



*FORMAZIONE DECENTRATA  
DISTRETTO DI CATANZARO*

***Disciplina penale degli stupefacenti: il punto sui più recenti  
arresti della giurisprudenza, dalla cannabis light al trattamento  
sanzionatorio del fatto di lieve entità***

***Catanzaro Lido, 4-6 ottobre 2021***

“

***“Le ricadute della sentenza Corte Cost. n. 40/2019 sui procedimenti  
penali non ancora definiti e sulle sentenze già passate in giudicato  
ma ancora in esecuzione”***

**A) L'EVOLUZIONE DEL QUADRO SANZIONATORIO NELLA DISCIPLINA  
PENALE DEGLI STUPEFACENTI**

Merita qui di riassumere, nelle grandi linee, l'evoluzione della normativa  
sanzionatoria in materia di stupefacenti dal 1990.

La cessione delle droghe “pesanti” era punita dall’art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990 con la pena da otto a venti anni di reclusione, oltre alla pena pecuniaria. La cessione delle droghe “leggere” era sanzionata con una pena più mite.

A seguito del d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, convertito con modificazioni nella legge 27 febbraio 2006 n. 49 è venuta meno la distinzione tra droghe pesanti e leggere e si è proceduto ad assimilare tutti i tipi di sostanze stupefacenti, fatte rientrare in un’unica tabella, senza più riconnettere alcuna conseguenza alla diversa tipologia di effetti ed al diverso grado di dipendenza riferibili alle diverse sostanze.

Per compensare l’aggravamento del trattamento sanzionatorio previsto per le droghe leggere, è stato fissato per quelle pesanti, un minimo edittale pari ad anni sei di reclusione, oltre alla pena pecuniaria.

Successivamente è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 25 febbraio 2014 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, determinando la reviviscenza della precedente disciplina che distingueva tra droghe pesanti e droghe leggere e dell’originario trattamento sanzionatorio che fissava in anni otto di reclusione, oltre alla multa, il limite minimo edittale per le condotte di cui all’art. 73, comma 1, n. 309 del 1990 nella sua originaria formulazione.

Con l’art. 2, comma 1, lettera a), 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, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, è stato sostituito il comma 5 dell’art. 73, trasformando la circostanza attenuante del fatto di lieve entità in fattispecie autonoma di reato e riducendo il limite edittale massimo della pena detentiva da sei a cinque anni di reclusione.

Tale modifica non è stata intaccata dalla sentenza n. 32 del 2014, a seguito della quale hanno ripreso vigore le disposizioni dell'art. 73 nell'originaria formulazione.

Infine, il legislatore è tornato nuovamente sulla materia, con il d.l. n. 36 del 2014, convertito, con modificazioni, nella legge n. 79 del 2014, che tra l'altro, all'art. 1, comma 24-ter, lettera a), ha ulteriormente diminuito il massimo edittale della pena prevista per il fatto di lieve entità, fissandolo nella misura di anni quattro di reclusione oltre alla multa.

## **B) LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 40 DEL 2019**

Con ordinanza del 6 marzo 2017, Presidente Rifiorati, estensore Carlesso e PG Zampi, la Corte d'appello di Trieste ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.p.r. 309 del 1990 per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, nella parte in cui, per effetto della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, prevede la pena minima edittale di otto anni anziché di quella di sei anni introdotta con l'art. 4 bis del d.l. n. 272 del 2005.

Con la sentenza n. 40 del 2019 la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 73, comma 1, del D.P.R. 309 del 1990 nella parte in cui fissa in anni otto, anziché in anni sei, il limite minimo edittale.

La Corte costituzionale ha evidenziato che, come già rilevato nella sua precedente sentenza n. 179 del 2017, la divaricazione di ben quattro anni venutasi a creare tra il minimo edittale di pena previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990 e il massimo edittale della pena comminata del comma 5 dello stesso articolo “ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria”.

La Corte ha osservato che molti casi si collocano in una “zona grigia”, al confine fra le due fattispecie di reato e che non appare più “giustificabile l’ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve” perché vi è rischio “di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che ad irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte”

La Corte costituzionale ha quindi rilevato “la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all’art. 27 Cost.”.

La sentenza, tuttavia, non limita – né avrebbe mai potuto farlo – il suo intervento volto ad assicurare razionalità al trattamento sanzionatorio previsto del citato art. 73 ai soli fatti verificatisi nella vigenza di quelle norme che, combinate tra loro, davano vita al suddetto divario, cosicché la illegittimità costituzionale della norma è potenzialmente destinata a produrre i suoi effetti anche in relazione a reati commessi anche prima del d.l. 30 dicembre 2005 n. 272.

I fenomeni dell’abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi vanno nettamente distinti, perché si pongono su piani diversi, discendono da competenze diverse e producono effetti diversi, integrando il primo un fenomeno fisiologico dell’ordinamento giuridico, ed il secondo, invece, un evento di patologia normativa; in particolare, gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, a differenza di quelli derivanti dallo *ius superveniens*, inficiano fin dall’origine, o, per le disposizioni anteriori alla Costituzione, fin dalla emanazione di questa, la disposizione impugnata. (S.U., n. 42858 del 29 maggio 2014, Gatto).

La sentenza in questione ha creato una situazione analoga a quella creatasi a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, del d.l. n. 272 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 49 del 2006, con la conseguenza che lo spaccio e la detenzione di hashish risultano oggi sanzionate, in forza della più favorevole disciplina previgente, con la reclusione da 2 a 6 anni e la multa da euro 5.164 a euro 77.468. L'analogia risiede nel fatto che le più favorevoli discipline sanzionatorie risultanti da dette pronunce si applicano anche alle condotte precedenti alle pronunce stesse; e ciò, anche quando la pena irrogata nel caso concreto non si tecnicamente illegale, perché comunque compresa nella nuova forbice edittale. Nondimeno, qualora la pena sia determinata in una misura che si discosta dai nuovi limiti minimi edittali, deve ritenersi ragionevolmente ipotizzabile l'irrogazione di una sanzione ad essa inferiore proprio sulla base di tali limiti. Sul punto va menzionato l'orientamento, affermato dalla giurisprudenza di legittimità, sempre in relazione alla sentenza n. 32, secondo cui, in presenza di un mutamento della cornice edittale, deve farsi luogo ad annullamento della sentenza in punto di determinazione della pena, qualora dalla motivazione emerga con sufficiente chiarezza che il giudice ha utilizzato i parametri edittali antecedenti a tale mutamento e la motivazione stessa non possa essere ritenuta adeguata quanto ai nuovi parametri (Sez. 4, 21 ottobre 2014, n. 47020; sez. 4, 16 ottobre 2014, n. 47750). In conclusione, tale pronuncia deve considerarsi produttiva di effetti favorevoli, anche in forma retroattiva, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. per le condotte di reato non lievi, di cui al più volte citato comma 1 dell'art. 73, relativo alle sostanze c.d. "pesanti".

## **C) LE RICADUTE DELLA SENTENZA N. 40 SUI PROCEDIMENTI PENALI NON ANCORA DEFINITI**

La giurisprudenza di legittimità dal 2019 si è espressa più volte sulle ricadute della sentenza n. 40 sui procedimenti penali non ancora definiti. L'orientamento generale è nel senso che qualora la condanna sia intervenuta dopo la pronuncia di incostituzionalità, la giurisprudenza di legittimità è nel senso che deve trovare applicazione l'orientamento – formatosi a seguito della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – secondo cui, in tema di stupefacenti, il giudice di appello o di rinvio, che procede alla rideterminazione della pena in applicazione della disciplina più favorevole determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale, deve tenere conto dei parametri di cui all'art. 133 c.p. e rivalutarli in relazione ai nuovi limiti edittali, con il solo limite costituito dal divieto di sovvertire il giudizio di disvalore espresso dal precedente giudice.

La Corte di Cassazione con sentenza 22 ottobre 2019 (Sez. 6, n. 3481, De Moro) si è pronunciata in un caso in cui la Corte d'Appello di Roma aveva rideterminato la pena, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 40 del 2019, inflitta in primo grado dal Giudice dell'udienza preliminare in misura prossima al minimo edittale. Il Giudice di primo grado, per la detenzione di kg 0,999 di cocaina, aveva determinato la pena in 8 anni e 3 mesi di reclusione ed euro 27.000 di multa, aumentata a 13 anni e 6 mesi ed euro 45.000 di multa, ex art. 99, comma 4, c.p. e ridotta di un terzo ex art. 442, comma 2, c.p.p.; la Corte d'Appello in considerazione degli effetti della sentenza n. 40, riduceva la pena base a 7 anni e 6 mesi di reclusione ed euro 27.000 di multa e, riconoscendo le circostanze attenuanti generiche equivalenti alla recidiva e applicando la diminuzione per il rito, rideterminava la pena finale in 5 anni ed euro 18.000 di multa. Nel ricorso del difensore si deduceva che la Corte d'Appello aveva rideterminato la pena base del tutto autonomamente in 7 anni e 6 mesi di reclusione discostandosi dal minimo edittale conseguente alla sentenza n. 40 e trascurando

la valutazione fatta dal primo giudice. La Corte di Cassazione ha ritenuto il ricorso manifestamente infondato, osservando che la Corte d'Appello aveva tenuto conto del più basso limite edittale derivante dalla sentenza della Corte Costituzionale riducendo la pena inflitta all'imputato partendo da una pena base certamente inferiore al precedente limite edittale di anni 8 di reclusione, seppure superiore rispetto al limite edittale di 6 anni di reclusione. In particolare la Suprema Corte ha rilevato che "il Giudice di primo grado non aveva indicato specifiche ragioni a sostegno della scelta di partire da una pena base pari ad 8 anni di reclusione (corrispondente al minimo edittale all'epoca vigente)" e che "la sentenza non viola il divieto di *reformatio in peius*, perché il Giudice di secondo grado (che non era vincolato alle determinazioni aritmetiche di quello di primo grado) ha rideterminato la pena argomentando l'esercizio del proprio potere discrezionale, senza produrre una modifica in *peius* stante che la pena finale è comunque inferiore a quella inflitta dal primo giudice. Infatti, il giudice di appello o di rinvio che procede alla rideterminazione della pena in applicazione della disciplina più favorevole determinatasi per effetto di una sentenza della Corte costituzionale, ha il solo obbligo di rimodularla nell'ambito della nuova cornice edittale secondo gli ordinari criteri previsti dall'art. 133 c.p. e non è tenuto a seguire un criterio proporzionale di tipo aritmetico correlato alla pena calcolata prima della declaratoria di incostituzionalità".

Nella sentenza della Corte di Cassazione 23 gennaio 2020 (Sez. 3, n.15233, Cassano) è stato espresso un principio ancora più generale: "la Corte d'appello che, in un momento successivo alla declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, si pronuncia su una pena irrogata in primo grado per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990 sulla base della cornice edittale precedente alla sentenza, non è tenuta a diminuire automaticamente la pena, potendo anche confermare la misura alla luce dei parametri di cui all'art. 133 c.p. rivalutati in relazione ai nuovi e più

favorevoli limiti edittali. Nel caso sottoposto alla Suprema Corte, la Corte d'appello aveva fornito una motivazione completa e coerente in merito alla rideterminazione della pena, anche all'esito della pronuncia della Corte costituzionale, affermando che la pena individuata del primo giudice appariva proporzionata, ai sensi dell'art. 133 c.p., alla obiettiva gravità dei fatti, che evidenziano una elevata capacità criminale, tenuto conto delle loro modalità, oltre che dei numerosi e gravi precedenti penali riportati dall'imputato, nonché dal fatto che i reati per cui si procedeva erano stati commessi in regime di autorizzazione allo svolgimento di attività lavorativa esterna al carcere.

In altra sentenza (Sez. 6, n. 51130 del 15 novembre 2019, Barrui), la Cassazione ha esaminato il caso in cui la Corte d'appello di Roma ha tenuto conto di tale più basso limite edittale minimo della pena detentiva, riducendo la pena inflitta all'imputato, partendo nel calcolo da una pena base di certo inferiore al precedente limite edittale di anni otto di reclusione, ma superiore rispetto al nuovo limite di anni sei. La suprema Corte ha statuito che in tale decisione non è ravvisabile la denunciata violazione di norma di legge, ovvero la lamentata inosservanza del principio del divieto di *reformatio in peius*, in quanto il giudice di secondo grado non era vincolato dalle sole determinazioni aritmetiche del primo giudice, ma, attenendosi alla nuova prescrizione normativa come derivante dagli effetti manipolativi della menzionata sentenza della Consulta, ha rideterminato la pena esercitando in maniera motivata il proprio potere discrezionale, senza alcuna modifica *in peius*, posto che il risultato finale è comunque inferiore a quello fissato dal giudice di primo grado. Il divieto di *reformatio in peius* si sarebbe potuto ritenere sostanzialmente aggirato se la Corte di appello avesse ingiustificatamente rivisitato la decisione con la quale il Tribunale aveva indicato specifiche ragioni a sostegno della scelta di partire, nel calcolo, da una pena base pari all'epoca vigente limite edittale di otto anni di reclusione. Solo in questo caso la determinazione immotivata del giudice di secondo grado avrebbe finito per comportare una

violazione dell'art. 597 c.p.p., perché, in mancanza di una scelta argomentata, la riduzione della pena base avrebbe dovuto automaticamente assestarsi verso il nuovo limite di anni sei di reclusione. Cosa che nel caso di specie non è accaduto, avendo la Corte laziale, a fronte di una indeterminata decisione del giudice di prime cure (che aveva genericamente operato un richiamo ai criteri di cui all'art. 133 c.p.), dettagliatamente spiegato le ragioni per le quali aveva ritenuto di discostarsi dal nuovo limite edittale minimo. La Cassazione in questo caso ha ritenuto di non discostarsi dal principio enunciato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità secondo il quale, in caso di mutamento del trattamento sanzionatorio previsto per un determinato reato, non comporta una violazione del principio del divieto di *reformatio in peius*, la pronuncia del giudice di appello che, nell'ipotesi di successione di legge più favorevole, nel riformare la pronuncia di primo grado impugnata dal solo imputato, che aveva determinato la pena partendo dal minimo edittale, abbia ridotto la pena in termini assoluti, pur non attestandosi allo stesso punto della forbice edittale da cui si era mosso il giudice di primo grado. Ciò a condizione che il potere discrezionale del giudice di rimodulare la pena nell'ambito della nuova cornice edittale sia esercitato nel rispetto del limite costituito dal divieto di sovvertire il giudizio di disvalore espresso dal precedente giudice: nel senso che se questi avesse reputato di applicare il minimo della pena, spiegando in modo logico ed adeguato come la condotta dell'imputato non avesse rivestito alcun carattere di gravità per ragioni specificatamente indicate in sentenza, non potrebbe poi il giudice d'appello discostarsi significativamente ai limiti edittali minimi, in quanto condizionato al precedente accertamento valutativo del giudice di merito. In conformità, quindi, con quanto già sostenuto in relazione agli effetti di altra sentenza della Consulta, adottate sempre in materia di stupefacenti (Sez. 3, n. 39448 del 10.1.2017, Cozzolino), la Cassazione ha enunciato il principio di diritto secondo cui "non viola il divieto di *reformatio in peius*, previsto dall'art. 597, comma 3, c.p.p., il giudice d'appello che, in applicazione della disciplina sanzionatoria

più favorevole determinatasi per effetto della sentenza n. 40 del 2019, riduca la pena inflitta in termini assoluti, pur non attestandosi allo stesso punto della forbice edittale da cui era partita la sentenza di primo grado, fatto salvo il limite costituito dal divieto di sovvertire il giudizio di disvalore espresso dal precedente giudice, ove abbia applicato il minimo della pena in ragione della ridotta offensività del reato”.

La Cassazione, in un altro caso, ha ritenuto che il giudice d'appello, posto a conoscenza della significativa rideterminazione della pena illegale, avvenuta in sede di esecuzione per il reato riconosciuto più grave successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata, si sarebbe dovuto porre, anche d'ufficio, il problema della verifica della congruità dell'aumento di pena applicato a titolo di continuazione per i reati satelliti *sub iudice*, considerato che i limiti edittali dell'aumento a titolo di continuazione erano conseguentemente e largamente mutati. Una volta fortemente ridotta dal giudice dell'esecuzione la pena applicata per il reato più grave, l'aumento fino al triplo consentito dall'art. 81 c.p. determinava una cornice edittale decisamente inferiore a quella considerata dal primo giudice allorquando stabilì il concreto aumento a titolo di continuazione. Posto che la rideterminazione della pena avvenuta in sede di esecuzione era stata giustificata dalla sua sopravvenuta illegalità, in un caso come quello di specie, questa caratteristica è ragionevolmente predicabile anche con riguardo all'aumento di pena a titolo di continuazione operato sulla medesima. In tale situazione, dunque, il giudice d'appello è tenuto ad esaminare la questione d'ufficio, anche in mancanza di rituale devoluzione con i motivi di gravame o con motivi aggiunti, essendo suo dovere, in forza del principio costituzionale di legalità della sanzione, di modificare la sentenza che abbia inflitto una pena illegale per eccesso in ordine alla sua quantità, o, quantomeno, di rendere specifica motivazione sulla permanente congruità dell'aumento praticato a titolo di continuazione

sulla pena illegale applicata per il reato più grave pur essendo la stessa stata ridotta (Sez. 3, n. 26820 del 16 luglio 2020, Fusco).

La Corte di Cassazione ha stabilito che, qualora non siano necessari nuovi accertamenti di fatto, la sopravvenuta illegalità della pena edittale, a seguito della citata sentenza della Corte Cost., comporta, in caso di ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna per art. 73, che il relativo trattamento sanzionatorio, già a suo tempo determinato sulla base dei parametri edittali in vigore al momento del fatto e successivamente dichiarati incostituzionali, deve essere oggetto di una specifica rivalutazione, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio, e rideterminazione dello stesso ad opera della Corte. (Sez. 4, n. 33252 del 18 aprile 2019, Vilardi).

In un caso analogo al precedente, in cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli nord aveva considerato quale base per il computo la pena detentiva minima di 8 anni di reclusione e quella pecuniaria di 45.000 euro di multa (per la detenzione di 22,97 grammi di cocaina), aumentata per la continuazione con il reato di detenzione di marijuana di un anno di reclusione e 5.000 euro di multa, ridotta di un terzo per la diminuzione del rito, così determinando la pena finale in sei anni di reclusione e 30.000 euro di multa, la Corte di cassazione ha applicato il principio di cui alla precedente sentenza. In particolare, ritenuta illegale la pena inflitta a causa della suddetta declaratoria di illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto dall'art. 73, ha rideterminato la pena, ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. 1), c.p.p., ritenendo che non occorresse procedere ad attività valutative o che implicino l'esercizio di poteri discrezionali, essendo stata considerata quale base di computo la pena detentiva minima e applicata la diminuzione di rito, non essendo influenzato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale l'aumento di pena disposto per la continuazione in relazione alla detenzione di marijuana, in quanto la sentenza della Corte

costituzionale ha riguardato solamente il trattamento sanzionatorio delle droghe cosiddette pesanti, previsto dal comma 1 dell'art. 73 T.U. stupefacenti, e non ha quindi incidenza sul trattamento sanzionatorio, sub specie di aumento di pena, stabilito per la continuazione con il reato di detenzione di droghe leggere del tipo marijuana, che quindi non richiede di essere riesaminato ((Sez. 3, n. 13097 del 9 gennaio 2020, Palma).

Anche nei casi di inammissibilità del ricorso, la Cassazione ha ritenuto di dover comunque rilevare la sopravvenuta illegalità della pena, a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale (Sez. 3, n. 43103 del 4 luglio 2019, Del Giacco).

### ***C1) Casi di patteggiamento in appello***

Premesso che costituisce *ius receptum* che, a seguito della reintroduzione del c.d. patteggiamento in appello ad opera dell'art. 1, comma 56, della legge n. 103 del 2017, il giudice di secondo grado, nell'accogliere la richiesta formulata a norma dell'art. 599-bis c.p.p., non deve motivare sul mancato proscioglimento dell'imputato per una delle cause previste dall'art. 129 c.p.p., né sull'insussistenza di circostanze aggravanti in quanto, a causa dell'effetto devolutivo proprio dell'impugnazione, una volta che l'imputato abbia rinunciato ai motivi d'appello, la cognizione del giudice è limitata ai motivi non oggetto di rinuncia, tuttavia, la radicale modifica del quadro normativo, dopo la sentenza n. 40 del 2019, impone la valutazione delle situazioni giudicate ed oggetto di ricorso alla luce dei principi sulla successione di leggi nel tempo dettati dall'art. 2, comma 4, c.p., nonché dall'art. 7, par. 1, CEDU, secondo cui l'imputato ha diritto di beneficiare della legge penale successiva alla commissione del reato, che prevede una sanzione meno severa di quella stabilita in precedenza, fino a che non sia intervenuta sentenza passata in giudicato, con nullità del relativo accordo e annullamento senza rinvio della sentenza che sullo stesso sia basata (Sez.

4, n. 31875 del 27 giugno 2019, Mahzoum). In proposito, va ricordato che le Sezioni Unite (Sez. U, n. 22471 del 26 febbraio 2015, Sebbar), nell'analoga situazione che si creò dopo la sentenza 32/2014 della Corte costituzionale, avevano affermato la necessità di una specifica rivalutazione da parte dei giudici di merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile a tali violazioni, a seguito della sentenza della Consulta, che ha determinato la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente.

#### **D) LE RICADUTE DELLA SENTENZA N. 40 SULLE SENTENZE GIA' PASSATE IN GIUDICATO MA ANCORA IN ESECUZIONE**

La giurisprudenza di legittimità l'indomani della pronuncia della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.p.r. citato, nella parte in cui fissa in anni otto di reclusione, anziché in anni sei il minimo edittale, ha chiarito come vada ritenuta illegale la pena inflitta sulla base della cornice sanzionatoria previgente, quand'anche questa sia stata in concreto fissata in misura compatibile con la forbice edittale attualmente in vigore e laddove sia stata già pronunciata sentenza irrevocabile di condanna e il trattamento sanzionatorio non sia stato interamente eseguito, e come l'intervento correttivo competa al giudice dell'esecuzione, che potrà avvalersi dei penetranti poteri di accertamento e di valutazione conferitigli dalla legge.

Interessanti sono gli orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, che, a partire dalla sentenza n. 42858 del 29 maggio 2014, Gatto, hanno tracciato le linee ermeneutiche fondamentali per la comprensione della tematica enunciando il fondamentale principio in base al quale, quando, a seguito di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella

incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non sia stato interamente eseguito, il Giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato. Con questa decisione, che si innesta su un percorso interpretativo già segnato da precedenti pronunce, la Cassazione ha affermato che, in linea di principio, l'efficacia del giudicato penale nasce, invero, dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera della libertà individuale del soggetto, sicché si esprime, essenzialmente, nel divieto di *bis in idem*, e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona. Proprio in virtù del principio di (relativa) flessibilità del giudicato, questo non esplica, quindi, efficacia assoluta e totalmente preclusiva, come dimostrato dalla previsione legislativa di plurimi strumenti che consentono al Giudice dell'esecuzione di operare interventi integrativi o modificativi delle statuizioni già divenute definitive, primo fra tutti la possibilità di revoca della sentenza di condanna di cui all'art. 673 c.p.p. Sempre nella medesima sentenza le Sezioni Unite hanno poi affrontato il tema della distinzione ontologica tra declaratoria di incostituzionalità della norma penale ed ordinario intervento legislativo abrogativo, giustificato da mutata considerazione delle finalità da perseguire con le disposizioni penali, evidenziando che, nel primo caso, la pronuncia di illegittimità costituzionale travolge fin dall'origine la norma scrutinata secondo un fenomeno diverso da quello dell'abrogazione, che limita l'efficacia della sua applicazione a fatti verificatisi sino ad un certo limite temporale, potendo dar luogo a successione di leggi nel tempo in relazione alla diversa regolamentazione della stessa materia introdotta. Pertanto, nella prima situazione, poiché la norma incostituzionale viene "espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da invalidità originaria", sorge l'obbligo per i giudici

avanti ai quali si invocano le norme dichiarate incostituzionali di non applicarle, obbligo vincolante anche quando il contrasto con i valori costituzionali sia riscontrato in disposizione di legge penale sostanziale incidente soltanto sulla pena, così divenuta illegale nella sua misura, sebbene irrogata a punizione di un fatto di immodificata illiceità penale. Da tanto discende 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”. In tal modo, in aderenza al disposto dell’art. 30, comma 4, della legge n.87 del 1953, secondo il quale, quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali, si è precisato, da un lato, che l’omesso inserimento nel testo dell’art. 673 c.p.p. del caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale relativa al solo trattamento sanzionatorio non impedisce un intervento di adeguamento da parte del Giudice dell’esecuzione, dall’altro che la rilevanza della pronuncia di incostituzionalità della disposizione sulla pena incontra il limite dell’esaurimento del rapporto esecutivo.

Ne discende che il Giudice dell’esecuzione non può esaurire il proprio compito deliberativo mediante il giudizio confermativo della pena già inflitta, perché rientrante nell’ambito, sia della forbice punitiva della norma precedente, sia in quella attualmente vigente, ma deve rinnovare la valutazione sanzionatoria in concreto con la necessaria riduzione della pena stessa, anche se non in misura predeterminata o assoluta, ma stabilita in via discrezionale in base alle caratteristiche del caso, da giustificare con congrua motivazione (Sez.1, n. 3281 del 12 novembre 2019, El Khairat). L’esclusione da parte delle Sezioni Unite del ricorso a criteri automatici di quantificazione del trattamento punitivo in fase esecutiva non è stata giustificata solo in dipendenza dalla riconosciuta illegittimità

costituzionale dell'intero paradigma normativo, comprensivo sia del limite minimo che di quello massimo, ma in ragione della necessità di raggiungere soluzioni differenziate ed aderenti al caso specifico e di evitare che permanga in esecuzione un trattamento illegale. Tale esigenza non viene meno solo perché la declaratoria d'incostituzionalità ha colpito la soglia punitiva minima di otto anni di reclusione, sostituita con quella di sei anni. Anche con riferimento a tale parametro, se i limiti edittali previsti in via generale ed astratta esprimono la valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, la pena che sia stata stabilita dal giudice in concreto in riferimento a quegli estremi costituisce misura del giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito, sicché, se la previsione che costituisce il termine di riferimento viene eliminata perché incostituzionale, anche la pena già inflitta sulla scorta di tale elemento normativo deve essere riconsiderata per assicurare il rispetto del principio di proporzionalità, ossia della necessaria correlazione tra risposta punitiva e condotta offensiva come delineata nell'ordinamento. Il mantenimento della medesima sanzione finisce, al contrario, per rivelare una sproporzione per eccesso rispetto al giudizio di gravità espresso dal legislatore, compromettendo l'assolvimento della sua funzione rieducativa.

Vi sono, tuttavia, delle fattispecie in cui il Giudice dell'esecuzione, chiamato a svolgere il proprio compito deliberativo correttamente nega una nuova quantificazione della pena. Questo è il caso, ad esempio, deciso dalla Corte di Cassazione (Sez.1 n. 51305 del 20 novembre 2019, Xheba) su ricorso, a seguito della sentenza n. 40 del 2019, avverso l'ordinanza del G.i.p. di Bergamo che, pur consapevole del mutamento dei parametri normativi di riferimento, riteneva di non poter accogliere l'istanza del condannato di riduzione della pena inflitta e di confermare la legalità e la congruità della sanzione detentiva come stabilita nella sentenza di condanna passata in giudicato. La valutazione del Giudice dell'esecuzione per negare la nuova quantificazione della pena si è basata sulla

considerazione dell'entità della pena base, anni tredici e mesi sei di reclusione, notevolmente superiore al minimo edittale previgente, a ragione della contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 80 d.p.r.309/90 e quindi della dimensione oggettiva di rilevante gravità del fatto per quantitativo di sostanza trattata, pari a 26 kg di eroina, e per dosi ricavabili in grado di soddisfare un numero notevole di consumatori, pena comunque già mitigata per effetto del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche con giudizio di prevalenza rispetto alla predetta aggravante, per cui ha stimato congrui e conformi anche alla nuova soglia edittale il calcolo e l'esito finale esposti nella sentenza passata in giudicato. La Corte ha ritenuto che la rinnovata ed autonoma conduzione del giudizio sanzionatorio con la conferma della stessa pena già inflitta perché congrua anche se rapportata alla nuova cornice edittale sia incensurabile per l'insussistenza delle condizioni che impongono una sua rideterminazione: la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 ha inciso soltanto sul limite minimo di pena e non rileva nelle situazioni fattuali in cui, secondo l'accertamento condotto nel giudizio di cognizione sul fatto e sulle componenti che hanno concorso alla commisurazione del trattamento punitivo, la valutazione di gravità espressa abbia indotto ad individuare una sanzione detentiva notevolmente superiore al minimo e di entità intermedia tra i due estremi possibili. In altri termini, anche tenuto conto del mantenimento inalterato del massimo pari a venti anni di reclusione, non sussiste quella sproporzione ed inadeguatezza della pena, rilevabile nei casi già giudicati al di fuori del limite della lieve entità, ma puniti con la reclusione nel minimo edittale pari ad otto anni, in cui s'impone un adeguamento al nuovo limite.

In conclusione, il Giudice dell'esecuzione che proceda alla rideterminazione della pena inflitta e seguito della sentenza n. 40 del 2019, è tenuto a motivare in modo specifico e con rafforzato grado di persuasività in ordine ai criteri fattuali seguiti, quanto più si discosti, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, dal nuovo minimo edittale.

### D1) *Casi in cui la pena sia interamente espiata*

Si pone il quesito se sussista l'interesse del condannato ad ottenere la rideterminazione "*in executivis*" della pena divenuta illegale a seguito della sentenza della Corte costituzionale qualora, pur interamente espiata la pena detentiva, non sia stata ancora eseguita quella pecuniaria contestualmente irrogata, atteso che, agli effetti dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il rapporto esecutivo si esaurisce soltanto con l'estinzione di entrambe le pene. La Cassazione (Sez. 1, n. 13072 del 3 marzo 2020, Candido) ha precisato che, nel caso che residui da eseguire la sola pena pecuniaria, la rideterminazione ad opera del giudice dell'esecuzione deve investire anche quella detentiva, in funzione dell'eventuale commisurazione, nell'ipotesi di esecuzione di pene concorrenti, della pena residua da espiare.

### D2) *La Corte di cassazione può procedere d'ufficio alla rideterminazione nei casi di ricorso inammissibile*

Deve altresì richiamarsi il principio secondo cui la Corte di cassazione può, anche d'ufficio, ritenere applicabile il più favorevole trattamento sanzionatorio per l'imputato, anche in presenza di un ricorso inammissibile, disponendo, ai sensi dell'art. 609 c.p.p., l'annullamento sul punto della sentenza impugnata (Sez. U, 26 giugno 2015, n. 46653)

### D3) *Circostanze*

Nel giudizio sul *quantum* della diminuzione di pena per le attenuanti generiche, la valutazione discrezionale del giudice non può prescindere dagli indicatori astratti (il minimo ed il massimo edittale) del disvalore del fatto, con la conseguenza che ove tali indicatori cambino, mutano i parametri entro i quali la valutazione in concreto deve essere effettuata. Al Giudice dell'esecuzione, anche nella particolare vicenda connessa alla incostituzionalità

della cornice sanzionatoria legale, è attribuito il potere dovere di compiere una nuova valutazione in ordine alla pena giusta, esercitando, rispetto a tutti i giudizi che concorrono a determinare il trattamento sanzionatorio, il potere discrezionale di cui all'art. 132 c.p. In questi casi il Giudice dell'esecuzione deve ovviare alla permanenza di una pena illegale mediante la sua completa rivisitazione, a ciò non ostando pretesi effetti preclusivi del giudicato nel frattempo formatosi, che riguardano soltanto i profili relativi alla sussistenza del fatto, alla sua attribuibilità soggettiva e alla sua qualificazione giuridica. Tutto ciò che ruota intorno alla rideterminazione dello statuto sanzionatorio del condannato può trovare nuovo modellamento nell'ambito delle determinazioni operate in sede di cognizione allo scopo di adeguare il trattamento sanzionatorio ai parametri legislativi previsti dall'art. 133 c.p. E' conseguentemente legittimo il provvedimento con cui il Giudice dell'esecuzione, pur riducendo la pena in termini assoluti, quantifichi la diminuzione di pena per le concesse circostanze attenuanti generiche in misura proporzionatamente inferiore a quella stabilita in sede di cognizione, atteso che tale giudice è chiamato a rinnovare l'intera valutazione in ordine alla commisurazione della pena attraverso la discrezionale rideterminazione sia della pena base che della diminuzione per le menzionate attenuanti, quantificando in concreto siffatta diminuzione alla luce del sopravvenuto mutamento della cornice edittale quale nuovo indicatore astratto del disvalore del fatto (Sez. 1 n. 4085 del 26 novembre 2019, Greganti).

Analogamente, applicando la disciplina più favorevole, è legittimo il provvedimento con cui il Giudice dell'esecuzione, pur riducendo la pena in termini assoluti, quantifichi l'aumento di pena previsto per la ritenuta circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma 2, del citato d.p.r. in misura proporzionatamente superiore a quella stabilita in sede di cognizione (Sez. 1 n. 4084 del 26 novembre 2019, Arroyave).

#### **D4) *Applicazione di pena su richiesta delle parti***

La Corte di Cassazione ha stabilito il principio secondo cui il Giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena inflitta con condanna anteriormente divenuta irrevocabile, per conformarla alla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, non ha il potere di modificare la misura della diminuzione di pena eseguita in fase di cognizione in applicazione dell'art. 444 c.p.p. Questo perché la natura negoziale del patteggiamento e quella processuale della diminuzione prevista dall'art. 444 c.p.p. non vengono meno neanche in fase di esecuzione dove permane l'esigenza di rispettare la volontà delle parti che ha condizionato l'esito della cognizione (Sez. 1 n. 21815 del 7 luglio 2020, Sinaj). Nel caso esaminato dalla predetta sentenza, il Tribunale aveva erroneamente applicato una misura della diminuzione ex art. 444 c.p.p. diversa e più sfavorevole rispetto a quella di un terzo concordata dalle parti e ratificata dal giudice di cognizione con statuizione non toccata nemmeno indirettamente dalla pronuncia di incostituzionalità e, per tale ragione, coperta dal giudicato in ragione della sua natura esclusivamente processuale.

Con altra precedente sentenza la Corte ha ritenuto che non violasse il divieto di *reformatio in peius* il Giudice dell'esecuzione che nel procedere alla rideterminazione della pena a seguito della sentenza della Corte costituzionale, in assenza di accordo tra le parti, aveva applicato una minore riduzione di pena per le circostanze attenuanti generiche, purché rendesse adeguatamente conto delle ragioni dei rispettivi scostamenti, con motivazione quanto più specifica quanto più essi sono ampi, fermo restando il necessario rispetto della valutazione concernente il complessivo giudizio di disvalore già espresso in sentenza (Sez. 1 n. 13453 del 3 marzo 2020, Esposito).

## **E) CONSEGUENZE IN TEMA DI PRESCRIZIONE**

Non rileva la prescrizione del reato maturata successivamente alla pronuncia di annullamento con rinvio disposto dalla Corte di cassazione ai soli fini della determinazione della pena, a cagione della declaratoria di illegittimità costituzionale – nella specie dell’art. 4 bis d.l. n. 272 del 2005 convertito il l. n. 49 del 2006 (sent. n. 32 del 2014), che stabiliva l’equiparazione del trattamento delle droghe “leggere” a quelle “pesanti” – stante l’irrevocabilità della statuizione sulla responsabilità penale e sulla qualificazione dei fatti ascritti agli imputati. (In motivazione la Corte ha precisato che il disposto dell’art. 30, comma 4, l- n. 87 del 1953 non incide sulla prescrizione del reato, che attiene all’esistenza stessa dell’illecito del quale costituisce causa estintiva, mentre è la pena ad essere, ex art. 30, travolta dalle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice o modificata a cagione della declaratoria di incostituzionalità di norma diversa da quella incriminatrice)(Sez. 5, n. 5219 del 17 gennaio 2017, Praticò).

## **F) INGIUSTA DETENZIONE**

Sul punto la Corte di Cassazione si era già espressa con riferimento alla sentenza n. 32 del 2014 (Sez. 4, n.12261, dell’1 febbraio 2018, Occhiuto). Si può ritenere che il principio sia applicabile anche nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 40 citata, in quanto anche questa incidente sul trattamento sanzionatorio. La Cassazione ha escluso il diritto alla riparazione qualora la pena sia stata interamente espiata prima della pronuncia della sentenza della Corte costituzionale e del conseguente provvedimento del Giudice dell’esecuzione di rideterminazione della pena, in quanto le sentenze di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, pur avendo efficacia retroattiva, non operano, però, con riferimento ai cosiddetti “rapporti esauriti”. La sentenza con cui viene dichiarata l’illegittimità costituzionale di una norma di legge ha forza invalidante, con effetti

simili all'annullamento, nel senso che essa viene ad incidere sulle situazioni pregresse, spiegando effetti anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma, poi dichiarata incostituzionale, era vigente, con il limite, tuttavia, delle situazioni "esaurite" e che l'operatività *ex tunc* delle decisioni della Consulta ha valore purché gli effetti giuridici non siano definitivi.

Ad avviso, quindi, delle Sezioni Unite (S.U. n. 44895 del 17 luglio 2014, Pinna), la decisione della Corte Costituzionale non può ritenersi che abbia inficiato la legittimità dei provvedimenti adottati, che hanno avuto corretti parametri di riferimento riconducibili alla norma in vigore, dichiarata solo successivamente incostituzionale. La legittimità di un provvedimento nel momento della sua adozione e fino alla cessazione dei suoi effetti era ed è rimasta perfettamente tale.

dott. Federico Prato