

## RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza resa in data 27 febbraio 2013 il Tribunale di Fermo, quale giudice dell'esecuzione, dichiarava inammissibile l'istanza proposta da Schettino Umberto, tesa ad ottenere declaratoria di ineseguibilità della condanna definitiva derivata dalla decisione emessa dal Tribunale di Fermo in data 12 ottobre 2011 (irrevocabile il 20 settembre 2012).

Nel titolo esecutivo era stata affermata la penale responsabilità di Schettino Umberto, anche in relazione al reato di cui all'art. 73 co.5 dPr n.309/'90, ed era stata affermata l'equivalenza di detta circostanza con la ritenuta recidiva reiterata, stante il divieto di prevalenza di cui all'art. 69 co.4 cod.pen. .

L'istanza difensiva risulta basata sui contenuti della sentenza n. 251 emessa dalla Corte Costituzionale in data 15 novembre 2012, posto che con tale decisione è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 69 co.4 cod.pen. (come modificato dall'art. 3 legge n.251 del 2005) nella parte in cui detta norma preclude(va) il giudizio di prevalenza della (allora) circostanza attenuante di cui all'art. 73 co.5 dPr n.309/'90 sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99 co.4 cod.pen. .

La decisione emessa in sede esecutiva non riproduce i contenuti della decisione affermativa della responsabilità ed attribuisce valore assorbente alla impossibilità per il giudice della esecuzione di intervenire (in epoca, per definizione, successiva alla formazione del giudicato) sulla entità della sanzione inflitta lì dove un evento a rilevanza normativa successivo (nella specie la decisione emessa dalla Corte Costituzionale) non sia di tipo abrogativo della rilevanza penale (come previsto dall'art. 673 cod.proc.pen.) ma comporti esclusivamente ricadute sulla entità della pena inflitta.

In tal caso si ritiene insuperabile il limite rappresentato dalla formazione del giudicato, ai sensi dell'art. 2 co.4 cod.pen. e non applicabile la previsione di cui all'art. 30 legge n.87 del 1953.

2. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione - a mezzo del difensore - Schettino Umberto.

Nel ricorso si deduce erronea applicazione della legge regolatrice e vizio di motivazione.

Il ricorrente ritiene erronea l'impostazione in diritto della decisione impugnata posto che è stata irragionevolmente esclusa - in rapporto alle conseguenze della sentenza n. 251 del 2012 Corte Cost. - l'applicabilità dell'art. 30 legge n. 87 del 1953 nella parte in cui detta norma regola gli effetti delle pronunzie di incostituzionalità.

Secondo detta previsione di legge le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Al comma 4 si prevede in via generale che quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.

Il giudice dell'esecuzione avrebbe pertanto, tramite diretta applicazione di dette disposizioni, dovuto compiere la rideterminazione della pena applicabile allo Schettino (nonostante la formazione del giudicato), data la eliminazione con effetto retroattivo del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co.5 dPr 309/'90 sulla recidiva, come ritenuto in alcune decisioni emesse da questa Corte.

### **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, anche lì dove la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi una norma incidente sul trattamento sanzionatorio (e non anche abrogativa della rilevanza penale del fatto) il limite del giudicato.

La motivazione si incentra - essenzialmente - sulla diversità ontologica di una pronuncia di incostituzionalità rispetto ad 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 - a differenza dell' ordinario intervento normativo - inficia, invece, sin dall'origine la disposizione impugnata e pertanto non è in alcun modo omologabile alla vicenda della successione di leggi nel tempo.

Si è ribadito pertanto che la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento giuridico perchè affetta da invalidità originaria e ciò impone e giustifica la proiezione «retroattiva» sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi della intervenuta pronuncia di incostituzionalità.

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 perchè 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.

Da qui la considerazione per cui la formazione del giudicato e il mancato inserimento nel corpo dell'art. 673 cod.proc.pen. del caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio (essendo presa in esame la sola ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di norma incriminatrice) non rappresentano fattori ostativi alla estensione in sede esecutiva degli effetti di simili pronunzie.

In particolare, le Sezioni Unite hanno così individuato il limite di rilevanza della pronunzia di incostituzionalità rispetto al giudicato :.. *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, giacchè il citato art. 30 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili perchè 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.

Si tratta di una affermazione di indubbio rilievo sistematico e pratico, posto che viene imposta al giudice della esecuzione una verifica di «rilevanza» del *decisum* della Corte Costituzionale nel caso concreto, non potendosi intervenire sul titolo esecutivo lì dove l'effetto della norma dichiarata incostituzionale si sia in fatto esaurito per aver già dato luogo alla esecuzione della pena in modo integrale.

Nel caso oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite si trattava proprio di valutare le ricadute della decisione n. 251 del 2012 C.Cost. attestante l'invalidità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co.5 dPr 309/'90 sulla recidiva reiterata.

Si è affermato che, in tal caso, lì dove il mancato esito del giudizio di comparazione nel senso della prevalenza sia dipeso dal divieto di legge rimosso

(art. 69 co.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. A tutto questo occorre aggiungere, secondo affermato nello stesso arresto giurisprudenziale, che "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".

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

- 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 affermavano 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 co.5 dPR n. 309 del 1990 semprechè una simile valutazione non sia

stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile» .

2. Ora, alla luce di tali affermazioni, è evidente che il caso portato all'attenzione del giudice della esecuzione - qui il Tribunale di Fermo - va diversamente considerato rispetto a quanto ritenuto nel provvedimento impugnato.

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 (qui l'art. 69 co 4 cod.pen.) dichiarata incostituzionale e dunque rimossa dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* ;

c) in caso positivo, rideterminazione del trattamento sanzionatorio tenendo conto della compiuta ricostruzione del fatto nonché delle *norme applicabili* al momento della decisione in punto di commisurazione della sanzione.

Tra dette ultime norme, peraltro, andranno considerate - in rapporto alla qualità delle sostanze stupefacenti - le stesse norme incriminatrici, anch'esse interessate da ulteriore pronuncia di illegittimità costituzionale (la n. 32 del 12 febbraio 2014).

Come è noto, con tale decisione è stata oggetto di declaratoria di incostituzionalità la novellazione apportata con decreto legge n. 272 del 30.12.2005 (artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* ) convertito in legge n. 49 del 21 febbraio 2006 all'originario testo dell'art. 73 del dPr n.309 del 1990.

L'effetto della pronuncia di incostituzionalità è stato quello di «riespandere» per i fatti commessi dal 28 febbraio 2006 al 6 marzo 2014 la previgente disciplina incriminatrice e le correlate diverse sanzioni (fermo restando che per l'ipotesi di fatti di lieve entità 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).

Lì dove, pertanto, il soggetto destinatario della esecuzione sia stato condannato per fatto rientrante in detto intervallo temporale è da ritenersi «esportabile» il contenuto delle affermazioni operate dalla decisione emessa dalle Sezioni Unite prima ricordate (come del resto evidenziato nella motivazione di tale sentenza) al caso della «abrogazione» del trattamento sanzionatorio vigente all'epoca della decisione perchè contrario a norme costituzionali.

Va affermato, in particolare, che la comparazione tra le fasce edittali previste dalla normativa dichiarata incostituzionale e quelle previgenti (e riattivate per effetto della pronuncia di incostituzionalità) porta a ritenere in ogni caso «illegale» il trattamento sanzionatorio inflitto in ipotesi di condotta illecita concernente le droghe cd. 'leggere' (ossia le sostanze rientranti nelle tabelle II e IV allegate al DPR del 1990) posto 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 8 anni, quello della condotta attenuata da sei mesi a 1 anno; il massimo edittale era stato innalzato da 6 a 20 anni nell'ipotesi ordinaria e da 4 a 6 anni 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 (circa la necessità di effettiva spiegazione dell'incidenza degli indici di commisurazione, specie in ipotesi di superamento dei minimi edittali, tra le molte, Sez. II 9.10.1992, rv 192645; Sez. VI n. 35346 del 12.6.2008, rv 241189) è evidente che il profondo mutamento di «cornice» derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria - sempre in ipotesi di condanna per 'droghe leggere' - una rivalutazione piena di tale aspetto, qui in sede esecutiva, che va compiuto tenendosi conto del «fatto» così come accertato in cognizione ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice (in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale) in una condizione in realtà «alterata» dalla adozione di un criterio legislativo (legge del 2006) teso a «parificare» il disvalore di condotte tra loro diverse (in rapporto alla tipologia di sostanze oggetto delle condotte).

Con ciò si intende affermare 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).

Ciò si afferma - anche nel caso in esame - in ragione della opportunità di orientare i poteri del giudice dell'esecuzione, pur in una vicenda che - per come

PT

prospettata - si incentra esclusivamente sulle conseguenze dell'abrogato divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co.5 dPr 309/'90 sulla recidiva reiterata.

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 co.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 Fermo.

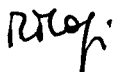
**P.Q.M.**

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

Così deciso il 4 dicembre 2014

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi



Il Presidente

Umberto Giordano

