

Ma il problema è più profondo poiché c'è una difficoltà nell'organizzare le informazioni in modo comunicativo, per costruire testi che svolgano effettivamente la funzione di informare o di impartire direttive a un destinatario che non possiede particolari doti interpretative né alcuna preparazione tecnica.

Alla luce di questi presupposti teorici, obiettivo del presente caso di studio è applicare ad un testo giuridico – nel caso specifico, una “Memoria del Pubblico Ministero” – i principi di semplificazione linguistica così da rendere il discorso giuridico cognitivamente accessibile a tutti i possibili destinatari e linguisticamente comprensibile a livello di concetti specialistici.

Obiettivo del caso di studio è verificare di quanto e in che modo la semplificazione di un testo può risultare più fruibile ai cittadini e, di conseguenza, rivelarsi efficace per il vivere civile, la partecipazione democratica alla vita pubblica e l'interazione più serena e trasparente tra cittadino e Istituzioni.

## 2. Caso di studio: “Memoria del Pubblico Ministero”

### 2.1. Memoria del Pubblico Ministero semplificata

Il seguente caso di studio riguarda l'elaborazione di un testo non autentico, redatto<sup>4</sup> al fine di evidenziare i processi di semplificazione linguistica così da rendere il testo giuridico accessibile e comprensibile ai suoi possibili molteplici fruitori.

#### **MEMORIA DEL PUBBLICO MINISTERO**

art. 121 codice di procedura penale

nel procedimento di esecuzione nei confronti di

**TIZIO**, nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_ e residente in \_\_\_\_\_ alla via \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_

**FATTO:** Tizio è imputato perché deteneva illecitamente sostanze stupefacenti (infatti aveva con sé un involucro che conteneva circa 60 grammi di marijuana).

Con la sentenza del 20 dicembre 2010, il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Lecce applica, su richiesta delle parti, a Tizio: - la pena finale di due anni di reclusione, - € 2.000,00 di multa e - gli riconoscono la circostanza attenuante che viene disciplinata dal quinto

<sup>4</sup>La redazione del testo giuridico in esame è dell'autrice di questo saggio.

comma dell'articolo 73 del Decreto del Presidente della Repubblica numero 309/90.<sup>5</sup>

Il 5 febbraio 2011 la sentenza diviene irrevocabile.

Il difensore di Tizio ha chiesto l'incidente di esecuzione e chiede che si determini e applichi una nuova pena per il suo assistito, anche se la sentenza è ormai definitiva.

Il difensore di Tizio sostiene che la pena già calcolata dalle parti è illegittima in quanto la pena che si applica deriva dalla versione precedente dell'articolo 73 Decreto del Presidente della Repubblica numero 309/1990, nel testo introdotto dal Decreto Legge numero 272/05, convertito in legge numero 49/06 (cosiddetta Legge Fini-Giovanardi).

La sentenza numero 32/2014 della Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo questo articolo e pertanto il pubblico ministero non può avallare la richiesta del difensore.

Il decreto legge numero 272/2005 (*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*) ha modificato la disciplina delle sostanze stupefacenti prevista dal Decreto del Presidente della Repubblica numero 309/90 (Legge Jervolino/Vassalli).

Il Governo inserì un maxi emendamento e riscrisse la normativa relativa alle sostanze stupefacenti nella seduta del Senato del 19 gennaio 2006.

Il testo venne approvato senza alcuna discussione parlamentare.

La legge numero 49/2006 ha introdotto alcune novità:

- tutti i tipi di sostanze stupefacenti vengono assimilati, ora rientrano in un'unica tabella, senza ricollegare più alcuna conseguenza alla diversa tipologia di effetti ed al diverso grado di dipendenza relative alle diverse sostanze;<sup>6</sup>
- il trattamento previsto per le “droghe leggere” viene aggravato, ma vengono ridotti i limiti minimi della pena previsti dall'originario articolo 73, comma 1, Decreto del Presidente della Repubblica numero 309/90 (in origine erano otto anni, adesso sei anni);
- la legge Fini-Giovanardi per i fatti “di lieve entità” relativi a “droghe leggere” alza i limiti massimi e minimi della pena: da uno a sei anni di reclusione invece dei sei mesi a quattro anni di reclusione ed aumenta la pena prevista per la multa.

<sup>5</sup> Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.

<sup>6</sup> L'equiparazione è giustificata dalla accertata crescita del principio attivo presente nelle cosiddette droghe leggere che compromettono gravemente la salute dell'assuntore. Questi dati risultano dalla relazione che accompagna il progetto di legge del Governo.

Nel 2013 prima la Corte d'Appello di Roma<sup>7</sup> e poi la Corte di Cassazione<sup>8</sup> sollevano alcune questioni di legittimità costituzionale relative all'articolo 77 della Costituzione.

Infatti l'articolo 73 non rispetta le condizioni previste dall'articolo 77 della Costituzione e risulta incoerente in quanto le modifiche sono estranee all'oggetto e alle finalità del testo originario.

Inoltre i soli giudici della Corte d'Appello di Roma sollevano la questione anche riguardo agli articoli 3 e 117 della Costituzione. In particolare:

- l'articolo 3 equipara a livello sanzionatorio le condotte che hanno un valore marcatamente differente;
- l'articolo 117, invece, perché la Decisione quadro numero 2005/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre del 2004 invita gli Stati membri a distinguere le sanzioni per le "droghe leggere" da quelle relative alle "droghe pesanti".

La questione esposta dalla Corte di Cassazione viene accolta dalla Corte Costituzionale che con sentenza numero 32 depositata il 25 febbraio 2014 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 5 marzo 2014, ha dichiarato illegittime dal punto di vista costituzionale le novità introdotte alla disciplina delle sostanze stupefacenti che sono contenute negli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* del decreto legge 30 dicembre 2005, numero 272.<sup>9</sup>

Al riguardo la Consulta ha rilevato che la legge di conversione "segue un percorso parlamentare più semplice e si caratterizza per il rispetto di tempi rapidi, e quindi non può avere finalità diverse da quelle per le quali sono pensate, con la conseguenza che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, poiché potrebbe "essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano il decreto legge, a danno delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare".

La Corte ha evidenziato quali sono gli effetti che sortiscono dalla sentenza.

<sup>7</sup> Ordinanza del 28 gennaio 2013, relativa al solo articolo 4 bis del decreto legge 272/2005 cioè la norma che modifica il testo dell'art. 73 Decreto del Presidente della Repubblica 309/90 che è stata inserita in sede di conversione del decreto.

<sup>8</sup> Ordinanza della Terza Sezione n. 25554 del 9 maggio 2013, relativa non solo all'art. 4 bis del decreto legge 272/2005, ma anche all'art. 4 *vicies ter*, cioè la norma, inserita in sede di conversione del decreto, che modifica il testo di numerosi articoli del Decreto del Presidente della Repubblica 309/90. Alcuni articoli modificati furono il 13 e il 14 in materia di formazione delle tabelle degli stupefacenti, e che introduceva le due nuove tabelle – quella degli stupefacenti e quella dei medicinali.

<sup>9</sup> Convertito, con modifiche, dall'articolo 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, numero 49.

Poiché l'articolo 73 e le relative tabelle non sono mai state abrogate non si possono applicare nella versione che il Governo ha approvato e quindi la Corte Costituzionale ha dichiarato che si devono applicare:

- le norme incriminatrici che sono contenute nell'originario articolo 73;<sup>10</sup>
- le sei tabelle che erano previste prima dell'entrata in vigore della "legge Fini-Giovanardi".<sup>11</sup>

Le norme presenti sostituiscono quelle precedenti che erano state adottate "in una situazione di carenza dei poteri".

Perciò il vizio nella formazione della legge impedisce che le disposizioni illegittime siano adatte "ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa".

La sentenza numero 32/2014 ha posto numerosi problemi interpretativi.

Il più rilevante ha riguardato i processi che si sono conclusi – prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza numero 32/2014 – con la sentenza irrevocabile di condanna o di applicazione della pena per fatti relativi alle "droghe leggere".

Non creano problemi interpretativi le sentenze definitive relative a sostanze stupefacenti quali l'eroina, la cocaina o l'*ecstasy*.<sup>12</sup>

Il problema si pone per le sentenze irrevocabili di condanna o che applicano la pena relative a droghe "leggere", che sono ancora in esecuzione.

Il giudice ha calcolato la pena con limiti di pena diversi da quelli che sono stati ripristinati con la sentenza della Corte Costituzionale. Infatti:

- per i fatti lievi il giudice ha tenuto conto di limiti di pena compresi tra 1 e 6 anni di reclusione e per la multa tra € 3.000 e € 26.000 invece di

<sup>10</sup> Connotate dalla diversa entità della risposta sanzionatoria stabilita nei commi primo e quarto, a seconda che la condanna abbia ad oggetto, rispettivamente, "droghe pesanti" oppure "droghe leggere".

<sup>11</sup> Quindi: a. Le sostanze ritenute in grado di produrre effetti sul sistema nervoso centrale e di determinare dipendenza psico-fisica nell'assuntore vengono incluse, nelle tabelle I e III richiamante dal comma primo dell'articolo 73; b. Le sostanze connotate da un grado inferiore di dipendenza e dei prodotti di corrente impiego terapeutico contenenti sostanze classificate nelle tabelle I e III e perciò idonee a creare problemi di dipendenza vengono ricondotte nelle tabelle II e IV, richiamate dal comma quarto dell'art. 73; c. I preparati e prodotti medicinali che, anche se contengono sostanze ad effetto stupefacente, erano sottoposti a disciplina e controlli meno rigorosi sono inseriti nelle tabelle V e VI.

<sup>12</sup> In questi casi le sanzioni per fatti "ordinari" sono certamente più severe di quelle – previste dalla norma poi dichiarata incostituzionale – poste a fondamento della sentenza irrevocabile: a parità di limite massimo di pena, è oggi prevista un limite minimo di pena di 8 anni di reclusione più la multa, mentre la pena minima era di 6 anni di reclusione, più la multa quando vigevo la legge numero 49/2006. Quanto ai fatti di lieve entità relativi a droghe "pesanti", la legge Fini-Giovanardi non aveva introdotto modifiche che peggioravano le sanzioni: sia il Decreto del Presidente della Repubblica numero 309/90 sia la legge 49/2006 prevedevano un limite e massimo della pena compresa tra 1 e 6 anni invece la pena pecuniaria era stata elevata da €2.582/25.822 a €3.000/26.000.

spaziare da una pena minima di 6 mesi ad una pena massima di 4 anni di reclusione ed una multa da €1.032 a €10.329;

- per i fatti "ordinari", il giudice ha individuato la pena spaziando tra 6 e 20 anni di reclusione e tra € 26.000 ed € 260.000 di multa invece di considerare un minimo e massimo di pena compreso tra 2 e 6 anni di reclusione e tra €5.164 ed €77.468 di multa.

1) Problema: Alla luce della sentenza della Corte Costituzionale le differenti sanzioni previste per le droghe "leggere" possono essere applicate anche per le condotte dove è ormai intervenuta – nel vigore della disciplina dichiarata incostituzionale – una sentenza passata in giudicato?

La Corte Costituzionale in effetti non ha cambiato la parte della norma che disciplina il fatto ma ha modificato solo la parte che riguarda le sanzioni.

Il pubblico ministero sposa quella parte della dottrina e della giurisprudenza che dà al quesito risposta negativa.

Secondo i principi generali del nostro ordinamento, è inderogabile e assoluto (articolo 25, comma 2, della Costituzione) solo il principio di irretroattività<sup>13</sup> della nuova legge penale sfavorevole.<sup>14</sup>

Questo principio ha l'obiettivo di tutela per i cittadini dagli arbitri del legislatore, e permettergli di calcolare le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

Invece, il principio di retroattività della legge più mite si basa nel principio di eguaglianza e deve fare i conti con altri principi fondamentali che potrebbero giustificare sanzioni diverse per fatti identici ma che si sono verificati in tempi diversi.

Il giudicato è il principio fondamentale nel nostro ordinamento.

Il giudicato, soprattutto quello penale, adempie ad un'essenziale funzione di garanzia del diritto fondamentale del soggetto a non essere condannato due volte per lo stesso fatto.

Questo principio è riconosciuto non solo dall'articolo 649 codice di procedura penale ma anche dall'articolo 4 del protocollo della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Il giudicato è tutelato, anche, grazie all'articolo 117 della Costituzione: risponde all'esigenza di evitare che il cittadino sia esposto alla pretesa punitiva dello stato, che con il giudicato si considera esaurita.

Due norme della Costituzione prevedono la funzione di garanzia del giudicato: - l'articolo 111, comma 7<sup>15</sup> e - l'articolo 27, comma 2.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Il principio di irretroattività uno dei principi cardine del diritto italiano, vieta l'applicazione di una norma penale a quelle condotte messe in atto prima della sua entrata in vigore: l'articolo 11 delle preleggi e articolo 25, comma 2 della Costituzione.

<sup>14</sup> Qualunque legge penale che introduce una nuova fattispecie di reato, una nuova circostanza aggravante oppure che rende semplicemente più pesante il trattamento sanzionatorio.

La condanna definitiva deve essere intesa come una decisione che garantisce una maggiore possibilità di avvicinarsi al vero e giusto processo, in quanto subordinata agli ordinari mezzi di impugnazione.

L'importanza del giudicato è evidenziata anche a livello europeo: la Corte di giustizia dell'Unione Europea puntualizza l'importanza del principio dell'autorità del giudicato e ritiene che è prevalente l'interesse alla stabilità e certezza del diritto rispetto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione.

La Corte del Lussemburgo, infatti, chiarisce l'estrema rilevanza dell'inviolabilità del giudicato "sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali".

Le sentenze definitive non possono più essere rimesse in discussione dopo che si sono esaurite le vie di ricorsi disponibili o dopo che scadono i termini previsti per i ricorsi. Tutto questo al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia per una buona amministrazione della giustizia.<sup>17</sup>

Il giudicato, secondo l'impostazione tradizionale e ancora oggi preferibile, è un limite ragionevole alla retroattività della legge più mite tutte le volte in cui c'è solo un fenomeno di successione di leggi penali o, come nel caso di specie, una modifica relativa alla sanzione (sia pure imposta da una sentenza di incostituzionalità) e non l'abolizione della norma relativa al fatto.

Infatti l'art. 2, comma 4, codice penale prevede che: "*se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*".

Quindi il «passaggio in giudicato» impedisce la riapertura del processo, anche nell'ipotesi di una legge più favorevole al colpevole.

Si tratta di una scelta dettata da ragioni di ordine pratico: per evitare che le modifiche legislative in materia penale determinino un'indiscriminata (e laboriosa) riapertura di tutti i processi per operare un «livellamento» delle pronunce sulle disposizioni della legge più mite.

<sup>15</sup> Articolo 117, comma 7, della Costituzione: contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisprudenziali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso per Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

<sup>16</sup> Articolo 27, comma 2, della costituzione: l'imputato non è considerato colpevole fino a condanna definitiva.

Quindi l'articolo in questione collega il superamento della presunzione di innocenza "alla condanna definitiva" (e non semplicemente all'accertamento legale di colpevolezza, come richiesto dall'articolo 6, paragrafo 2 della Corte Europea dei diritti dell'uomo).

<sup>17</sup> Questa tesi viene affermata nelle sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pagina I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pagina I-2585.

Nel caso in cui viene abolito il crimine si dichiara cessata la condanna e gli effetti penali.

Peraltro in ciò risiede una evidentissima differenza rispetto al caso di abolizione del crimine.

Solo in questa ipotesi se viene meno l'illiceità del fatto si determina sempre la cessazione della condanna e anche degli effetti penali.

In caso di abolizione del crimine si parla di «iperretroattività» vale a dire oltre il giudicato, almeno quando l'abrogazione è totale, nel senso che nessuna altra norma penale è applicabile al caso concreto.

Il giudicato, rispetto alla successione di leggi in senso stretto, è un limite che è talvolta oggetto di censure da parte della dottrina perché contrasta con il principio di eguaglianza.

Ma la Corte Costituzionale con la sentenza numero 80 del 1974 ha respinto la questione di illegittimità costituzionale della previsione di tale limite nell'articolo 2, comma 4, con riguardo all'art. 3 Costituzionale: la differenza rispetto all'ipotesi di abolire il crimine, con un trattamento peggiore per il colpevole, troverebbe giustificazione nell'«esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai conclusi, attraverso le sentenze irrevocabili».

Questa pronuncia è stata corroborata da pronunce successive.<sup>18</sup>

Anche la Corte di Cassazione ha applicato questo principio: l'oggetto della questione era se, dopo la perdita di efficacia (per effetto della sentenza della Corte Costituzionale numero 249 del 2010) della circostanza aggravante della clandestinità già prevista dall'art. 61, numero 11 *bis*, codice penale, vi fosse spazio per rideterminare la pena già inflitta, con sentenza passata in giudicato, eliminando quella porzione di pena maggiore inflitta per la circostanza poi dichiarata incostituzionale.

La Corte di Cassazione, con sentenza numero 27640 del 2012, ha ribadito che l'inviolabilità del giudicato impedisce alla norma successiva favorevole di incidere sui rapporti processuali ormai già conclusi.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Ad esempio la Corte Costituzionale, con sentenza numero 150 del 2005, ha affermato che «quanto alla dedotta lesione dell'art. 3 della Costituzione, un distinto trattamento applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, non contrasta con il principio di uguaglianza, dato che lo stesso fluire del tempo costituisce di per sé elemento differenziatore [...]. Inoltre, il legislatore ha il potere discrezionale di dettare disposizioni transitorie per regolare il passaggio da una vecchia ad una nuova disciplina».

<sup>19</sup> La Suprema Corte si è espressa in questi termini: «la evocazione del principio di eguaglianza, in relazione al differente trattamento sanzionatorio di analoghe condotte, a seconda che la pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla determinazione della pena, intervenga prima oppure dopo la formazione del giudicato, è – alla evidenza – mal posta. Invero, nell'ordinamento giuridico, la cosa giudicata costituisce fondamento affatto

Non si può modificare il giudicato perché: «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (articolo 30, comma 3, legge 87/1953).

Dunque la norma dichiarata incostituzionale (nel caso di specie, l'art. 73 del Decreto del Presidente della Repubblica 309/1990, versione Fini-Giovanardi) ha già definitivamente avuto applicazione. Si è cristallizzata in una sentenza irrevocabile nella sentenza irrevocabile.

Nella vicenda esecutiva non si applica più la norma incostituzionale, ma (solo) il *titolo esecutivo*, che si eleva a *norma del caso concreto*.

Ciò vuol dire che – essendo la situazione in esame al di fuori dai casi esplicitamente previsti – l'effetto *retroattivo* delle sentenze della Corte Costituzionale non può spingersi sino a rimettere in discussione i «rapporti giuridici esauriti».

Lo sviluppo logico del ragionamento è il seguente: il giudicato è un rapporto giuridico concluso e, anche se la condanna è tuttora in esecuzione, è intangibile, dal momento che nessuna norma del nostro ordinamento prevede che<sup>20</sup> si debba nuovamente tornare sulla questione.

Il dettato dell'art. 30, comma 4, legge 87/1953<sup>21</sup> non ostacola questo ragionamento per due ragioni:

- in primo luogo, perché quella norma non si adatta al caso concreto della sola modifica delle sanzioni;
- in secondo luogo, perché, secondo un orientamento della Corte di Cassazione,<sup>22</sup> l'articolo 673 codice di procedura penale ha determinato l'abrogazione implicita dell'articolo 30, legge 87/1953.<sup>23</sup>

ragionevole della differenza tra situazioni uguali. Il criterio è codificato nella disciplina del diritto intertemporale della legge penale, in quanto – fatta salva la eccezione stabilita dall'articolo 2 del codice penale, comma 3 – la pena inflitta con la condanna irrevocabile non resta insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al colpevole, delle disposizioni penali, cosiddetta legge più mite[...], con la conseguenza – in ipotesi – della doverosa espiatione di una pena addirittura superiore al massimo editale fissato dalla norma incriminatrice successivamente modificata».

<sup>20</sup> In caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice.

<sup>21</sup> L'articolo prevede che: «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

<sup>22</sup> Si riportano alcuni stralci della già citata sentenza numero 27640/2012, Hamrouni, che ha autorevolmente affermato la tesi fin qui illustrata: «Né la norma costituzionale, né le norme contenute negli ultimi due commi della legge 87/1953, articolo 30, impediscono l'esecuzione della pena, quando sulla determinazione delle sanzioni (fissato dal giudicato) ha influito una disposizione successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima». Inoltre si precisa che: «L'art. 136 della Costituzione comporta la retroattività della efficacia della pronuncia di illegittimità costituzionale in quanto la norma illegittima non può trovare (ulteriormente) applicazione neppure in relazione ai

Inoltre la Corte ha interpretato, nell’esercizio della sua funzione, la questione della legge 11 marzo 1953, numero 87, articolo 30, comma 4.

Ha ribadito il principio che la norma in parola “si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali”.<sup>24</sup>

fatti anteriori alla decisione del Giudice delle leggi. Al riguardo, dottrina e giurisprudenza sono, poi, assolutamente concordi e consolidate nel ritenere che le situazioni giuridiche esaurite nella vigenza della legge incostituzionale (*facta praeterita*), e la cosa giudicata costituiscono il limite invalicabile alla applicazione retroattiva della pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma. E, se pur comprensibili incertezze caratterizzano la individuazione delle situazioni giuridiche esaurite (in specie nella materia processuale), è, tuttavia, ben certo che il giudicato rappresenta “il punto di arresto” alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale».

<sup>23</sup> Per una ricostruzione dettagliata dell’articolo 30 della legge 87/1953 si riporta quanto segue: In particolare viene puntualizzato che l’articolo 30, comma tre, della legge 87/1953, ricalca il testo dell’articolo 136 della Costituzione, comma 1. Però non si può anettere a questa norma portata e valore diverso da quello speculare contenuto nella Costituzione. [...] Giova ulteriormente considerare che, con la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna, si esaurisce la “applicazione” di ogni norma penale che incide sulle sanzioni, laddove la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento che determina la sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la “applicazione” della norma definitivamente operata dal giudice. Sicché in esecuzione non si pone – alla evidenza – alcuna questione di (ulteriore) applicazione della norma penale in parola». In relazione al quarto comma dell’articolo 30 della legge 87/1953 si afferma che «L’ultimo comma della legge 11 marzo 1953, numero 87, articolo 30 (che dispone la cessazione dell’esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali) si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali (in tal senso anche Cassazione Sezione I, 30 maggio 1970, n. 1794; Cassazione Sezione III, 26 settembre 1984, n. 10190; Cassazione Sezione V, 21 giugno 1985, n. 6676; e Cassazione Sezione VI, 25 gennaio 1995, n. 3577). Né è condivisibile la valutazione riduttiva della citata giurisprudenza di questa Corte sulla base del rilievo che il principio riportato sarebbe stato affermato senza adeguato discernimento tra norme incriminatrici, “complete di precetto e sanzione, costitutive di una fattispecie di reato” e le altre norme penali “che si riferiscono a elementi accessori (circostanze del reato), sicché le sentenze si sarebbero (impropriamente) riferite alle norme incriminatrici per lo più solo al fine di distinguere da esse le norme processuali” oppure “nell’ambito di decisioni che avevano a oggetto, in realtà, il problema di situazioni da considerare a tutti gli effetti, anche esecutivi, esaurite”.

<sup>24</sup> Per maggiore chiarezza si evidenzia che: l’effetto della cessazione (non solo della esecuzione, ma anche congiuntamente e perentoriamente) di “tutti gli effetti penali” della “sentenza irrevocabile di condanna” implica necessariamente – alla evidenza – il radicale presupposto dell’abolizione del crimine. E, per vero, non è necessario indugiare sul punto della chiara inconciliabilità del regime della cessazione di “tutti” gli effetti penali della condanna irrevocabile con la dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato giudicato.

Dalla conclusione raggiunta, consegue che dopo l'entrata in vigore dell'art. 673 codice di procedura penale, si deve ritenere implicitamente abrogata l'articolo 30, comma 4, della legge 87/1953,<sup>25</sup> poiché la relativa disciplina ormai è completamente assorbita nella norma del codice.

Per tali motivi, si può, in definitiva, affermare che se interviene una sentenza irrevocabile di condanna che ha applicato una disposizione che poi è stata eliminata dall'ordinamento, i principi dettati dalla legge 87/1953 e gli strumenti operativi previsti dall'articolo 673 del codice procedura penale si applicano solo se il reato viene abolito, cioè solo se è stata eliminata dall'ordinamento proprio la norma incriminatrice: al giudice dell'esecuzione è imposto di revocare la sentenza, e di dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Invece, se la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato solo la circostanza aggravante o, come nel caso in esame, ha avuto riflessi solo sulle sanzioni di una condotta che ha comunque invariabilmente continuato ad essere incriminata, si verifica una situazione assimilabile al fenomeno di successione di leggi penali.

Pertanto secondo l'articolo 2 del codice penale, l'imputato che è stato condannato con sentenza irrevocabile, prima della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale, non può chiedere che venga applicata la legge modificata.

Le considerazioni che precedono devono dunque condurre l'Ill.mo sig. Giudice dell'esecuzione a dichiarare inammissibile o comunque a rigettare la richiesta avanzata nell'interesse di Tizio.

2) Se il Giudice dovesse sposare quella parte di giurisprudenza che prevede la permeabilità del giudicato, nel caso in esame non ci sono i presupposti.

È innegabile che le parti hanno calcolato la pena utilizzando la norma dichiarata incostituzionale ma è vero che la pena, applicata a Tizio, non può ritenersi illegale perché compatibile con i limiti di pena previsti dalla vigente normativa.

<sup>25</sup> Della cessazione della esecuzione della condanna irrevocabile e di tutti gli effetti penali in dipendenza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

La tesi è sostenuta dalla Corte di Cassazione con sentenza 38712/2013.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Si riportano alcune parti della sentenza: «L'illegittimità della pena può essere rilevata anche in sede di esecuzione, ma solo quando la pena non sia prevista dall'ordinamento giuridico oppure ecceda per specie e quantità il limite legale, poiché il principio di legalità della pena, espresso dall'art. 1 codice penale ed implicitamente dall'articolo 25 della Costituzione, comma 2, modella tutto il sistema penale e non opera solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta e non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato. Si deve precisare, però, che si è di fronte ad una pena illegale solo nei limiti sopra indicati, [...] mentre non può essere riconsiderato in sede esecutiva il calcolo attraverso il quale il giudice è pervenuto a determinare la pena (a meno che non sia frutto di un errore macroscopico, senza che vi sia stata una qualche valutazione sul punto da parte del giudicante), poiché detto calcolo è modificabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza (tale orientamento è confermato dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite numero 1882/14)». Inoltre si fanno delle precisazioni sul tema: Proprio sulla base di questi principi, si deve escludere che possa essere considerata pena illegale quella pena che rientra per specie e qualità nella pena prevista per il reato ascritto. Tale principio è stato espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza numero 28468/2013 che ha precisato che una volta accertato che la pena è legittima, la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione il titolo esecutivo, poiché non è consentita un'incursione nel merito della causa che non sia apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali.

Il giudice dell'esecuzione, ha il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente – in quanto, in forza degli articoli 136 della Costituzione e 30, commi 3 e 4 della legge 87/1953, le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione – ma non può tuttavia effettuare, in assenza di una specifica previsione di legge, una nuova valutazione di merito in ordine alla condotta e alla sua gravità, né può dare corso ad un nuovo accertamento del fatto, sia pure al solo scopo di uniformare il giudicato all'ordinamento vigente.

Quindi il giudice dell'esecuzione si deve limitare a riportare la pena nei limiti della legalità, ossia nei limiti e massimi di pena della previgente disposizione incriminatrice, e ricalcolare la pena secondo questo principio.

Questo principio è stato ribadito dal Tribunale di Milano, Sezione XI penale, ordinanza 3 aprile 2014, Giudice Cotta: «Una illimitata possibilità di intervenire sulla valutazione della pena di cui alla sentenza comporterebbe una inaccettabile e arbitraria violazione del giudicato, ben oltre i limiti richiesti e consentiti dalla situazione giuridica delineata. [...] Il giudice dell'esecuzione non è certo tenuto a rimodulare la pena che si attesta nei pressi del minimo edittale attualmente previsto».

Si tratta di una prospettiva rassicurante, posto che appare rispettosa della tradizionale interpretazione che vede con sospetto l'intervento "discrezionale" del giudice dell'esecuzione su determinazioni che vengono avvertite come prerogativa tipica del giudizio di cognizione.

Quindi alla luce di quanto affermato, la pena finale inflitta non può essere considerata illegale, infatti non c'è lesione dei diritti della persona quando la pena, pur commisurata al precedente quadro di sanzioni dichiarato incostituzionale, risulti comunque compresa negli attuali limiti di pena legali.

Non bisogna provvedere alla rideterminazione della pena in tutti i casi di condanna irrevocabile relativa a “droghe leggere”; al contrario, occorre valutare caso per caso la concreta legalità della pena inflitta in rapporto al ripristino dei limiti e massimi di pena.<sup>27</sup>

Va inoltre considerato che Tizio ha richiesto una valutazione discrezionale che si riferisce all'entità della pena da determinare.

Questa operazione implica una disamina approfondita della specifica vicenda, in quanto richiede una nuova valutazione della condotta del soggetto e di tutte le circostanze di fatto che hanno accompagnato la vicenda: valutazione che, alla luce della giurisprudenza richiamata che si ritiene di condividere, non è pensabile né ammissibile che possa essere operata dal giudice dell'esecuzione, neppure incidentalmente. Per tali motivi, dunque, la richiesta formulata nell'interesse del signor Tizio non può essere accolta.

3) Infine bisogna fare un ulteriore precisazione a sostegno di quanto affermato in precedenza.

Peraltro è interessante notare come sempre il Tribunale di Milano – per non esercitare arbitrio – rifiuta anche la prospettiva della rideterminazione della pena in misura proporzionale alle statuizioni del giudice della cognizione.

L'argomento, pienamente condivisibile, utilizzato dal Tribunale di Milano è il seguente: «Basti osservare che – visto che tutte le condotte (relative a droghe leggere e pesanti) in base alle norme dichiarate incostituzionali sono indifferentemente sanzionate con la pena da 6 a 20 anni di reclusione, era del tutto normale per il giudice attestarsi – nel caso di hashish e marijuana – su commisurazione della pena tendenti ai minimi o poco superiori [...]. Il giudice dell'esecuzione, dunque, si deve limitare a riportare la pena nei massimi e nei minimi di pena di cui all'articolo 73, comma 4, del Decreto del Presidente della Repubblica 309/1990, cioè nei limiti della legalità e ricalcolare la pena stessa secondo questo principio».

<sup>27</sup> Espressive di tale orientamento, che afferma l'inammissibilità dei ricorsi concernenti casi di pene comprese entro i limiti edittali nuovamente vigenti sono le ordinanze di inammissibilità di Cassazione penale, sezione VII, 12.11.2014 n. 50568, Bouhjar; Cassazione penale, sezione VII, 12.11.2014 n. 50569, Venturini; Cassazione penale, sezione VII, 15.10.2014 n. 45812, Izzi. Analogamente, Cassazione penale, sezione III, 25.2.2014 n. 11110; Cassazione penale, sezione III, 19.3.2014 n. 16699; Cassazione penale, sezione VI, 12.3.2014 n. 25807. Nel medesimo senso, seppure in un procedimento definito con sentenza di patteggiamento non ancora definitiva, Cassazione penale, sezione VI, 2.12.2014, n. 1409, Minardi, che alla luce di un'ampia ricostruzione giurisprudenziale, afferma che “una pena compresa entro la forbice edittale delle norme «ripristinate» dalla sentenza della Corte Costituzionale” non può essere considerata “illegale nel senso proprio del termine”.

Al condannato Tizio è stata riconosciuta la circostanza attenuate di cui al quinto comma Decreto del Presidente della Repubblica 309/90.

Il 14 maggio 2014 il Senato ha approvato in via definitiva la legge di conversione del decreto legge numero 36/2014 convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, numero 79 in materia di disciplina delle sostanze stupefacenti, e ha apportato peraltro varie modifiche rispetto al testo originario.

La legge di conversione, per quello che attiene a questo caso, ha modificato ancora una volta il quinto comma dell'art. 73 del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti.<sup>28</sup>

Il Legislatore ha ripristinato il vecchio quadro sanzionatorio previsto per i fatti di lieve entità relative alle droghe "leggere" del testo originario del Testo Unico, e lo ha esteso anche alle droghe "pesanti", per i quali il Testo Unico originario prevedeva invece la pena della reclusione da uno a sei anni.<sup>29</sup>

Ora per il nostro caso, dobbiamo stabilire quale norma applicare per chi ha commesso il fatto durante la vigenza della legge Fini-Giovanardi e sta espiando la pena in esecuzione di una condanna passata in giudicato.

In caso di sentenza passata in giudicato è evidente che le pene già inflitte non potranno comunque essere rideterminate sulla base della nuova norma qui ad esame.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza numero 32/2014, non ha modificato la disciplina relativa al fatto di lieve entità, introdotta nel decreto legge numero 146/2013. Rispetto a tali decisioni irrevocabili non c'è assolutamente spazio per un intervento di revisione del giudicato, in ossequio completo al disposto dell'articolo 2, comma 4, codice penale.

<sup>28</sup> Nel testo oggi vigente recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da €1.032 a €10.329».

<sup>29</sup> La nuova disposizione sostituisce quella introdotta dal decreto legge 23 dicembre 2013 numero 146, convertito dalla legge 21 febbraio 2014 numero 10 (con il quale il Governo ha introdotto alcune misure finalizzate a fronteggiare il sovraffollamento carcerario, nell'intento di adempiere agli obblighi imposti al nostro ordinamento dalla sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo) che era rimasta in vigore, nonostante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle modifiche all'articolo 73 Testo Unico introdotte dalla legge Fini-Giovanardi del 2006 di cui alla sentenza n.32/2014 e che aveva sostituito il testo del quinto comma dell'articolo 73 cioè aveva trasformato il fatto di lieve entità da circostanza attenuante ad effetto speciale ad ipotesi autonoma di reato.

Il nuovo quinto comma si applicherà nei processi pendenti per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del decreto legge numero 146/2013 e dunque a partire dal 24 dicembre 2013, poiché si tratta di legge più mite sopravvenuta più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma 4 codice penale.

Dunque si conclude riaffermando che la pena base applicata a Tizio su cui si sono innestati i successivi calcoli, rientra per specie e quantità nei limiti della pena prevista per il reato di cui all'articolo 73, formulazione attualmente vigente.

Pertanto la pena finale inflitta non può essere considerata illegale.<sup>30</sup>

Sulla base di quanto si è fin qui illustrato, si CHIEDE che l'Ill.mo sig. Giudice dell'esecuzione voglia dichiarare inammissibile o comunque rigettare l'istanza di rideterminazione della pena formulata nell'interesse del signor Tizio.

## Glossario

**Abrogazione** = con il termine abrogazione si intende la fine di efficacia di un atto normativo. Generalmente, una nuova legge annulla la precedente o parte di essa.

**Articolo** = è una parte del testo normativo.

Gli articoli sono numerati a partire dal numero 1 e si dividono anche in commi (ogni comma rappresenta tipograficamente un a capo, in modo che il primo comma corrisponde al principio, il secondo comma al primo capoverso, ecc.).

**Circostanze del reato** = le circostanze sono elementi accidentali che non sono necessari per la sussistenza del reato ma se sono presenti aggravano o riducono la pena a seconda se si tratti di circostanze aggravanti o attenuati.

**Cornice edittale** = indica il limite minimo e massimo previsto per la pena.

**Dottrina** = studio delle leggi e delle norme giuridiche da parte dei giuristi. Le loro interpretazioni possono aiutare i giudici e gli avvocati nella soluzione dei casi ma nessuno è obbligato a considerarle come universali.

**Giudicato** = individua l'immodificabilità del provvedimento del giudice, o perché siano stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione ordinari previsti dalla legge contro di esso o perché essi non siano più proponibili per il decorso dei termini. Il giudicato viene disciplinato dall'articolo 648 del codice di procedura penale.

**Giurisprudenza** = indica l'insieme delle sentenze adottate dai giudici per risolvere le controversie. Molto spesso per risolvere determinate controversie vengono richiamate sentenze che sono state emesse per la stessa materia. Bisogna ricordare che l'Italia ha adottato un sistema di *Civil Law* e quindi i

<sup>30</sup> Cfr., per l'affermazione del principio in un caso analogo a quello di specie, Cassazione penale, sezione V, 2.12.2014, numero 1409, Minardi: «quando il negozio del patteggiamento abbia preso in considerazione un valore di pena compatibile con i limiti edittali ripristinati dalla Consulta [...] la pena stessa non può considerarsi "illegale", e dunque la sentenza giudiziale resa dall' articolo 444 codice di procedura penale non può considerarsi nulla, per questa causa».

giudici applicano la legge e pronunciano la sentenza che fa stato solo tra le parti cioè quella sentenza vincola solo i soggetti in causa quindi ha efficacia limitata sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. A questo modello si contrappone la Common Law, dove il diritto è creato dallo stesso giudice, quindi, la sentenza crea il diritto cioè la regola dettata dal giudice in un caso concreto deve poi valere per tutte le successive controversie aventi lo stesso ambito oggettivo, anche se con soggetti diversi.

**Giurisprudenza di legittimità** = sentenze della Corte di Cassazione

**Norma incriminatrice** = norma che contiene precetto e sanzione.

**Parte** = identifica il soggetto che promuove l'azione o contro il quale l'azione è promossa.

**Patteggiamento** = si tratta di un procedimento speciale: applicazione della pena su richiesta delle parti. È disciplinato dagli articoli 444 e seguenti del codice di procedura penale.

**Potere di decretazione** = potere di adottare atti aventi forza di legge: decreti legislativi e decreti legge. Il **decreto legge** (D.L.) è una legge emanata per iniziativa del Governo senza che occorra una legge di delega da parte del Parlamento. Ma questo può avvenire, secondo quanto disposto dall'articolo 77 della Costituzione solo in "casi straordinari di necessità e urgenza". Alcune materie sono comunque sottratte al decreto legge: per esempio quella elettorale. Invece il **decreto legislativo** (D. Lgs.) è una legge emanata dal Governo su delega del Parlamento che ne precisa i contenuti, i limiti e i tempi di emanazione.

**Pena detentiva** = con questo termine si fa riferimento ad una pena che consiste nella privazione della libertà personale del condannato.

**Principio di irretroattività** = è uno dei principi cardine del diritto penale, vieta l'applicazione di una norma penale a quelle condotte messe in atto prima della sua entrata in vigore: articolo 11 delle preleggi e articolo 25, comma due, della Costituzione.

**Principio del *ne bis in idem*** = divieto di celebrare nuovamente un processo sul medesimo fatto già oggetto di una nuova decisione irrevocabile, nei confronti dello stesso imputato già condannato o prosciolto con sentenza o decreto penale che è diventato irrevocabile.

**Provvedimenti del giudice** = l'articolo 125 del codice di procedura penale disciplina i provvedimenti del giudice che sono: sentenza, ordinanza e decreto.

Dalla lettura dell'articolo si evince che è la legge a stabilire quando il provvedimento del giudice assume la veste di sentenza, decreto o ordinanza. Si può affermare che rispetto alla sentenza, il decreto e l'ordinanza si distinguono per essere provvedimenti non definitivi. Inoltre se manca un criterio generale per determinare se un provvedimento debba avere la forma dell'ordinanza o del decreto, si distinguono per il fatto che per l'ordinanza è

previsto l'obbligo di motivazione e per questo motivo si ritiene che questa si disponga in merito alle questioni di maggiore delicatezza.

## **2.2. Versione della memoria non semplificata**

### **MEMORIA DEL PUBBLICO MINISTERO**

ex art. 121 c.p.p.

nel procedimento di esecuzione a carico di

**TIZIO**, nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ e residente in \_\_\_\_\_ alla via \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_

Con sentenza del 20 dicembre 2010 il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Lecce applicava su richiesta delle parti a Tizio, imputato per illecita detenzione di sostanze stupefacenti (in quanto in possesso di un involucro contenente circa 60 grammi di *marijuana*), previo riconoscimento della circostanza attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 D.P.R. 309/90, la pena finale di anni due di reclusione ed €2.000,00 di multa.

In data 5 febbraio 2011 la sentenza diveniva irrevocabile.

Il difensore di Tizio ha instaurato l'incidente di esecuzione che ci occupa, chiedendo, nonostante l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza, di procedere ad una nuova determinazione della pena da applicare al suo assistito, sostenendo che quella già calcolata dalle parti deve oggi ritenersi illegittima in quanto derivante dall'applicazione dell'allora vigente art. 73 D.P.R. 309/1990, nel testo introdotto dal D.L. n. 272/05, convertito in legge n. 49/06 (cd. Legge Fini-Giovanardi), poi dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 32/2014.

A tale richiesta il pubblico ministero non può prestare il proprio consenso.

Brevemente, è necessario soffermarsi sull'evoluzione legislativa in materia di sostanze stupefacenti.

È noto che l'impianto normativo previsto dal D.P.R. 309/90 (c.d. Legge Jervolino/Vassalli) è stato significativamente modificato in occasione della conversione del decreto legge n. 272/2005 (recante *Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*): il Governo, nella seduta del Senato del 19 gennaio 2006, inserì un maxi emendamento attraverso il quale venne ad essere riscritta la normativa in materia di sostanze stupefacenti; il testo venne approvato senza alcuna significativa discussione parlamentare, per via della questione di fiducia posta in entrambi i rami del Parlamento, nel giro di tre settimane, al limite della legislatura (tre giorni dopo la definitiva approvazione da parte della Camera, il Presidente della Repubblica decretò lo scioglimento delle Camere).

previsto l'obbligo di motivazione e per questo motivo si ritiene che questa si disponga in merito alle questioni di maggiore delicatezza.

## **2.2. Versione della memoria non semplificata**

### **MEMORIA DEL PUBBLICO MINISTERO**

ex art. 121 c.p.p.

nel procedimento di esecuzione a carico di

**TIZIO**, nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ e residente in \_\_\_\_\_ alla via \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_

Con sentenza del 20 dicembre 2010 il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Lecce applicava su richiesta delle parti a Tizio, imputato per illecita detenzione di sostanze stupefacenti (in quanto in possesso di un involucro contenente circa 60 grammi di *marijuana*), previo riconoscimento della circostanza attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 D.P.R. 309/90, la pena finale di anni due di reclusione ed €2.000,00 di multa.

In data 5 febbraio 2011 la sentenza diveniva irrevocabile.

Il difensore di Tizio ha instaurato l'incidente di esecuzione che ci occupa, chiedendo, nonostante l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza, di procedere ad una nuova determinazione della pena da applicare al suo assistito, sostenendo che quella già calcolata dalle parti deve oggi ritenersi illegittima in quanto derivante dall'applicazione dell'allora vigente art. 73 D.P.R. 309/1990, nel testo introdotto dal D.L. n. 272/05, convertito in legge n. 49/06 (cd. Legge Fini-Giovanardi), poi dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 32/2014.

A tale richiesta il pubblico ministero non può prestare il proprio consenso.

Brevemente, è necessario soffermarsi sull'evoluzione legislativa in materia di sostanze stupefacenti.

È noto che l'impianto normativo previsto dal D.P.R. 309/90 (c.d. Legge Jervolino/Vassalli) è stato significativamente modificato in occasione della conversione del decreto legge n. 272/2005 (recante *Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*): il Governo, nella seduta del Senato del 19 gennaio 2006, inserì un maxi emendamento attraverso il quale venne ad essere riscritta la normativa in materia di sostanze stupefacenti; il testo venne approvato senza alcuna significativa discussione parlamentare, per via della questione di fiducia posta in entrambi i rami del Parlamento, nel giro di tre settimane, al limite della legislatura (tre giorni dopo la definitiva approvazione da parte della Camera, il Presidente della Repubblica decretò lo scioglimento delle Camere).

Tra le maggiori novità introdotte dalla L. 49/2006 – per quanto in questa sede rileva – vi era l'assimilazione tra tutti i tipi di sostanze stupefacenti, ora rientranti in un'unica tabella, senza più riconnettere alcuna conseguenza alla diversa tipologia di effetti ed al diverso grado di dipendenza riferibile alle diverse sostanze (secondo quanto si evince dalla relazione di accompagnamento al progetto di legge governativo l'equiparazione sarebbe giustificata dalla accertata crescita del principio attivo presente nelle ccdd. droghe leggere, con conseguente grave compromissione della salute dell'assuntore); per compensare l'aggravamento del trattamento previsto per le "droghe leggere", furono ridotti i minimi edittali dell'originaria formulazione dell'art. 73, comma 1, D.P.R. 309/90 (sei anni, in luogo degli originari otto); in relazione alle pene previste dal quinto comma dell'art. 73 per i fatti "di lieve entità" relativi a "droghe leggere", la legge Fini-Giovanardi elevava la cornice edittale dai 6 mesi / 4 anni del DPR 309/1990 ad 1/6 anni di reclusione, elevando anche la pena della multa.

Nel 2013 furono sollevate alcune questioni di legittimità costituzionale, prima dalla Corte d'Appello di Roma (ordinanza del 28 gennaio 2013, relativa al solo art. 4 *bis* del d.l. 272/2005, ossia la norma inserita in sede di conversione del decreto, che modificava il testo dell'art. 73 DPR 309/90), poi dalla Corte di Cassazione (ordinanza della Terza Sezione n. 25554 del 9 maggio 2013, relativa non solo all'art. 4 *bis* del d.l. 272/2005, ma anche all'art. 4 *vicies ter*, ossia la norma, inserita in sede di conversione del decreto, che modificava il testo di numerosi articoli del DPR 309/90, tra i quali gli articoli 13 e 14 in materia di formazione delle tabelle degli stupefacenti, e che introduceva le due nuove tabelle – quella degli stupefacenti e quella dei medicinali): le questioni riguardavano principalmente l'art.77 Cost., richiamato sia per l'assenza delle condizioni che consentissero al governo l'esercizio del potere di decretazione sia per l'assoluta incoerenza tra il testo originario del decreto legge e gli emendamenti apportati in sede di conversione, palesemente estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario.

I soli giudici della Corte d'Appello di Roma sollevarono la questione anche in riferimento all'art. 3 Cost. (richiamato per la intervenuta ed irragionevole equiparazione a livello sanzionatorio tra condotte che presentano un disvalore marcatamente differente) ed all'art. 117 Cost. (a causa della pretermissione della Decisione quadro n. 2005/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre del 2004, che aveva invitato gli Stati membri a differenziare le sanzioni per le "droghe leggere" da quelle relative alle "droghe pesanti").

In accoglimento della questione sollevata dalla Corte di Cassazione, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 32 depositata il 25 febbraio 2014 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 5 marzo 2014, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la novella alla disciplina sulle sostanze

stupefacenti apportata dagli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49.

Il parametro costituzionale violato è l'art. 77, comma 2 Cost., per difetto di omogeneità e quindi di nesso funzionale tra le disposizioni del decreto legge e quelle impugnate, introdotte solo nella legge di conversione. Al riguardo la Consulta ha rilevato che la legge di conversione «segue un *iter* parlamentare semplificato e caratterizzato dal rispetto di tempi particolarmente rapidi, che si giustificano alla luce della sua natura di legge funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge, emanato provvisoriamente dal Governo e valido per un lasso di tempo temporale breve e circoscritto», con la conseguenza che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, perché altrimenti potrebbe «essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare».

La rilevata assenza del necessario legame logico-giuridico, richiesto dall'art. 77, secondo comma, Cost. rende le norme denunziate adottate “in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente” illegittimi.

La Corte ha evidenziato quali sono gli effetti della pronuncia di accoglimento espressamente affermando che tornano “a ricevere applicazione l'art. 73 del DPR 309/90 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogate, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate”.

Hanno dunque ripreso vigore, per espressa indicazione della Consulta, sia le norme incriminatrici contenute nell'originario art. 73 (e connotate dall'assai diversa entità della risposta sanzionatoria stabilita nei commi primo e quarto, a seconda che l'oggetto della condotta sia costituito, rispettivamente, da “droghe pesanti” ovvero “droghe leggere”); sia anche le sei tabelle vigenti prima dell'entrata in vigore della “legge Fini-Giovanardi” (con l'inclusione, nelle tabelle I e III richiamante dal comma primo dell'art. 73, delle sostanze ritenute in grado di produrre effetti sul sistema nervoso centrale e di determinare dipendenza psico-fisica nell'assuntore; nelle tabelle II e IV, richiamate dal comma quarto dell'art. 73, delle sostanze connotate da un grado inferiore di dipendenza e dei prodotti di corrente impiego terapeutico contenenti sostanze classificate nelle tabelle I e III, e perciò idonee a creare problemi di dipendenza. Nelle tabelle V e VI, erano invece inseriti preparati e prodotti medicinali che, pur contenendo sostanze ad effetto stupefacente, erano sottoposti a disciplina e controlli meno rigorosi).

Ciò è affermato “in considerazione del particolare vizio procedurale accertato” che consente di affermare come le disposizioni di legge di conversione illegittime siano state adottate “in una situazione di carenza del potere”. Insomma è la radicalità del vizio nella formazione della legge ad

impedire che le disposizioni illegittime siano idonee «ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa», come già affermato dalla giurisprudenza costituzionale nelle ipotesi di incostituzionalità di norme contenute in decreti legislativi in difetto di delega (sentenza n. 162/2012 e n. 5/2014, in tema di abrogazione del reato di associazione paramilitare).

A seguito della sentenza n. 32/2014 si sono posti numerosi problemi interpretativi e il più rilevante ha riguardato i processi definiti – prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza n. 32/2014 – con sentenza irrevocabile di condanna o di applicazione della pena per fatti relativi a “droghe leggere”.

*Nulla quaestio* per le sentenze definitive relative a sostanze stupefacenti quali l'eroina, la cocaina o l'*ecstasy*, poiché in questi casi l'attuale trattamento sanzionatorio per fatti “ordinari” è certamente più severo di quello – previsto dalla norma poi dichiarata incostituzionale – posto a fondamento della sentenza irrevocabile: a parità di pena edittale massima, è oggi prevista una pena edittale minima di 8 anni di reclusione più la multa, mentre sotto il vigore della l. n. 49/2006 la pena minima era di 6 anni di reclusione, più la multa. Quanto ai fatti di lieve entità relativi a droghe “pesanti”, la legge Fini-Giovanardi non aveva introdotto modifiche peggiorative del trattamento sanzionatorio: sia il DPR 309/90 che la l. 49/2006 prevedevano una cornice edittale compresa tra 1 e 6 anni invece la pena pecuniaria era stata elevata da €2.582/25.822 a €3.000/26.000.

Il problema si pone in relazione alle sentenze irrevocabili di condanna o di applicazione della pena, delle quali sia ancora in corso l'esecuzione, relative a droghe “leggere”, in quanto al soggetto giudicato con sentenza definitiva sotto il vigore della l. 49/2006, la pena è stata calcolata sulla base di una cornice edittale diversa da quella che il giudice avrebbe considerato ove la norma invalida non fosse mai esistita: per i fatti lievi il giudice avrebbe spaziato da una pena minima di 6 mesi ad una pena massima di 4 anni di reclusione ed una multa da €1.032 a €10.329 ed invece ha tenuto conto di limiti edittali compresi tra 1 e 6 anni di reclusione e per la multa tra €3.000 e €26.000; mentre per i fatti “ordinari”, in luogo di una cornice edittale compresa tra 2 e 6 anni di reclusione e tra €5.164 ed €77.468 di multa, il giudice ha individuato la pena spaziando tra 6 e 20 anni di reclusione e tra €26.000 ed €260.000 di multa.

1) Ci si è dunque chiesti se il differente regime sanzionatorio precedentemente e di nuovo previsto per le droghe “leggere” possa trovare applicazione anche in relazione alle condotte per le quali sia ormai intervenuta – nel vigore della disciplina dichiarata incostituzionale – sentenza passata in giudicato: la particolarità della questione risiede nel fatto che, per effetto della declaratoria di incostituzionalità, non è venuta a mutare la parte della norma incriminatrice relativa alla descrizione della condotta vietata,

rimasta sostanzialmente immutata, ma solo la parte relativa al trattamento sanzionatorio.

A parere di chi scrive e secondo la preferibile dottrina e giurisprudenza al quesito va data risposta negativa.

Secondo i principi generali del nostro ordinamento, solo il principio di irretroattività della nuova legge penale sfavorevole (qualunque legge penale: intervenga essa ad introdurre una nuova fattispecie di reato, una nuova circostanza aggravante ovvero a rendere semplicemente più pesante il trattamento sanzionatorio) è inderogabile e assoluto (art. 25, comma 2, Cost.) trattandosi di uno strumento di garanzia fondamentale per il cittadino contro gli arbitri del legislatore, ed essendo anche espressione della esigenza di “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta da parte dei consociati; al contrario, il principio di retroattività della *lex mitior*, trovando fondamento nel principio di eguaglianza deve fare i conti con altri principi fondamentali che potrebbero giustificare un trattamento sanzionatorio diverso per fatti identici ma giustificati in tempi diversi.

Principio fondamentale nel nostro ordinamento è il giudicato, soprattutto quello penale adempie ad un’essenziale funzione di garanzia del diritto fondamentale del condannato al *ne bis in idem*, riconosciuto non solo dall’art. 649 c.p.p. ma anche dall’art. 4 del prot. della CEDU e, dunque, a livello costituzionale attraverso il parametro interposto dell’art. 117 Cost. in quest’ottica il giudicato risponde all’esigenza di evitare che il cittadino sia indefinitamente esposto alla pretesa punitiva statale, che deve ritenersi consumata in via definitiva appunto con l’esaurimento del giudicato.

D’altra parte che il giudicato penale assolve soprattutto una funzione di garanzia emerge chiaramente dalle due norme ad esso espressamente dedicate dalla Costituzione: l’art. 111, comma 7 subordina l’esistenza del giudicato quantomeno all’avvenuto (o mancato) esperimento del ricorso per Cassazione per violazione di legge; l’art. 27, comma 2 ricollega il superamento della presunzione di innocenza “alla condanna definitiva” (e non semplicemente all’accertamento legale di colpevolezza, come richiesto dall’art. 6, § 2 della CEDU), intesa come decisione che, in quanto subordinata agli ordinari mezzi di impugnazione, garantisce una maggiore possibilità di avvicinarsi al vero e giusto processo.

L’importanza del giudicato è evidenziato anche a livello europeo: la CGUE puntualizza l’importanza del principio dell’autorità del giudicato e lo celebra al punto da ritenere prevalente l’interesse alla stabilità e certezza del diritto sulla corretta applicazione del diritto dell’Unione.

La Corte del Lussemburgo, infatti, chiarisce l’estrema rilevanza dell’intangibilità del giudicato “vuoi nell’ordinamento giuridico dell’Unione vuoi negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute

definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585).

Secondo l'impostazione tradizionale e ancora oggi preferibile, dunque, il giudicato è un limite di per sé ragionevole alla retroattività della *lex mitior* tutte le volte in cui non venga in rilievo l'intervenuta abolizione della fattispecie incriminatrice, ma solo un fenomeno di successione di leggi penali o, come nel caso di specie, una modifica relativa al trattamento sanzionatorio (sia pure imposta da una declaratoria di incostituzionalità).

Infatti l'art. 2, comma 4, c. p. prevede che: "*se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*".

Quindi il c.d. «passaggio in giudicato» impedisce la riapertura del processo, ciò anche nell'ipotesi in cui sia stata varata una legge più favorevole al reo. Si tratta di una scelta dettata da ragioni di eminente ordine pratico: si vuole evitare che le modificazioni legislative operate in materia penale determinino un'indiscriminata (quanto laboriosa) riapertura di tutti i processi al solo fine di operare un «livellamento» delle pronunce sulle disposizioni della legge più mite.

Peraltro in ciò risiede una evidentissima differenza rispetto al caso dell'*abolitio criminis*, laddove il venir meno *tout court* dell'illiceità del fatto determina sempre la cessazione della condanna e anche degli effetti penali.

Si parla, rispetto all'*abolitio criminis*, di «iperretroattività» vale a dire oltre il giudicato, almeno quando l'abrogazione sia totale, nel senso che nessuna altra norma penale – né preesistente né contestuale all'abrogazione stessa – sia applicabile al caso concreto.

Un limite, quello del giudicato rispetto alla successione di leggi in senso stretto, che è talora oggetto di censure da parte della dottrina per contrasto con l'equità e con il principio di eguaglianza.

Ma la Corte Costituzionale ha respinto la questione di illegittimità costituzionale della previsione di tale limite nell'art. 2, comma 4, con riguardo all'art. 3 Cost., dato che la differenza rispetto all'ipotesi di *abolitio criminis*, con conseguente peggiore trattamento del reo, troverebbe razionale giustificazione, come è stato affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 80 del 1974, nell'«esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili».

Questa tesi è corroborata da numerose autorevoli pronunce successive a quella da ultimo citata: ad esempio la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 150 del 2005, ha affermato che «quanto alla dedotta lesione

dell'art. 3 della Costituzione, non contrasta con il principio di uguaglianza un differenziato trattamento applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, giacché lo stesso fluire di questo costituisce di per sé elemento differenziatore. Inoltre, rientra nella discrezionalità del legislatore dettare disposizioni transitorie per regolare il passaggio da una vecchia ad una nuova disciplina».

Anche la giurisprudenza di legittimità ha dato applicazione a questo principio, nel caso di successiva declaratoria di incostituzionalità non di una disposizione incriminatrice, ma di una disposizione che aveva introdotto una circostanza aggravante applicata dal giudice nella sentenza poi divenuta irrevocabile.

L'oggetto della questione era se, a seguito della caducazione (per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 249 del 2010) della circostanza aggravante della clandestinità già prevista dall'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., vi fosse spazio per una rideterminazione della pena già inflitta con sentenza passata in giudicato, attraverso l'eliminazione di quella porzione di pena maggiore inflitta a seguito della circostanza poi dichiarata incostituzionale.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 27640 del 2012, ha ribadito che l'intangibilità del giudicato impedisce alla norma successiva favorevole di incidere sui rapporti processuali ormai già esauriti. Infatti la Suprema Corte si è espressa in questi termini: «la evocazione del principio di eguaglianza, in relazione allo sperequato trattamento sanzionatorio di analoghe condotte, a seconda che la pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla determinazione della pena, intervenga prima ovvero dopo la formazione del giudicato, è – alla evidenza – mal posta. Invero, nell'ordinamento giuridico, la *res iudicata* costituisce fondamento affatto ragionevole del *discrimen* tra situazioni uguali. Il criterio è codificato nella disciplina del diritto intertemporale della legge penale, in quanto – fatta salva la eccezione stabilita dall'art. 2 c.p., comma 3 – la pena inflitta colla condanna irrevocabile resta affatto insensibile alla sopravvenuta modificazione, in senso favorevole al reo, delle disposizioni penali, c.d. *lex mitior*..., con la conseguenza – in ipotesi – della doverosa espiazione di una pena addirittura superiore al massimo edittale fissato dalla norma incriminatrice successivamente novellata».

La tesi dell'intangibilità del giudicato muove da una premessa ben precisa: «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 30, comma 3, l. 87/1953).

*Ergo* la norma dichiarata incostituzionale (nel caso di specie, l'art. 73 DPR 309/1990, versione Fini-Giovanardi) ha già definitivamente avuto applicazione, cristallizzata in una sentenza irrevocabile.

Ciò che – nella vicenda esecutiva – deve trovare applicazione non è (più) la norma incostituzionale, ma (solo) il *titolo esecutivo*, che assurge, come è stato efficacemente affermato, a *norma del caso concreto*.

Ciò vuol dire che – essendo la situazione in esame al di fuori dai casi esplicitamente previsti – l'effetto *retroattivo* delle sentenze della Corte Costituzionale non può spingersi sino a rimettere in discussione i «rapporti giuridici esauriti», tutelati dal crisma del giudicato.

Lo sviluppo logico del ragionamento è il seguente: il giudicato è un rapporto giuridico esaurito e, dunque, benché la condanna sia tuttora in esecuzione, essa è intangibile, posto che nessuna norma del nostro ordinamento prevede che – in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di *norma penale diversa dalla fattispecie incriminatrice* – si debba nuovamente tornare sulla questione.

A tale ragionamento non osta il dettato dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953 («Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali») per due ragioni: in primo luogo, perché quella norma mal si attaglia al caso concreto della sola "rimodulazione" del trattamento sanzionatorio; in secondo luogo, perché, secondo un orientamento emerso in sede di legittimità, l'art. 673 c.p.p. (sopravvenuto all'art. 30, l. 87/1953) avrebbe determinato l'abrogazione implicita di quest'ultima disposizione.

Si riportano alcuni stralci della già citata sentenza n. 27640/2012, *Hamrouni*, che ha autorevolmente affermato la tesi fin qui illustrata: «né la norma costituzionale, né le norme contenute negli ultimi due commi della l. 87/1953, art. 30, ostano alla esecuzione della pena, quando sulla determinazione del trattamento sanzionatorio (cristallizzato dal giudicato) ha influito una disposizione successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima». Inoltre si precisa che: «L'art. 136 Cost. comporta la retroattività della efficacia della pronuncia di illegittimità costituzionale in quanto la norma illegittima non può trovare (ulteriormente) applicazione neppure in relazione ai fatti anteriori alla decisione del Giudice delle leggi. Al riguardo, dottrina e giurisprudenza sono, poi, assolutamente concordi e consolidate nel ritenere che le situazioni giuridiche esaurite nella vigenza della legge incostituzionale (*facta praeterita*), e la *res iudicata* costituiscono il limite invalicabile alla applicazione retroattiva della pronuncia della illegittimità costituzionale di una norma. E, se pur comprensibili incertezze caratterizzano la individuazione delle situazioni giuridiche esaurite (in specie nella materia processuale), è, tuttavia, ben certo che il giudicato rappresenta "il punto di arresto" alla espansione della retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale».

In ordine all'art. 30 della l. 87/1953, viene puntualizzato che: «L'art. 30, comma 3, ricalca il testo dell'art. 136 Cost., comma 1. Però non possono annettersi alla suddetta norma portata e valenza diverse da quella speculare

contenuta nella Costituzione. [...] Giova ulteriormente considerare che, colla pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna, si esaurisce la “applicazione” di ogni norma penale incidente sul trattamento sanzionatorio, laddove la esecuzione della pena trova esclusivamente titolo nel relativo provvedimento di irrogazione dalla sanzione, il quale, in virtù della efficacia preclusiva del giudicato, è affatto insensibile a ogni questione circa la “applicazione” della norma definitivamente operata dal giudice. Sicché *in executivis* non si pone – alla evidenza – alcuna questione di (ulteriore) applicazione della norma penale in parola».

In relazione al quarto comma dell’art. 30 della l. 87/1953 si asserisce che «l’ultimo comma della l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, che dispone la cessazione dell’esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norma dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali (in tal senso anche Cass. Sez. I, 30 maggio 1970, n. 1794; Cass. Sez. III, 26 settembre 1984, n. 10190; Cass. Sez. V, 21 giugno 1985, n. 6676; e Cass. Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 3577). Né è condivisibile la valutazione riduttiva della citata giurisprudenza di questa Corte sulla base del rilievo che il principio riportato sarebbe stato affermato senza adeguato discernimento tra norme incriminatrici, “complete di precetto e sanzione, costitutive di una fattispecie di reato” e le altre norme penali “che si riferiscono a elementi accessori (circostanze del reato), sicché le sentenze si sarebbero (impropriamente) riferite alle norme incriminatrici per lo più solo al fine di distinguere da esse le norme processuali” ovvero “nell’ambito di decisioni che avevano a oggetto, in realtà, il problema di situazioni da considerare a tutti gli effetti, anche esecutivi, esaurite”. Invero la Corte ha affrontato *ex professo*, nell’esercizio del magistero nomofilattico, la questione della ermeneutica della l. 11 marzo 1953, n.87, art. 30, comma 4. E gli arresti censiti hanno ribadito il principio che la norma in parola “si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali” anche con riferimento alla declaratoria della illegittimità costituzionale di norme penali (diverse da quelle incriminatrici), incidenti sul trattamento sanzionatorio, e, proprio in termini, nella specifica materia delle ipotesi aggravate [...] Orbene la conclusione che la previsione della norma in esame è circoscritta alle (sole) norme incriminatrici è suffragata dalla analisi della oggettiva disciplina giuridica stabilita dalla disposizione. Invero l’effetto della cessazione (non solo della esecuzione, ma anche congiuntamente e perentoriamente) di “tutti gli effetti penali” della “sentenza irrevocabile di condanna” implica necessariamente – alla evidenza – il radicale presupposto dell’*abolitio criminis*. E, per vero, non è d’uopo indugiare sul punto della patente inconciliabilità del regime della cessazione di “tutti” gli effetti penali della condanna irrevocabile colla dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato giudicato. La conclusione

raggiunta, circa il contenuto e la portata della l. 87/1953, art. 30, comma 4, comporta, peraltro, la ulteriore conseguenza che, per effetto della entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p., deve ritenersi implicitamente abrogata la succinta disposizione (della cessazione della esecuzione della condanna irrevocabile e di tutti gli effetti penali in dipendenza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), essendo la relativa disciplina ormai completamente assorbita in quella della norma codicistica la quale opera in radice la revoca della sentenza di condanna (e, quindi, indefettibilmente anche la cessazione della relativa esecuzione e di tutti gli effetti penali)».

Per tali motivi, si può, in definitiva, affermare che ove sia divenuta irrevocabile una sentenza di condanna che ha fatto applicazione di una disposizione poi espunta dall'ordinamento, i principi dettati dalla l. 87/1953 e gli strumenti operativi indicati dall'art. 673 c.p.p. trovano applicazione solo in caso di *abolitio criminis*, cioè solo se sia stata eliminata dall'ordinamento proprio la norma incriminatrice: tanto impone infatti al giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Invece, se la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato solo la circostanza aggravante o, come nel caso in esame, ha avuto riflessi solo sul trattamento sanzionatorio di una condotta che ha comunque invariabilmente continuato ad essere incriminata, si verifica una situazione assimilabile al fenomeno di successione di leggi penali e quindi in forza dell'art. 2 c.p., il favorevole mutamento del quadro normativo non può essere invocato dall'imputato la cui posizione sia stata definita, prima della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale, con sentenza irrevocabile.

Le considerazioni che precedono devono dunque condurre l'Ill.mo sig. Giudice dell'esecuzione a dichiarare inammissibile o comunque a rigettare la richiesta avanzata nell'interesse di Tizio.

2) Ove il Giudice dovesse ritenere di dar credito a quella giurisprudenza, a parere di chi scrive non condivisibile, secondo cui il giudicato sulla pena è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in *bonam partem*, esprimendo un interesse collettivo (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibili di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali (principio di uguaglianza e legalità della pena), che, nella loro dimensione individuale sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, nel caso di specie non potrebbe comunque addivenirsi alla chiesta rideterminazione della pena: ed invero, se è innegabile che la dichiarazione di incostituzionalità ha colpito la norma utilizzata dalle parti per calcolare la pena poi applicata al signor Tizio, è altrettanto innegabile che la pena della quale si discute non può ritenersi illegale, essendo la stessa pienamente compatibile con i limiti edittali attualmente vigenti.

La Cassazione, con sentenza n. 38712/2013, ha affermato che: «Anche in sede di esecuzione, può essere rilevata l'illegittimità della pena, ma solo quando la stessa sia una pena non prevista dall'ordinamento giuridico oppure eccedente per specie e quantità il limite legale, dato che il principio di legalità della pena, enunciato dall'art. 1 c.p. ed implicitamente dall'art. 25 Cost., comma 2, informa di sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione. Tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato. Si deve precisare, però, che si è di fronte ad una pena illegale solo nei limiti sopra indicati, [...] mentre non può essere riconsiderato in sede esecutiva il calcolo attraverso il quale il giudice è pervenuto a determinare la pena (a meno che non sia frutto di un errore macroscopico, senza che vi sia stata una qualche valutazione sul punto da parte del giudicante), essendo detto calcolo modificabile solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione della sentenza (tale orientamento è confermato dalla SSUU n. 1882/14)».

Proprio sulla base di detti principi, deve escludersi che possa essere considerata pena illegale quella pena che rientra per specie e qualità nella pena edittalmente prevista per il reato ascritto. Tale principio è stato espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 28468/2013 che ha precisato che una volta accertata la legittimità della pena, la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione la fattualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un'incursione nel merito di causa che non sia *tout court* apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali.

Il giudice dell'esecuzione, pur avendo il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente – in quanto, in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi 3 e 4, l. 87/1953, le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione – non può tuttavia effettuare, in assenza di una specifica previsione di legge, una nuova valutazione di merito in ordine alla condotta e alla sua gravità, né può dare corso ad un nuovo accertamento del fatto, sia pure al solo scopo di uniformare il giudicato all'ordinamento vigente.

Quindi il giudice dell'esecuzione deve limitarsi a riportare la pena nei limiti della legalità, ossia nell'alveo edittale di cui alla previgente disposizione incriminatrice, ricalcolando la pena secondo questo principio: come è stato affermato dal Tribunale di Milano, Sez. XI pen., ord. 3 aprile 2014, Giud. Cotta «una illimitata possibilità di intervenire sulla valutazione della pena di cui alla sentenza comporterebbe una inaccettabile e arbitraria violazione del giudicato, ben oltre i limiti necessitati e consentiti dalla situazione giuridica delineata. Né possono valere considerazioni quali l'applicazione nella sentenza in oggetto del minimo della pena, o di poco

superiore al minimo (minimo che costituisce per la normativa vigente, il massimo edittale): invero non è dato effettuare valutazioni, se non arbitrarie, sulle ragioni che determinano quella scelta, e dunque il giudice dell'esecuzione non è certo tenuto a rimodulare la pena attestandosi nei pressi del minimo edittale attualmente previsto».

Si tratta di una prospettiva rassicurante, posto che appare ossequiosa del tradizionale canone interpretativo che vede con sospetto l'intervento "discrezionale" del giudice dell'esecuzione su determinazioni che vengono avvertite come prerogativa tipica del giudizio di cognizione.

Peraltro è interessante notare come sempre il Tribunale di Milano – per non esercitare arbitrio – rifiuta altresì la prospettiva della rideterminazione della pena in misura proporzionale alle statuizioni del giudice della cognizione. L'argomento, pienamente condivisibile, speso dal Tribunale di Milano è il seguente: «basti osservare che – essendo in base alle norme dichiarate incostituzionali tutte le condotte (relative a droghe leggere e pesanti) indifferentemente sanzionate con la pena da 6 a 20 anni di reclusione, era del tutto normale per il giudice attestarsi – nel caso di *hashish* e *marijuana* – su commisurazione della pena tendenti ai minimi o poco superiori [...]. È solo un esempio, per rappresentare che il livello di commisurazione della pena nella sentenza non può costituire un'indicazione ragionevole univoca e che, dunque, qualunque interpretazione, in tal senso, sarebbe arbitraria. Il giudice dell'esecuzione, dunque, deve limitarsi a riportare la pena nell'alveo edittale di cui all'art. 73, comma 4, DPR 309/1990, pertanto nei limiti della legalità, ricalcolando la pena stessa secondo questo principio».

Quindi alla luce di quanto affermato, nel caso in esame la pena base su cui si sono innestati i successivi calcoli rientra per specie e quantità nei limiti della pena edittalmente prevista per il reato di cui all'art. 73, quinto comma, nella formulazione venuta a rivivere per effetto della sentenza n. 32/2014, e pertanto la pena finale inflitta non può essere considerata illegale. Non c'è lesione dei diritti della persona allorquando la pena, pur commisurata al precedente quadro edittale dichiarato incostituzionale, risulti comunque compresa negli attuali limiti edittali legali.

Non bisogna provvedere alla rideterminazione della pena in tutti i casi di condanna irrevocabile relativa a "droghe leggere", occorrendo, al contrario, valutare caso per caso la concreta legalità della pena inflitta in rapporto alla ripristinata forbice edittale (espressive di tale orientamento, che afferma l'inammissibilità dei ricorsi concernenti casi di pene comprese entro i limiti edittali nuovamente vigenti sono le ordinanze di inammissibilità di Cass. pen., sez. VII, 12.11.2014 n. 50568, Bouhjar; Cass. pen., sez. VII, 12.11.2014 n. 50569, Venturini; Cass. pen., sez. VII, 15.10.2014 n. 45812, Izzi. Analogamente, Cass. pen., sez. III, 25.2.2014 n. 11110; Cass. pen., sez. III, 19.3.2014 n. 16699; Cass. pen., sez. VI, 12.3.2014 n. 25807. Nel

medesimo senso, seppure in un procedimento definito con sentenza di patteggiamento non ancora definitiva, Cass. pen., sez. VI, 2.12.2014, n. 1409, Minardi, che alla luce di un'ampia ricostruzione giurisprudenziale, afferma che “una pena compresa entro la forbice edittale delle norme «ripristinate» dalla sentenza della Corte Costituzionale” non può essere considerata “illegale nel senso proprio del termine”).

Va inoltre considerato che con l'istanza di rideterminazione della pena il condannato Tizio ha in sostanza richiesto una valutazione discrezionale che attiene all'entità della pena da comminare, operazione che implica una disamina approfondita della specifica vicenda, in quanto richiede una nuova valutazione della condotta del soggetto e di tutte le circostanze di fatto che hanno accompagnato la vicenda: valutazione che, alla luce della giurisprudenza richiamata che si ritiene di condividere, non è pensabile né ammissibile che possa essere operata dal giudice dell'esecuzione, neppure incidentalmente; anche per tali motivi, dunque, la richiesta formulata nell'interesse del signor Tizio non può essere accolta.

3) Infine bisogna fare un ulteriore precisazione a sostegno di quanto affermato in precedenza.

Al condannato Tizio è stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui al quinto comma DPR 309/90.

Il 14 maggio 2014 il Senato ha approvato in via definitiva la legge di conversione del decreto legge n. 36/2014 convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n.79 in materia di disciplina delle sostanze stupefacenti, apportando peraltro varie modifiche rispetto al testo originario.

La legge di conversione, per quanto in questa sede rileva, ha modificato ancora una volta il quinto comma dell'art. 73 T.U. stup., che nel testo oggi vigente recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da €1.032 a €10.329».

Il Legislatore ha così ripristinato il vecchio quadro edittale previsto per i fatti di lieve entità aventi ad oggetto le droghe “leggere” dal testo originario del T.U., estendendolo peraltro anche ai fatti corrispondenti aventi ad oggetto droghe “pesanti”, per i quali il T.U. originario prevedeva invece la pena della reclusione da uno a sei anni.

La nuova disposizione sostituisce quella introdotta dal d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014 n. 10 (con il quale il Governo ha introdotto alcune misure finalizzate a fronteggiare il sovraffollamento carcerario, nell'intento di adempiere agli obblighi imposti al nostro ordinamento dalla sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo) che era rimasta in vigore, nonostante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle modifiche all'art. 73 T.U. introdotte dalla

legge c.d. Fini-Giovanardi del 2006 di cui alla sentenza n.32/2014 e che aveva sostituito il testo del quinto comma dell'art. 73 trasformando il fatto di lieve entità da circostanza attenuante ad effetto speciale ad ipotesi autonoma di reato.

Dal punto di vista intertemporale, il nuovo quinto comma si applicherà nei processi pendenti per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013 e dunque a partire dal 24 dicembre 2013, trattandosi di *lex mitior* sopravvenuta più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p.

Per il nostro caso, occorre stabilire quale sia la norma applicabile per chi, avendo commesso il fatto durante la vigenza della legge Fini-Giovanardi, stia espiando la pena in esecuzione di una condanna passata in giudicato.

In caso di sentenza passata in giudicato è evidente che le pene già inflitte non potranno comunque essere rideterminate sulla base della nuova norma qui ad esame.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 32/2014, ha espressamente fatta salva la innovata disciplina del fatto di lieve entità come introdotta nel d.l. n. 146/2013. Rispetto a tali decisioni irrevocabili non c'è assolutamente spazio per un intervento di revisione del giudicato, in ossequio completo al disposto dell'art. 2, comma 4, c.p.

*Ergo* si conclude riaffermando che la pena base applicata a Tizio su cui si sono innestati i successivi calcoli rientra per specie e quantità nei limiti della pena edittalmente prevista per il reato di cui all'art. 73, formulazione attualmente vigente; pertanto la pena finale inflitta non può essere considerata illegale (cfr., per l'affermazione del principio in un caso analogo a quello di specie, Cassazione penale, sez. V, 2.12.2014, n.1409, Minardi: «quando il negozio del patteggiamento abbia preso in considerazione un valore di pena compatibile con i limiti edittali ripristinati dalla Consulta .. la pena stessa non può considerarsi "illegale", e dunque non può considerarsi nulla, per questa causa, la sentenza giudiziale resa *ex art.* 444 c.p.p.»).

Sulla base di quanto si è fin qui illustrato, si CHIEDE che l'Ill.mo sig. Giudice dell'esecuzione voglia dichiarare inammissibile o comunque rigettare l'istanza di rideterminazione della pena formulata nell'interesse del signor Tizio.

### **3. Analisi dei processi di semplificazione linguistica applicati al testo in esame**

La memoria del pubblico ministero è un testo giuridico che, seguendo la classica tripartizione proposta da Mortara Garavelli (2001, p. 25), rientra tra i testi applicativi.