati con sentenza divenuta irrevocabile prima del 21.5.2014<sup>2</sup>, il giudice dell'esecuzione sarà chiamato a verificare caso per caso la disciplina più favorevole in concreto tra l'art.73 comma 5 nella versione Russo-Jervolino e l'art.73 comma 5 D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014 (si ricorda che nel testo *Russo Jervolino* l'ipotesi del comma 5 era punita meno gravemente ma era considerata elemento circostanziale, mentre nel testo introdotto dal D.L n.146/2013, poi convertito nella legge n.10/2014, era sanzionata con una cornice di pena più elevata ma considerata fattispecie autonoma).

---

<sup>1</sup> Secondo un primo orientamento, per determinare la disciplina più favorevole, si dovrebbe seguire il criterio dell'entità della pena valutata in astratto, e, dunque, guardare alla pena edittale nel massimo e, a parità, nel minimo: tale tesi sembra trovare conforto in decisioni della Suprema Corte, come, ad esempio, quella in cui si è affermato il principio secondo cui *“in tema di successione della legge nel tempo, qualora la normativa posteriore trasformi la previsione della sola pena detentiva in quella di pena alternativa, quest'ultima deve ritenersi comunque più favorevole anche se accompagnata dalla previsione di una pena accessoria non presente nella fattispecie incriminatrice sostituita, in quanto la pena detentiva, ancorché in astratto soggetta a sostituzione, conserva maggiore carattere afflittivo”* (così Cass. Sez. III n. 34394 del 2001 in una fattispecie relativa alla violazione dell'art.5, lett.E della legge 30 aprile 1962, n.283, come sostituito dal decreto legislativo 30 dicembre 1999, n.507, che aveva introdotto l'art.12 bis contenente la pena accessoria della chiusura dell'esercizio commerciale). In altri termini, non hanno alcuna rilevanza l'introduzione di una pena accessoria anche gravosa o la possibilità di convertire la pena detentiva in pecuniaria, dovendosi solo guardare alla cornice edittale.

Esiste, però, un secondo orientamento che muove dalla constatazione dell'esistenza di un principio in materia di successione nel tempo di leggi penali, più volte affermato dalla S.C., secondo cui *“una volta individuata la disposizione complessivamente più favorevole, il giudice deve applicare questa nella sua integralità, senza poter combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell'altra legge secondo il criterio del favor rei, perché in tal modo verrebbe ad applicare una terza fattispecie di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando così il principio di legalità”* (Cass. Sez. IV, 4.6.2004-17.09.2004 n. 36757 rv. 229687). Proprio tale principio implica necessariamente che, nell'individuare la legge più favorevole, sia pure in astratto, si debbano comparare gli assetti sanzionatori dettati dalle normative succedutesi nel tempo nel loro complesso, nel senso che occorre valutare, tutte insieme, le varie disposizioni che determinano l'assetto sanzionatorio, anche tenendo conto di variabili che in qualche modo sono legate alla specificità del caso concreto (d'altra parte la S.C. ha ripetutamente affermato, anche nella già citata Cass. Sez. IV, n. 33397, 14/07/2008-12/08/2008, rv. 240966, che *“per individuare la norma più favorevole in caso di successione di leggi penali nel tempo, occorre comunque valutare le complessive modifiche della norma”*). Così operando, si perviene alla conclusione che occorre valutare nel caso concreto, oltre alla sanzione edittale, anche gli effetti connessi alla natura autonoma o circostanziale della fattispecie introdotta dal comma 5 dell'art. 73 DPR e, cioè, quanto tale profilo incide sul trattamento sanzionatorio, rendendolo in concreto più o meno grave rispetto alla disciplina previgente.

<sup>2</sup> In realtà, ove la sentenza in questione sia divenuta irrevocabile dopo il 5.3.2014 (data di pubblicazione della sentenza della corte Costituzionale n.32/2014), è pacifico che detta sentenza n.32/14 vada applicata a quel caso ma è assai dubbio che il giudice dell'esecuzione possa intervenire, atteso che la cassazione, intervento quando la sentenza 32/14 era già stata pubblicata, avrebbe potuto tenerne conto per individuare la norma più favorevole ed eventualmente annullare la sentenza oggetto di ricorso con rinvio.

Tornando al caso di specie, l'istante, in relazione ad un fatto di lieve entità del 26.11.2012, aveva chiesto ed ottenuto l'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., con sentenza emessa il 28.11.2012 e divenuta irrevocabile il 12.3.2014: posto che il fatto era commesso sotto la vigenza della legge n.49/2006 e giudicato dopo la pubblicazione della sentenza del 5-15.11.2012 n.251 della Corte Costituzionale (con conseguente possibilità, applicata nel caso concreto, di ritenere l'attenuante di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 prevalente sulla recidiva ex art. 99 comma 4 c.p.): ne deriva che il giudice si era mosso nell'ambito di una cornice edittale che andava da un minimo 1 anni di reclusione e di euro 3.000 di multa ad un massimo di 6 anni di reclusione e 26.000 euro di multa, mentre, per effetto della pronuncia di incostituzionalità, avrebbe dovuto applicare una pena compresa tra un minimo di 6 mesi di reclusione e 1.032 euro di multa ed un massimo di 4 anni di reclusione e 10.329 euro di multa<sup>3</sup>.

A fronte della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata nel caso concreto e della riviviscenza della legge cd. "*Iervolino-Napolitano*", dunque, si pone il problema delle ripercussioni in sede esecutiva sul trattamento sanzionatorio<sup>4</sup>, e cioè della legittimità di dare esecuzione ad una pena "incostituzionale", perché fondata su una norma illegittima in punto sanzione, e della conseguente possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena "incostituzionale" inflitta al condannato in base alla cd. legge *Fini-Giovanardi*, per riportarla nell'alveo del previgente art.73 comma 5 DPR 309/1990.

\*\*

**Il tradizionale orientamento, che non consentiva interventi sul trattamento sanzionatorio in sede esecutiva** (anche in considerazione di quanto previsto dall'art.2 c.p. in materia di successione delle leggi nel tempo), **deve ritenersi ormai pacificamente superato grazie alle ultime pronunce della Corte Costituzionale e della S.C.**

Vanno, in proposito, ricordati gli interventi in materia di annullamento dell'aggravante della clandestinità (Corte Cost. n.249/2010) e di annullamento della disposizione che prevedeva un vincolo al bilanciamento tra la recidiva reiterata ed alcune circostanze attenuanti, quali quella di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990 (quando non era ancora fattispecie autonoma), quella ex art. 648 cpv. c.p. e quella ex art. 609 bis ultimo comma (C.cost. n.251 del 2012 e 105-106 del 2013). Va soprattutto ricordato che, più di recente, la Corte costituzionale nella sentenza n.210 del 2013, trattando un caso analogo (declaratoria di illegittimità costituzionale di un determinato trattamento sanzionatorio), ha espresso concetti che consentono, in via interpretativa, di colmare quello che, altrimenti, risulterebbe uno spazio vuoto di tutela, con un'interpretazione capace di assicurare un corretto bilanciamento di interessi tra la tutela della stabilità delle decisioni giudiziarie e i diritti di libertà di una persona, chiamati in gioco dal fatto che non è costituzionalmente tollerabile che questa scontasse una pena più grave in forza di una legge dichiarata incostituzionale.

---

<sup>3</sup> Prima del più volte citato intervento della corte costituzionale, in un caso come quello in esame, il giudice (di merito e di legittimità, doveva individuare la legge più favorevole scegliendo tra il testo dell'art. 73 comma 5 DPR 309/90 nella versione "Fini-Giovanardi" e quello introdotto dal cd. decreto "svuota carceri" del 2013. E' interessante evidenziare che, in un caso come questo, più favorevole era il testo della versione "Fini-Giovanardi" (che pure prevedeva una pena nel massimo più elevata, 6 anni anziché 5), perché era stato effettuato il bilanciamento tra l'attenuante del comma 5 dell'art.73 DPR 309/90 e la recidiva reiterata specifica in termini di prevalenza dell'attenuante, con la conseguenza che, se si fosse applicato il testo nella versione introdotta dal decreto cd. "svuota carceri" (che considerava l'ipotesi di cui al comma 5 fattispecie autonoma), si sarebbe pervenuti ad un trattamento in concreto più sfavorevole, in quanto alla pena inflitta in relazione all'ipotesi di cui al comma 5 si sarebbe dovuto aggiungere l'aumento per la recidiva.

<sup>4</sup> Tale soluzione, evidentemente, implica il superamento dei dubbi esposti nella nota 2, in quanto, in caso contrario, l'incidente di esecuzione dovrebbe essere respinto per la ragione ivi indicata, e, cioè, perché la Cassazione, quando si è pronunciata dichiarando inammissibile il ricorso e rendendo così la sentenza di patteggiamento irrevocabile, avrebbe in realtà già potuto e dovuto annullarla per rimettere al giudice di merito la questione dell'individuazione della legge più favorevole dopo e per effetto della pubblicazione della sentenza 32/2014. Tale soluzione, però, fa ricadere sul condannato le conseguenze di un mancato intervento della S.C. quasi impossibile da compiere alla luce del breve tempo trascorso dalla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale e della complessità delle questioni.

In particolare, a proposito del rapporto tra portata del giudicato ed esecuzione di una pena rivelatasi illegittima successivamente al giudicato stesso, la Consulta ha concluso per la non implausibilità della tesi per cui *“in base all’art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l’illegittimità convenzionale”*; quanto, poi, all’individuazione dello strumento processuale da attivare e dell’autorità competente ad intervenire, la stessa Consulta si affida al giudice dell’esecuzione, affermando espressamente che *“per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell’esecuzione ..., 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 c.p.p.)”*.

Tali conclusioni sono state riprese e sviluppate dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n.18821 del 24.10.2013.

Secondo la corte, l’incidente di esecuzione disciplinato dall’art.670 c.p.p., al di là del dato letterale, deve essere inteso come un mezzo idoneo a far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività ma anche alla eseguibilità e alla concreta attuazione del titolo. (testualmente: *“...il genus doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art.666 c.p.p. è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, aldilà delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l’esigenza di garantire la permanente conformità alla legge del fenomeno esecutivo..”*).

Quanto allo specifico strumento normativo invocabile, la questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna della parte concernente la specie e l’entità della sanzione irrogata, perché colpita da sopravvenuta declaratoria di legittimità costituzionale, deve essere risolta facendo leva non sull’art. 673 c.p.p. ma sull’art. 30 legge 11 marzo 1953, n.87 commi 3 (*“Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”*) e 4 (*“Quando in applicazione delle norme dichiarate illegittime è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali”*). L’art. 673 c.p.p., infatti, prende espressamente in considerazione i fenomeni della depenalizzazione e dell’incostituzionalità totale di una fattispecie penale ma non legittima un intervento del giudice dell’esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all’aspetto sanzionatorio riferibile ad una fattispecie dichiarata illegittima solo in punto pena.

Viceversa, proprio grazie al generico riferimento letterale a *“la norma dichiarata incostituzionale”* (che evoca qualsiasi tipologia di norma penale, comprese quelle che incidono sul quantum sanzionatorio), rientra, secondo le parole testuali della corte, *“nella ratio dell’art.30 comma 4 della legge n.87/1953 impedire che anche una sanzione penale, seppure inflitta con sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale: la conformità alle leggi della pena, ed in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione”* (ancora testualmente le SU: *l’art. 673 c.p.p. non esclude che, in sede di esecuzione, possano venire in rilievo situazioni diverse, che, sebbene in esso non considerate, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica: si pensi ... ai casi in cui deve applicarsi il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l’incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, declaratoria che ha forza invalidante ex tunc, la cui portata, già implicita nell’art. 136 Cost. è resa esplicita dall’art. 30 legge n. 87 del 1953. In particolare, il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all’intangibilità del giudicato. È sull’art. 30 della legge n. 87 del 1953 che, ai fini che qui interessano, deve farsi leva, disponendo tale norma di un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell’art. 673 c.p.p.*).

E’, dunque, evidente l’erroneità della tesi che voleva il citato art.30 abrogato a seguito dell’entrata in vigore dell’art.673 c.p.p., atteso che la prima norma conserva un margine di operatività non assorbito in quella codicistica.

In termini pratici, ne deriva che l'effetto che viene prodotto in sede esecutiva non è la revoca (parziale) della sentenza di condanna ma la ineseguibilità della pena inflitta e la sua sostituzione con una convenzionalmente e costituzionalmente legittima.

La possibilità di intervenire sui giudicati appare, infine, evidente alla luce della sentenza delle Sezioni Unite, nel procedimento Gatto, resa all'udienza del 29.5.2014. Come noto, in quella decisione le Sezioni unite, investite del problema delle conseguenze in sede esecutiva determinate da Corte Cost. n.251/2012, hanno affermato che *“il giudice della esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza tenere conto di successive modifiche legislative”* e ciò *“vincendo la preclusione del giudicato”*.

In conclusione, l'evoluzione giurisprudenziale, fino ad ora riassunta, induce a ritenere ormai acquisito il principio generale dell'ammissibilità, ai sensi dell'art. 30 legge 11 marzo 1953, n.87, di interventi del giudice dell'esecuzione su una sentenza irrevocabile nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata, perché colpita da declaratoria di legittimità costituzionale sopravvenuta al giudicato, con conseguente potere/dovere di rideterminazione della pena.

\*\*\*

In questo quadro generale va collocato il caso di specie, che, però, presenta due peculiarità che impongono un'ulteriore riflessione generale (si tratta di questioni già affrontate negli stessi termini nell'ordinanza del Tribunale di Torino del 16.9.2014, che si riporta testualmente, prima del recentissimo intervento delle S.U. della Cassazione del 26.2.2015).

Infatti, esaminando nel merito l'incidente di esecuzione promosso da TIZIO, emerge,

- in primo luogo, che la pena inflitta dalla sentenza oggetto di incidente non è, a stretto rigore, divenuta di per sé “illegale” per effetto della declaratoria di incostituzionalità, nel senso che l'accordo delle parti, ratificato dal Tribunale nella sentenza del 28.11.2012, irrevocabile il 12.3.2014 muove da una pena base, con riferimento al reato di cui all'art.73 comma 5 dpr 309/1990, di anni 1 e mesi 6 di reclusione e Euro 3.000,00 di multa, cioè da una pena che risulta compresa nella cornice edittale dell'art. 73 comma 5 DPR 309/90 sia nella versione Fini-Giovanardi (1 e 6 anni di reclusione e tra 3.000 e 26.000 euro di multa) sia nella versione Iervolino-Vassalli (6 mesi e 4 anni di reclusione e 1.032 e 10.329 euro di multa);
- in secondo luogo, che nel giudizio di cognizione la pena fu determinata su concorde richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.

Quanto al primo profilo, si potrebbe in astratto sostenere la tesi, secondo cui il giudice dell'esecuzione ha soltanto il potere di escludere la pena esorbitante rispetto alla cornice edittale vigente dopo la dichiarazione di incostituzionalità e, di conseguenza, non ha, di fatto, il potere di intervenire in casi, come quello in esame, in cui la pena-base era stata stabilita in concreto in una misura rientrante in tale cornice.

Accogliere tale tesi, però, significherebbe livellare in modo uguale il trattamento sanzionatorio per tutti i responsabili di fatti di non lieve entità oggetto di sentenze divenute irrevocabili sotto la vigenza della cd. legge *Fini-Giovanardi* prima della pronuncia della Corte Cost n.32/2014, nel senso che tutte le pene "incostituzionali", in quanto superiori a sei anni di reclusione, sarebbero automaticamente “abbassate” a sei anni: ciò violerebbe il principio di proporzionalità della pena, portando all'inflizione di sanzioni che, per la loro uniformità pur in presenza di fatti diversi, non risponderebbero alle finalità indicate dall'art. 27 Cost.

Sul piano concettuale, poi, va considerato che, se il legislatore del 2006, aumentando esponenzialmente la pena minima per i delitti concernenti le cd. droghe leggere, aveva inteso rendere manifesta una valutazione diversa del disvalore penale del fatto rispetto alla legge precedente, parallelamente la Corte costituzionale, eliminando tale riforma e facendo rivivere la versione *Iervolino-Vassalli*, ha di fatto riaffermato l'originaria, più mite, considerazione del disvalore delle condotte oggetto di incriminazione: ciò implica che al giudice dell'esecuzione spetta, non semplicemente cancellare il frammento di pena non più legale, ma riportare la sanzione, nella

sua interezza, nell'alveo edittale di cui all'art. 73, comma 4, DPR 309/90 e ricalcolarla in modo da mantenere proporzionalità ed adeguatezza al fatto concreto.

In ogni caso la questione sembra ormai risolta nel senso sopra descritto dalle S.U. della Cassazione con la sentenza pronunciata il **26.2.2015**, di cui risulta attualmente nota soltanto l'informazione provvisoria: la Corte, infatti, ha risposto affermativamente al quesito "se per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, in relazione alle droghe c.d. leggere, la pena applicata sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale debba essere rideterminata, anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile";

**Quanto al secondo profilo**, il fatto che nel giudizio di cognizione la pena sia stata determinata su concorde richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. non può non incidere sui poteri del giudice dell'esecuzione nel procedere alla rideterminazione della pena, in quanto nella sentenza ex art. 444 c.p.p. sono le parti a concordare l'entità della pena e, al giudice, è assegnato, sotto il profilo sanzionatorio, il mero ruolo di controllore della legalità e della congruità della sanzione in relazione alla pena edittale comminata dal legislatore e alla gravità concreta del fatto.

Inoltre, sul piano pratico, non va trascurato il fatto che l'intervento "rimodellatore" sulla pena da parte del giudice dell'esecuzione sarebbe in concreto reso complicato dal fatto che, nella parte motiva di una sentenza ex art. 444 c.p.p., di regola viene solo sommariamente esplicitato il percorso logico-giuridico che guida il giudice nelle scelte sanzionatorie e comunque non vengono indicate in modo sufficientemente dettagliato le ragioni relative al fatto e alla personalità dell'agente su cui esso si fonda. In proposito va, infatti, ricordato che la S.C., pur ampliando notevolmente i poteri di intervento del giudice dell'esecuzione con le decisioni in precedenza esaminate, ha comunque sempre ribadito il principio secondo cui "*i poteri del giudice dell'esecuzione, adito ex art. 673 c.p.p., però, sono molto limitati rispetto a quelli del giudice della cognizione, nel senso che sono rigorosamente circoscritti al contenuto e alla portata della sentenza di condanna, per renderne espliciti il contenuto e i limiti, senza alcuna possibilità, però, di procedere ad una nuova e diversa valutazione degli atti del giudizio. L'istanza di revoca della sentenza per abolitio criminis, invero, non è un mezzo d'impugnazione che consente la rivisitazione del giudizio di merito, con la possibilità da parte del giudice dell'esecuzione di ricostruire la vicenda per cui è intervenuta condanna in termini diversi da quelli definiti con la sentenza irrevocabile*" (Così, Sez. U, n. 24468 del 26.2.2009). In questo contesto, ed in assenza di norme che prendano in esplicita considerazione il caso, ad avviso di questo giudice, lo strumento operativo utile ad affrontare il caso (e che sia in un qualche modo assimilabile ad esso) è dato dall'art. 188 disp.att. c.p.p., che consente alle parti, in caso di richiesta di porre in continuazione in sede esecutiva più sentenze di patteggiamento, di accordarsi sul punto anche in questa sede. E, tra l'altro, la norma prevede che, in caso di disaccordo del PM, spetti comunque al giudice decidere, nel senso che quest'ultimo, "se lo ritiene ingiustificato", accoglie ugualmente la richiesta.

In alternativa è stata da taluno indicata la soluzione secondo cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe rideterminare la pena già concordata ex art. 444 c.p.p. nel giudizio di merito, applicando ad essa un criterio puramente aritmetico-proporzionalistico, capace di riprodurre, mediante un calcolo strettamente matematico, all'interno dei nuovi parametri edittali reviviscenti per effetto della declaratoria di incostituzionalità, una pena contraddistinta dalle medesime "proporzioni" interne rispetto a quella che era stata concordata nel giudizio di merito utilizzando come riferimento la cornice edittale in allora vigente: così operando, il giudice dell'esecuzione rispetterebbe la proporzionalità della pena irrogata dal giudice del merito sia quanto alla pena-base, sia quanto ai successivi passaggi relativi alla diminuzione per le circostanze attenuanti generiche.

E ciò, secondo i fautori di tale opzione interpretativa, sarebbe particolarmente opportuno proprio nei casi in cui la pena da rideterminare era stata irrogata a seguito di un accordo delle parti ex art. 444 c.p.p. in quanto, in simili casi, il giudice "*ha operato solo una verifica di congruità della pena e di corretta configurazione del reato rispetto al fatto*", con la conseguenza che "*la sovrapposizione di una diversa determinazione rispetto al giudizio di cognizione avrebbe anche l'effetto di travolgere un accordo basato su specifici presupposti come voluto dalle parti ritenuto adeguato legittimo del giudice*" (così, testualmente, ad esempio, ordinanza GIP Bologna del 13-27.5.2014).

Tale orientamento, però, desta perplessità proprio perché non tiene conto della fondamentale incidenza che sulle valutazioni e sulle scelte del PM e dell'imputato in sede di accordo ex art. 444 c.p.p. (ma anche del giudice in questo, come negli altri riti) ha la cornice edittale nell'ambito della quale era stato possibile scegliere la pena su cui accordarsi: è, infatti, evidente che nella decisione di ancorare o distaccarsi nell'individuazione della pena-base dal minimo edittale, tanto le parti quanto il giudice di merito non possono non tenere in adeguata considerazione l'entità oggettiva e numerica di quel minimo edittale; in altri termini, nella valutazione della congruità della pena al fatto si guarda al quantum di pena in termini assoluti e non solo in rapporto alla cornice edittale, nel senso che non è vero che, se le parti e il giudice avevano ritenuto congrua la pena di un anno di reclusione quando essa costituiva il minimo edittale, ciò significa che avrebbero ritenuto egualmente congruo irrogare il minimo della pena sapendo che esso era di sei mesi (ciò è ancor più evidente in caso di fatto di entità non lieve, in cui il minimo edittale passa da 6 a 2 anni)

A ben vedere, si tratta dello stesso argomento che, con riferimento alla questione esaminata in precedenza, porta a ritenere sussistente l'obbligo per il giudice dell'esecuzione di procedere alla rideterminazione della pena anche nei casi in cui nel giudizio di merito era stata assunta (dal giudice o dalle parti nei patteggiamenti) una pena-base di sei anni di reclusione e, cioè, una pena, di per sé, "non oggettivamente incostituzionale" in quanto comunque compresa nella cornice edittale sia dell'art. 73 comma 1 DPR 309/90 nella versione *Fini-Giovanardi* sia del comma 4 dell'art.73 DPR 309/90 nella versione *Iervolino-Vassalli*.

Alla luce di questi elementi e della necessità di salvaguardare comunque l'esigenza che il giudice dell'esecuzione non sovrapponga una propria diversa determinazione discrezionale della pena rispetto ad un accordo voluto dalle parti, questo giudice ritiene che, a fronte di un vuoto normativo e di una somiglianza di situazioni oggetto di regolazione, si debba estendere a questi casi l'applicazione all'art. 188 disp. att. c.p.p.

Ciò ovviamente implica che debbano essere applicate, in quanto compatibili, anche le regole procedurali proprie di tale istituto: in proposito, va ricordato che, secondo la S.C., "l'istanza presentata ex art. 188 disp. att. c.p.p., è subordinata alla previa indicazione della entità della pena e alla acquisizione del consenso, o del dissenso, del P.M." (così Cass. Sez. 1, n. 18794, 27/03/2013-29/04/2013, Rv. 256028, Dumitru; in precedenza, tra le molte, Cass. Sez. 1, n. 29678 del 09/07/2003-16/07/2003, Rv. 225541, Verardi "... l'art. 188 disp. att. c.p.p. richiede a pena di inammissibilità che la pena sia determinata nei limiti indicati dall'art. 444 c.p.p. e che la parte investa il pubblico ministero della sua richiesta per accoglierne il consenso o il dissenso..").

A questo orientamento, sostenuto con queste stesse argomentazioni nella citata ordinanza del Tribunale di Torino del 16.9.2014, sono stati mossi rilievi critici in alcuni provvedimenti successivi (in particolare ordinanza del GIP di Perugia del 12.11.2014) in cui si è sostenuto

- la non necessità di un'applicazione in via estensiva dell'art.188 disp. att. c.p.p. al caso di specie, in quanto la materia, lungi dall'essere non disciplinata per un vuoto normativo, è trattata dall'art.30 commi 3 e 4 legge 87/1953
- non vi è identità di ratio rispetto alla situazione disciplinata dall'art.188, in quanto nel caso di specie il giudice dell'esecuzione è chiamato esclusivamente ad eliminare la pena "incostituzionale" o meglio quella parte di pena che supera i limiti previsti nel testo normativo in vigore prima del 2006; in sostanza ci troverebbe in una situazione analoga a quella in cui il giudice dell'esecuzione deve eliminare la porzione di pena conseguente all'applicazione di una circostanza aggravante poi dichiarata incostituzionale (situazione già valutata da Cass. Sez.I, n.977, 27/10/2011).

Invero le obiezioni non paiono decisive, atteso che,

- da un lato, i commi 3 e 4 dell'art.30 legge 11.3.1955 n.87, certamente applicabili al caso di specie, si limitano a prevedere che "*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*" e che "*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*" senza indicare come il giudice dell'esecuzione debba operare in un caso come quello di specie
- dall'altro, in caso di applicazione concordata della pena in relazione all'art. 73 comma 5 DPR 309/90, il giudice dell'esecuzione si trova in una situazione assai diversa rispetto a quando è

chiamato ad eliminare la porzione di pena conseguente all'applicazione di una circostanza aggravante poi dichiarata incostituzionale<sup>5</sup> proprio perché gli è impossibile limitarsi ad eliminare la parte di pena "incostituzionale", cioè quella che supera i limiti previsti nel testo normativo divenuto applicabile per effetto della pronuncia di incostituzionalità, in tutti i casi in cui la pena base considerata nell'accordo tra le parti rientra nella cornice edittale del testo normativo divenuto applicabile proprio per le ragioni già esposte in precedenza.

Proprio per fare chiarezza sulle molteplici posizioni assunte dei giudici di merito, anche su tale questione si sono pronunciate, il **26.2.2015, le S.U. della Cassazione** con una sentenza, di cui risulta attualmente nota soltanto l'informazione provvisoria, che, in ordine ai **poteri del giudice dell'esecuzione nelle sentenze di patteggiamento, ha affermato il principio**, secondo cui la *pena applicata su richiesta delle parti* per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle droghe c.d. leggere, con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 deve essere *rideterminata* in sede di esecuzione attraverso *la "rinegoziazione" dell'accordo* tra le parti, ratificato dal giudice dell'esecuzione, che viene interessato attraverso l'incidente di esecuzione attivato dal condannato o dal pubblico ministero, *con la precisazione che, in caso di mancato accordo, il giudice dell'esecuzione provvede alla rideterminazione della pena in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.*".

\*\*

Prima di applicare i suddetti i principi al caso di specie, va ricordato che, nel corso del presente incidente di esecuzione, le parti non si sono accordate per una pena diversa da quella concordata in origine né la difesa ha depositato una proposta di accordo sulla pena in sede esecutiva diversa da quella recepita nella sentenza oggetto di incidente di esecuzione: quest'ultima circostanza, però, aldilà della questione dell'eventuale estensione delle regole procedurali dell'art.188 disp att cpp, non è, sotto il profilo sostanziale, rilevante in quanto il PM, formulando un parere contrario all'accoglimento dell'istanza fondato sulla considerazione che *"nel merito ed in concreto la pena inflitta appare congrua rispetto alla gravità del fatto la pericolosità del soggetto, onde non può dirsi illegalmente inflitta"*, ha, di fatto, affermato e motivato il proprio categorico dissenso a qualunque proposta di "rinegoziazione" proprio in ragione della congruità della pena già applicata.

Ciò premesso, entrando nel merito dell'istanza, appaiono pienamente condivisibili le considerazioni del PM in merito alla congruità della pena al fatto concreto oggetto di giudizio e alla capacità a delinquere del condannato, con la conseguenza che l'istanza deve essere respinta. A tale conclusione si perviene sia utilizzando i poteri riconosciuti dall'art.188 disp. att. c.p.p.<sup>6</sup>, sia semplicemente applicando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p. cui fanno riferimento le S.U. nella citata sentenza: infatti, anche collocando l'accordo recepito nella sentenza del 28.11.2012 nel contesto della nuova cornice edittale (da 6 mesi a 4 anni di reclusione e da 1.032 a 10.329 euro di multa, anziché da 1 a 6 anni di reclusione e da 3.000 a 26.000 euro di multa), sia la pena finale concordata (cioè anni 1 di reclusione ed euro 2000,00 di multa) sia la pena-base concordata per il delitto di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 previo giudizio di prevalenza ex art. 69 c.p. sulla recidiva e prima della riduzione per il rito (cioè anni 1 e mesi 6 di reclusione ed euro 3000,00 di multa) appaiono adeguate in relazione ai criteri di cui all'art. 133 c.p. e congrue rispetto al fatto oggetto di giudizio.

In proposito si deve ricordare che TIZIO deteneva a fini spaccio un quantitativo contenuto ma non minimo di due diversi tipi di sostanza stupefacente, già suddiviso in parti predisposte per la vendita,

---

<sup>5</sup> In questo caso potrà limitarsi a eliminare la quota di pena applicata in concreto per la circostanza divenuta incostituzionale o applicare la riduzione prevista per l'attenuante se essa era stata bilanciata in termini di equivalenza con la circostanza aggravante divenuta incostituzionale ecc.

<sup>6</sup> Si ricorda, infatti, che, sulla base dei principi affermati dall'art. 188 disp. att. c.p.p., quando il PM non presta il consenso, il giudice dell'esecuzione ha il potere di accogliere la proposta dell'istante, se la giudica ragionevole e valuta il dissenso del PM ingiustificato. In realtà, nel caso di specie, si porrebbe anche il problema dell'eventuale estensione delle regole procedurali in punto inammissibilità dell'istanza che conseguirebbe all'omessa presentazione di una vera e propria proposta di patteggiamento, che però rimane assorbita dall'infondatezza nel merito di qualsiasi proposta di negoziazione che comporti una pena inferiore a quella concordata nel giudizio di merito, attesa la sua congruità anche alla luce della nuova cornice edittale.

e che è gravato da numerosi precedenti penali anche specifici. Ed infatti le parti si erano accordate muovendo da una pena base largamente superiore a quello che all'epoca era il minimo edittale, anche in considerazione che l'attenuante di cui al comma 5 aveva già avuto la funzione di neutralizzare la recidiva specifica reiterata contestata, essendo stata ritenuta prevalente nel giudizio di bilanciamento. Si ricorda altresì che le stesse parti avevano significativamente escluso che l'imputato fosse meritevole del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

In conclusione, alla luce delle considerazioni fino ad ora esposte, la richiesta di TIZIO va respinta, in quanto la pena già concordata dalle parti nel giudizio di merito rimane congrua, anche alla luce della nuova cornice edittale ed in termini assoluti, rispetto alla gravità del fatto di reato, del comportamento delittuoso tenuto dal condannato e della sua notevole capacità a delinquere.

**P. Q. M.**

Visti gli artt. 666, 670 c.p.p e 30 legge 87/1953

Respinge l'istanza.

Manda alla Cancelleria di comunicare il presente provvedimento all'Ufficio Esecuzione della Procura della Repubblica di Torino, nonché di notificarlo all'interessato e al difensore

Torino, 26.5.2015

Il Giudice  
Roberto Arata