

**REPUBBLICA ITALIANA**

In nome del Popolo Italiano

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

SEZIONI UNITE PENALI

Composta da

Giorgio Santacroce

- Presidente -

Sent. n. sez. 6

Severo Chieffi

CC - 26/02/2015

Amedeo Franco

R.G.N. 49591/14

Giovanni Conti

Silvio Amoresano

Maurizio Fumo

Rocco Marco Blaiotta

Patrizia Piccialli

Giorgio Fidelbo

- Relatore -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da

Marcon Sonny, nato a Chioggia il 09/12/1987

avverso l'ordinanza del 06/06/2014 del Giudice dell'udienza preliminare del  
Tribunale di Padova

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

sentita la relazione del consigliere Giorgio Fidelbo;

lette le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore  
generale Carmine Stabile che ha concluso per l'annullamento dell'ordinanza  
impugnata con rinvio degli atti al Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale  
di Padova per la rideterminazione della pena.

## RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza emessa il 15 ottobre 2013, divenuta irrevocabile il 21 novembre 2013, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Padova applicava, ai sensi degli artt. 444 e ss. cod. proc. pen., a Sonny Marcon la pena di anni tre di reclusione ed euro 16.000 di multa per avere, in concorso con altre persone, illecitamente acquistato, trasportato e detenuto circa kg. 20 di *hashish* e tentato di acquistare, tramite un intermediario olandese, kg. 30 di *marijuana* da rivendere sul mercato italiano.

La pena oggetto dell'accordo è stata determinata nel seguente modo: anni sei di reclusione ed euro 26.000 di multa come pena-base per il reato consumato, previa esclusione della contestata aggravante prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990; ridotta ad anni quattro di reclusione ed euro 18.000 di multa per il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche; aumentata, per la ritenuta continuazione con il reato tentato, ad anni quattro e mesi sei di reclusione ed euro 24.000 di multa; ridotta per il rito ad anni tre di reclusione ed euro 16.000 di multa.

2. Con richiesta del 7 marzo 2014 il difensore di fiducia di Marcon chiedeva al giudice della esecuzione del Tribunale di Padova di accertare e dichiarare, ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., l'inefficacia dell'ordine di esecuzione per la carcerazione emesso dalla Procura della Repubblica di Padova il 16 dicembre 2013 e, quindi, di revocare la sentenza divenuta definitiva e di rideterminare la pena, con concessione della sospensione condizionale della stessa.

Il difensore assumeva che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*VICES TER* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 – e della conseguente reviviscenza della disciplina modificata dal legislatore con le norme dichiarate incostituzionali, Marcon aveva diritto alla rideterminazione della pena, che avrebbe dovuto essere contenuta nei più favorevoli limiti edittali vigenti.

Secondo il richiedente la questione relativa alla incidenza della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale – diversa da quella incriminatrice – sulla condanna passata in giudicato avrebbe trovato soluzioni innovative, a seguito della sentenza costituzionale n. 249 del 2010, nella stessa giurisprudenza della Corte di cassazione che ha fissato il principio secondo cui gli artt. 136 Cost. e 30, terzo e quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, non consentono l'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della

cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, con conseguente attribuzione al giudice dell'esecuzione del compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissso di individuarla specificamente ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze (Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, Hauohu, Rv. 252062).

Sulla base di questa giurisprudenza e di una lettura ampia dell'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953, non circoscritta alla declaratoria della illegittimità costituzionale delle sole norme che prevedono un autonomo titolo di reato, riteneva che, ai sensi dell'art. 30 cit. e dell'art. 136 Cost., non poteva darsi esecuzione alla porzione di pena inflitta dal giudice in riferimento ad un limite edittale dichiarato costituzionalmente illegittimo e che, al riguardo, nessuna preclusione poteva discendere per la rideterminazione della pena dalla intervenuta irrevocabilità della sentenza.

3. Con ordinanza del 6 giugno 2014 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Padova, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettava la richiesta del condannato.

In particolare, il giudice riconosceva che ai sensi dell'art. 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953 dovevano essere eliminati gli effetti ancora in atto di una legge non più efficace, precisando che nessuna preclusione poteva derivare dal giudicato, essendo la pena ancora in esecuzione, e che la dichiarazione di incostituzionalità della parte sanzionatoria della norma incriminatrice in questione avrebbe dovuto comportare la rideterminazione della pena inflitta; tuttavia, riteneva che nella specie la pena-base, cui il giudice della cognizione aveva fatto riferimento, non solo rientrava nei limiti edittali di pena ripristinati a seguito della sentenza della Corte costituzionale – sicché la pena appariva rispondente ai limiti edittali applicabili –, ma doveva altresì considerarsi congrua rispetto alla gravità del reato base e del delitto tentato posto in continuazione, escludendo così la necessità di procedere alla rideterminazione.

4. Contro questa decisione l'avvocato Marco Pietropolli, nell'interesse di Marcon, ha proposto ricorso per cassazione, articolando un unico motivo con il quale ha dedotto, sotto distinti profili, la nullità dell'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione per inosservanza ed erronea applicazione della «legge penale e di altre norme».

Secondo il ricorrente il giudice dell'esecuzione ha, innanzitutto, violato gli artt. 136 Cost. e 30, comma quarto, legge n. 87 del 1953, atteso che avrebbe

dovuto obbligatoriamente, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, rideterminare la pena inflitta con la sentenza irrevocabile e non, invece, confermare una pena divenuta illegale, in quanto sulla base di una interpretazione letterale delle norme indicate la revoca della sentenza di condanna è conseguenza immediata e diretta della pronuncia di incostituzionalità e dell'effetto retroattivo della stessa e non può essere rimessa al potere discrezionale del giudice.

Inoltre, la decisione impugnata sarebbe in contrasto con gli artt. 3, 13, secondo comma, 25, secondo comma, 27, secondo comma, Cost. e 7 CEDU, nonché con l'art. 73, comma 4, d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo originario, per aver confermato una pena illegale. In particolare, rileva che la «mera coincidenza» del nuovo massimo edittale previsto per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 con il vecchio minimo edittale previsto per lo stesso reato dalla norma dichiarata incostituzionale, non sarebbe decisiva per escludere la rideterminazione della pena, atteso che, se il Marcon avesse commesso lo stesso fatto dopo la sentenza della Corte costituzionale, la pena verosimilmente non si sarebbe assestata sul massimo della cornice edittale ripristinata.

Il corollario che ne consegue, secondo il ricorrente, sarebbe quello per cui la pena dovrebbe essere comunque rideterminata e tale operazione dovrebbe essere compiuta non liberamente, ai sensi degli artt. 132 e 133 cod. pen., quanto, piuttosto, secondo una modifica aritmetico-proporzionalistica della pena irrogata dal giudice di cognizione, idonea a riprodurre il contenuto dell'accordo tra le parti – recepito in sentenza dal giudice – senza, quindi, apprezzamenti valutativi discrezionali da parte del giudice della esecuzione.

Sulla base di tali presupposti il ricorrente, facendo riferimento al "nuovo minimo edittale", ha indicato in anni uno di reclusione ed euro 3.178 di multa la pena che andrebbe applicata utilizzando il criterio proporzionale e, inoltre, con riferimento alla pena così rideterminata ha chiesto la sospensione condizionale.

Le argomentazioni e le conclusioni riportate sono state ribadite con memorie difensive depositate l'8 e il 19 febbraio 2015. In particolare, l'ultima memoria contiene una replica alle conclusioni scritte del Procuratore generale, che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di rivalutare la congruità della pena secondo i criteri previsti dagli artt. 132 e 133 cod. pen.: il ricorrente insiste nel ritenere che il giudice dell'esecuzione non ha alcun potere discrezionale di rivalutazione della pena in base agli artt. 132 e 133 cod. pen., potendo solo utilizzare per la rideterminazione il criterio aritmetico-proporzionale.

5. Il Primo Presidente, tenuto conto della particolare importanza e complessità delle questioni sottese nonché della esistenza di orientamenti

giurisprudenziali di legittimità non univoci, con decreto del 19 dicembre 2014 ha assegnato d'ufficio, ai sensi dell'art. 610, comma 2, cod. proc. pen., il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione in camera di consiglio, ex art. 611 cod. proc. pen., l'odierna udienza.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. La questione di diritto per cui il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite può essere così sintetizzata:

*"Se la pena applicata su richiesta delle parti per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle droghe leggere con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 debba essere necessariamente rideterminata in sede di esecuzione e, in caso di risposta affermativa, se debba essere rideterminata secondo un criterio aritmetico-proporzionale di adeguamento alla mutata e più favorevole cornice edittale, o se, invece, il giudice dell'esecuzione possa rivalutare la congruità e la correttezza della sanzione irrogata dal giudice della cognizione rispetto alla disciplina oggetto di reviviscenza avvalendosi dei criteri discrezionali di cui gli artt. 132 e 133 cod. pen.".*

2. Preliminarmente, si osserva che nel caso in esame il giudice dell'esecuzione, pur ritenendo, astrattamente, di poter intervenire sulla pena, oggetto di una sentenza di "patteggiamento" irrevocabile, divenuta illegale a seguito della declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 32 del 2014, ha respinto la richiesta di rideterminazione sul presupposto della coincidenza della pena con i nuovi limiti edittali e della sua piena congruità rispetto alla gravità dei reati. Nell'ordinanza impugnata si giustifica l'essere stato indicato come pena-base, nella vigenza dell'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, modificato dalla legge n. 49 del 2006, il minimo edittale di sei anni, rilevandosi che non troverebbe alcuna giustificazione una rideterminazione che partisse dalla nuova pena edittale minima – pari a due anni di reclusione ed euro 5.164 –, in quanto risulterebbe del tutto incongrua in considerazione della gravità del fatto, che rende coerente l'applicazione della pena-base partendo dal massimo edittale oggi previsto, pari appunto a sei anni. In sostanza, l'ordinanza impugnata pur operando una comparazione tra la disciplina incostituzionale e quella rivissuta dopo la sentenza della Corte costituzionale, alla fine conclude per la sostanziale legalità della pena applicata, in quanto ricompresa nei "nuovi" limiti edittali.

Tenuto conto di tali affermazioni, prima di affrontare la questione specifica rimessa all'esame delle Sezioni Unite, relativa alla possibilità, ed eventualmente

alle modalità, per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena incostituzionale oggetto di una sentenza di patteggiamento irrevocabile, appare necessario ribadire quanto si è già affermato nella sentenza "Jazouli" – emessa lo stesso giorno della presente decisione – sul tema della illegalità della pena derivante dalla sopraggiunta dichiarazione di incostituzionalità. Nella sentenza citata, infatti, si è sostenuto che la pena determinata o, nel caso del patteggiamento, ratificata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato sui limiti edittali previsti dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, è illegale anche se è ricompresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, rivissuto per effetto della stessa sentenza costituzionale (Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, con specifico riferimento alla pena applicata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.).

Nel richiamare sul punto la motivazione contenuta nella sentenza Jazouli, in questa sede è sufficiente ricordare che le Sezioni Unite hanno preso atto degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies del d.l. n. 272 del 2005 – inseriti nella legge di conversione n. 49 del 2006 –, effetti consistiti nella "eliminazione" *ex tunc* dell'intera riforma del 2006, che aveva soppresso ogni distinzione fondata sulla natura delle sostanze droganti e aggravato il trattamento sanzionatorio per le condotte illecite di produzione, traffico e detenzione degli stupefacenti, punendole con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000, e nella conseguente reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, nella originaria formulazione di cui all'art. 14 della legge 26 giugno 1990, n. 162, caratterizzato dalla distinzione della risposta sanzionatoria a seconda del tipo di stupefacente, prevedendo per le droghe c.d. leggere la pena da due a sei anni di reclusione e la multa da euro 5.164 a euro 77.468; e hanno ravvisato l'illegalità della pena non solo nel caso in cui siano superati i limiti edittali massimi ripristinati a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, ma anche qualora tali limiti siano formalmente rispettati, facendo riferimento oltre che al principio di legalità di cui agli artt. 1 cod. pen., 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU, anche a quelli di proporzionalità e di colpevolezza.

Si è osservato, infatti, che le nuove comminatorie impongono di riconsiderare la pena in attuazione del principio di proporzionalità, questo per non vedere legittimata l'applicazione di una pena al di sopra della misura della colpevolezza. Ne consegue che la pena edittale deve necessariamente corrispondere alla "gravità" del reato, in quanto è costruita sulla "gravità" del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive e soggettive «come

sua variabile dipendente»: sicché «una distonia nel rapporto o addirittura uno iato tra i due fattori sarebbero costituzionalmente intollerabili».

Pertanto, se «il legislatore esprime la sua valutazione sulla gravità del fatto di reato che decide di incriminare», al giudice spetta il compito di esercitare il suo potere discrezionale avendo come imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore che, a sua volta, deve essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità.

Sulla base di questi presupposti è stato escluso «che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e sanzione, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine» e si è precisato che il diverso trattamento sanzionatorio conseguente al ripristino della distinzione tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere, presuppone «un diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore, che finisce per incidere sulla funzione retributiva e rieducativa della pena inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice edittale». D'altra parte, se il sistema penale è ispirato al principio di colpevolezza «la sproporzione tra la pena inflitta in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma incostituzionale (nel caso in esame, pena minima pari a sei anni di reclusione) e quella che, pur rientrando nella cornice edittale ripristinata, è comunque espressione di una diversa valutazione del rapporto tra pena e offesa (pena massima pari a sei anni di reclusione), rivela uno squilibrio della sanzione rispetto al *quantum* di colpevolezza accertato nel caso concreto e, quindi, compromette la stessa funzione che la pena dovrebbe costituzionalmente assolvere».

Si è quindi ritenuto che l'incostituzionalità della cornice edittale in base alla quale il giudice ha misurato la responsabilità dell'imputato «finisce con il travolgere la stessa pena in concreto inflitta, vale a dire il risultato finale di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzionatoria edittale), la misurazione compiuta non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – né coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità». Infatti, la valutazione di responsabilità del reo «non risulta più misurata "legalmente", perché la risposta punitiva è stata elaborata sulla base di un compasso sanzionatorio incostituzionale, così da risultare alterato lo stesso giudizio di gravità del reato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.», per cui l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio viene completamente travolta e vanificata per il venir meno proprio di uno dei suoi

presupposti fondanti, vale a dire la legalità della cornice edittale: la pena è stata inflitta in base ad una dosimetria non più attuale, che non avrebbe mai dovuta essere applicata, in quanto contraria alla Costituzione e, dunque, non sarebbe mai dovuta venire ad esistenza, in quanto è la conseguenza dell'applicazione di una norma che è stata cancellata dall'ordinamento con efficacia *ex tunc*.

Concludendo sul punto, si è ritenuto che l'illegalità di cui si discute abbia una natura particolare, non solo perché non attiene ad un errore materiale nella determinazione della quantità o del tipo di sanzione, ma «perché ciò che è illegale non è la sanzione in sé, quanto l'intero procedimento di commisurazione giudiziale, che si è basato su criteri edittali incostituzionali e quindi mai esistiti, procedimento che ha portato, tra l'altro, all'applicazione di una pena in contrasto con il principio di proporzionalità e di colpevolezza».

Una volta ribadita la nozione di pena illegale, così come ricostruita dalla sentenza Jazouli, deve conseguentemente censurarsi l'ordinanza impugnata là dove esclude la necessità di una rideterminazione sanzionatoria in presenza di una pena che risulta ricompresa nei limiti edittali ripristinati per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014.

D'altra parte, si tratta di un aspetto che ha una ricaduta diretta sulla questione principale rimessa alle Sezioni Unite, perché nella misura in cui si ritiene che la pena oggetto della sentenza irrevocabile di "patteggiamento" nei confronti dell'odierno ricorrente è illegale, essendo irrilevante che la pena applicata per le droghe leggere rientri nella nuova cornice edittale, si pone il problema della necessità o meno di rivisitare il giudicato.

3. L'oggetto principale della questione riguarda il giudicato e la possibilità di un suo superamento nel caso in cui al fatto risulti applicabile una norma più favorevole sotto il profilo sanzionatorio.

La fattispecie è diversa dai casi disciplinati dall'art. 673 cod. proc. pen. riferiti all'*abolitio criminis* e alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, che possono determinare la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato; diversa anche dal fenomeno della successione di leggi nel tempo, con riferimento al sopraggiungere di una norma più favorevole, fenomeno che, come è noto, trova nell'art. 2, quarto comma, cod. pen., uno sbarramento alla tangibilità del giudicato.

Nel caso in esame il problema è collegato, ancora una volta, alla sentenza n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle modifiche apportate all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 dalla legge n. 49 del 2006 e che per l'effetto ha ripristinato l'originario art. 73 cit., che prevede sanzioni certamente più favorevoli, con particolare riguardo alle droghe "leggere". Si tratta, quindi, di



verificare se il vincolo del giudicato sussista con riferimento all'applicabilità di una norma più favorevole per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale che abbia agito sul profilo sanzionatorio della norma incriminatrice, anziché su quello propriamente precettivo.

3.1. Invero, quello della illegalità della pena e della necessità di ricondurla nei parametri costituzionali è un tema che negli ultimi anni ha impegnato sia la Corte costituzionale sia la Corte di cassazione, che in diverse occasioni hanno dovuto affrontare la questione della "rivisitabilità" del giudicato di condanna.

Con la sentenza n. 210 del 2013 la Corte costituzionale ha messo in luce come, pur dovendo attribuirsi indubbio valore al giudicato, espressione dell'esigenza di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, tuttavia l'ordinamento conosce casi in cui l'intangibilità della condanna irrevocabile può subire "flessioni", determinate dalla necessità di bilanciare il valore costituzionale del giudicato con «prevalenti opposti valori», di pari dignità costituzionale, ai quali «il legislatore intende assicurare un primato»: il riferimento è in primo luogo alla tutela della libertà personale. Nella sentenza citata si precisa che è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative «alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato». Secondo la Corte costituzionale, spetta al giudice comune, e in particolar modo alla Corte di cassazione, il compito di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili (in questi termini, la citata sentenza n. 210 del 2013).

Ed è proprio recependo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale che la Corte di cassazione è intervenuta sul tema.

3.2. Con una prima sentenza le Sezioni Unite hanno affermato che vi sono argomenti che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente o costituzionalmente illegittima, atteso che l'istanza di legalità della pena è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", non potendosi consentire, in uno Stato democratico di diritto, la esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Costituzione (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano).

In tal senso si è ritenuto che la necessità che la restrizione della libertà personale del condannato sia legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, secondo comma, e 25, secondo comma, Cost.), prevalga rispetto alla intangibilità del giudicato ed

imponga di intervenire in quelle situazioni che devono essere emendate «dallo stigma dell'ingiustizia». Secondo le Sezioni Unite "Ercolano" «è pur vero che il titolo per l'esecuzione della pena è integrato dalla sentenza irrevocabile di condanna, che si atteggia [...] norma del caso concreto e rende doverosa l'attuazione del comando sanzionatorio penale, ma non può ignorarsi la base giuridica su cui riposano la sentenza di condanna e, assieme ad essa, la specie e l'entità della pena da eseguire. Se la norma generale e astratta, sulla quale il giudice della cognizione ha fatto leva per giustificare la pronuncia di condanna, si riveli *ex post* incompatibile con il principio di legalità [...] ad essa deve necessariamente porsi fine».

La Corte ha quindi individuato le diverse ipotesi in cui il principio dell'intangibilità del giudicato soccombe rispetto agli altri valori, a cui il legislatore assicura un primato:

- l'*abolitio criminis*", in cui è prevista la revoca della sentenza di condanna (art. 673 cod. proc. pen.) e la cessazione degli effetti penali (art. 2, secondo comma, cod. pen.);

- la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ex art. 673 cod. proc. pen.;

- l'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, come si ricava dall'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale;

- l'art. 2, terzo comma, cod. pen., inserito dall'art. 14 della legge 24 febbraio 2006, n. 85, secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna irrevocabile deve essere convertita immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede esclusivamente quest'ultima, regola questa che deroga alla previsione di cui al successivo quarto comma dello stesso articolo, che individua nel giudicato il limite all'operatività della *lex mitior*.

La sentenza "Ercolano" ha affrontato anche il tema della individuazione dello strumento idoneo a consentire l'intervento correttivo.

Con particolare riguardo alla questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata si è ritenuta la inapplicabilità dell'art. 673 cod. proc. pen. Si è osservato che quest'ultima disposizione si riferisce alla disciplina generale sostanziale in tema di successione della legge penale nel tempo e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, sicché essa non può essere interpretata per legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul

giudicato formale nella sola parte relativa all'aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia.

Tuttavia, la non applicabilità dell'art. 673 cod. proc. pen. non esclude che, in sede di esecuzione, possano venire in rilievo situazioni diverse che, sebbene non considerate nella norma appena indicata, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica, come accade, in particolare, per l'operatività dell'art. 2, terzo comma, cod. pen., o, appunto, per i casi in cui deve applicarsi il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, declaratoria che ha forza invalidante *ex tunc*, la cui portata, già implicita nell'art. 136 Cost., è resa esplicita dall'art. 30 della legge n. 87 del 1953.

Secondo la citata sentenza delle Sezioni Unite il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata costituzionalmente illegittima - nella parte relativa al trattamento sanzionatorio - è esso stesso principio di rango sovraordinato - sotto il profilo della gerarchia delle fonti - rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato ed è all'art. 30 della legge n. 87 del 1953 che deve farsi riferimento, avendo tale norma un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'art. 673 cod. proc. pen., che prende in considerazione i fenomeni della depenalizzazione e della incostituzionalità delle norme penali oggetto della pronuncia irrevocabile. Il riferimento generico, contenuto nell'art. 30 cit., alla «norma dichiarata incostituzionale» evoca qualsiasi tipologia di norma penale, comprese quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio: ne deriva che non deve considerarsi estraneo alla *ratio* dello stesso articolo impedire che anche una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale, perché la conformità a legge della pena, in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione (nello stesso senso, Sez. 1, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi, Rv. 253084; Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh, Rv. 253338; Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, Hauohu, Rv. 252062).

Il principio affermato è che nella ipotesi in cui il giudicato sia "aggredibile" nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione «il giudice dell'esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 cod. proc. pen., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima».

Dunque, ad eccezione dei casi in cui sia necessario un nuovo accertamento di merito che imponga la riapertura del processo, l'istituto processuale da utilizzare, incidendo sul titolo esecutivo, per sostituire la pena inflitta con quella conforme alla CEDU e alla Costituzione, è l'incidente di esecuzione.

A tal fine sono stati riconosciuti ampi margini di manovra alla giurisdizione esecutiva, non essendo i poteri di questa circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma potendo, invece, incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, ogniqualevolta lo esigano imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano).

3.3. Tali principi sono stati, recentemente, confermati e sviluppati da un'altra decisione delle Sezioni Unite, tornata ad occuparsi del tema della tangibilità del giudicato di condanna, con riferimento all'aspetto sanzionatorio (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto).

In questo caso le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere una questione molto simile a quella in oggetto e cioè se, successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione della pena in sede di esecuzione.

La sentenza in esame, innanzitutto, ha ribadito la diversità fra gli effetti derivanti dai fenomeni di successione tra norme o di abrogazione di norme rispetto a quelli discendenti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, sottolineando che si tratta di situazioni cui corrispondono diverse conseguenze: mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, a diverse conclusioni deve giungersi per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno della invalidità. Infatti, la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da una invalidità originaria, e ciò impone e giustifica la proiezione "retroattiva", cioè sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, della intervenuta pronuncia di incostituzionalità, la quale «certifica la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida».

Quanto alla individuazione della categoria "degli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi", nel caso di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, la sentenza "Gatto" considera che il "rapporto" deve considerarsi esaurito solo quando gli effetti pregiudizievoli non possano più essere rimossi, cioè solo quando la pena è stata interamente scontata: «l'esecuzione della pena, infatti, implica 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, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi».

Ne consegue che il giudice dell'esecuzione non può liquidare, evocando l'intangibilità del giudicato, l'istanza di chi gli chiede di controllare la legalità della pena ancora in esecuzione e, anzi, deve rilevare «che la pena inflitta è stata determinata sulla base di una norma penale sostanziale, dichiarata incostituzionale, che egli ha l'obbligo di disapplicare».

In tale contesto, le Sezioni Unite hanno ribadito il principio secondo cui, per la soluzione delle questioni derivanti dalle declaratorie di incostituzionalità che attengono al solo trattamento sanzionatorio, è necessario fare riferimento all'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953, non sussistendo in detta disposizione alcun elemento che induca ad escludere dal suo ambito applicativo la dichiarazione d'illegittimità di una norma sostanziale non incriminatrice.

Ne deriva che «se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l'illecito penale, cessano l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall'art. 673 cod. proc. pen.; se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale».

Sono stati evidenziati i poteri di cui il giudice dell'esecuzione dispone per ricondurre a legalità l'esecuzione di una pena. Per confutare la tesi secondo cui il giudice della esecuzione non sarebbe titolare di poteri valutativi, sono stati espressamente richiamati i principi affermati da Sez. U, n. 4687 del 20/12/2005, Catanzaro, Rv. 232610, in ordine al potere del giudice della esecuzione di concedere, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia ex art. 673 cod. proc. pen., il beneficio della sospensione condizionale della pena, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, primo comma, cod. pen., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti.

Inoltre, si è fatto riferimento ai poteri di accertamento e di valutazione attribuiti dal legislatore al giudice della esecuzione in materia di concorso formale e reato continuato (art. 671 cod. proc. pen.), e, più in generale, alla stessa esigenza di razionalità dell'intero sistema processuale, atteso che, una volta «che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso

giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione» (Sez. U, Catanzaro).

Quanto ai limiti entro i quali il giudice della esecuzione può fare uso di detti poteri valutativi, si è chiarito che il giudice dell'esecuzione deve procedere «nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile» (così, Sez. U, Gatto).

A tal fine, il giudice della esecuzione può esaminare gli atti processuali, ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., che autorizza il giudice ad acquisire i documenti e le informazioni necessari e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio.

4. Ricostruito lo stato della giurisprudenza, è possibile trarre le seguenti considerazioni:

- per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale relativa al trattamento sanzionatorio è necessario rimuovere gli effetti che dalla norma in questione discendono;

- tale operazione, investendo principi fondamentali quale quello della libertà personale, impone, ai sensi dell'art. 30, terzo e quarto comma, legge n. 87 del 1953, di rivisitare il giudicato di condanna in tutti i casi in cui il rapporto esecutivo non sia esaurito;

- in tali casi il giudicato, da una parte, deve essere "mantenuto", quanto ai profili relativi alla sussistenza del fatto, alla sua attribuzione soggettiva e alla sua qualificazione giuridica, ma, dall'altra, deve essere "riconformato", quanto ai profili sanzionatori;

- il compito di incidere sul giudicato ai fini indicati spetta al giudice della esecuzione che «non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo, ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)» e che, quindi, può intervenire sia quando l'intervento si risolva in una mera operazione matematica di tipo automatico, sia quando la rimozione dei perduranti effetti derivanti dalla norma dichiarata incostituzionale richieda l'esercizio di poteri valutativi;

- il limite all'opera di rideterminazione della pena da parte del giudice della esecuzione, che può fare uso di poteri istruttori, è costituito da quanto già

accertato dal giudice di cognizione per ragioni di merito, cioè da quanto accertato non facendo applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

Dal contenuto delle norme richiamate, nonché dalla "flessibilizzazione" del giudicato registrata nella fase esecutiva, sembra emergere una duplice dimensione del giudicato penale: la prima relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); la seconda relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*.

In altri termini, se il "giudicato sull'accertamento" è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, il "giudicato sulla pena" è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché *in bonam partem*, essendo espressione di un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti, suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Sulla base di quanto stabilito dalle sentenze delle Sezioni Unite "Ercolano" e "Gatto" che, come si è visto, riconoscono al giudice dell'esecuzione, in virtù dell'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953, il potere di rideterminare la pena anche quando la dichiarazione di incostituzionalità concerne una norma penale diversa da quella incriminatrice, deve ritenersi risolta anche la prima questione rimessa a questo Collegio, nel senso che la pena applicata su richiesta delle parti in base all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, nella formulazione di cui alla legge n. 49 del 2006, dichiarata successivamente incostituzionale dalla sentenza n. 32 del 2014, deve essere rideterminata anche in sede esecutiva, in modo tale che le parti e il giudice possano riferirsi al diverso e più mite trattamento sanzionatorio risultante dal rivissuto art. 73 cit. prima della modifica.

Il problema riguarda, semmai, le modalità attraverso cui il giudice dell'esecuzione deve procedere alla rideterminazione della pena. Tuttavia, le sentenze Ercolano e Gatto hanno dimostrato che l'ordinamento processuale è in grado di assicurare la conformità della pena alla legge fino alla fase esecutiva, indicando nel procedimento di esecuzione previsto dall'art. 666 cod. proc. pen. il luogo in cui il giudice deve procedere a tale rideterminazione.

5. Una volta stabilito che la pena applicata con sentenza definitiva, divenuta illegale a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma non incriminatrice, debba essere rideterminata anche *in executivis*, occorre affrontare le ulteriori – e, nel presente ricorso, centrali – questioni riguardanti il caso della sentenza di “patteggiamento” irrevocabile, basata su una pena frutto dell’accordo delle parti, regolarmente ratificato dal giudice, formatosi su criteri edittali da considerare come “mai esistiti”, in quanto incostituzionali.

Si tratta cioè di verificare, da un lato, la rilevanza da attribuire al meccanismo negoziale sotteso all’applicazione della pena divenuta illegale, dall’altro, le modalità attraverso cui in sede esecutiva può essere rideterminata la pena contenuta nella sentenza di patteggiamento e il ruolo affidato al giudice.

5.1. Iniziando l’esame dalla prima delle questioni indicate, deve rilevarsi che, con riferimento alle sentenze di patteggiamento non ancora irrevocabili, la giurisprudenza, assolutamente maggioritaria, ritiene che l’illegalità “originaria” della pena comporti l’invalidità dello stesso accordo concluso dalle parti e ratificato dal giudice, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza (tra le tante v., da ultimo, Sez. 5, n. 13589 del 19/02/2015, B., Rv. 262943; Sez. F., n. 38566 del 26/08/2014, Yossef, Rv. 261468; Sez. 5, n. 24054 del 23/05/2014, Restaino, Rv. 259894; Sez. 3, n. 1883 del 22/09/2011, La Sala, Rv. 251796; Sez. 1, n. 16766 del 07/04/2010, Ndiaye, Rv. 246930; Sez. 5, n. 1411 del 22/9/2006, Braidich, Rv. 236033; cfr., inoltre, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247841). In questo modo alle parti è garantita la facoltà di rinegoziare l’accordo su basi legali ovvero di procedere oltre secondo il rito ordinario e la giurisprudenza sottolinea come questa soluzione rispetti rigorosamente la volontà delle parti. L’applicazione di una pena non legale altera i termini dell’accordo e, quindi, incide sul consenso prestato dall’imputato, con la conseguenza che se è invalida la base negoziale sulla quale l’accordo è maturato, si considera viziata anche la sentenza che lo ha recepito. Ne deriva la nullità della pronuncia, dovendo escludersi la possibilità di far luogo ad una procedura di rettificazione d’ufficio ai sensi dell’art. 619, comma 2, cod. proc. pen. per una corretta applicazione della pena. In altri termini, l’annullamento – senza rinvio – della sentenza di patteggiamento si giustifica in quanto l’accordo processuale si è formato su una specifica quantificazione della pena e non può presumersi un analogo consenso delle parti in relazione ad una diversa sanzione. In conclusione, si ritiene che la sentenza pronunciata ai sensi dell’art. 444 cod. proc. pen. deve essere annullata interamente, dal momento che l’accordo delle parti non è suscettibile di modifica da parte del giudice e, soprattutto, vi è la possibilità per le parti di rinegoziare l’accordo.



Tale orientamento è stato ora ribadito dalle Sezioni Unite anche con riferimento all'illegalità della pena derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 (Sez. U, n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli), cioè nell'ipotesi di un fatto sopravvenuto all'accordo che ha reso illegale la sanzione concordata. Le ragioni sono sostanzialmente le stesse: si riconosce che nel patteggiamento l'accordo svolge un ruolo fondamentale e che, in presenza di un fatto sopravvenuto favorevole – nella specie un trattamento sanzionatorio più mite per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 32 del 2014 –, l'accordo deve ritenersi nullo e tale nullità travolge l'intera sentenza per consentire, eventualmente, alle parti di cercare un nuovo accordo su basi legali.

5.2. Più complesso si presenta il problema della illegalità sopravvenuta della pena nella sentenza di patteggiamento irrevocabile.

Applicando a quest'ultima fattispecie la tesi della nullità dell'accordo per effetto della sopraggiunta illegalità della pena, cui consegue la nullità dell'intera sentenza, si avrebbe l'effetto di intervenire sulla validità del titolo esecutivo.

In effetti, tenuto conto che il nucleo della sentenza ex art. 444 cod. proc. pen. coincide con l'accordo sulla pena, potrebbe sostenersi che se per effetto della sentenza costituzionale la pena oggetto dell'accordo è divenuta illegale, allora deve essere revocata l'intera sentenza, così come accade nel patteggiamento non irrevocabile. La soluzione, apparentemente coerente e in sintonia con le altre ipotesi di illegalità della pena patteggiata, in realtà trascura il fatto che tra le due situazioni vi è un elemento differenziale particolarmente rilevante, che è costituito dall'esistenza del giudicato. Nel patteggiamento non irrevocabile l'accordo si è formato sulla base di criteri edittali divenuti illegali, determinando un vizio nell'accordo che si trasmette anche alla sentenza; mentre la presenza del giudicato formale impedisce che il vizio riguardante la quantificazione illegale della sanzione oggetto dell'accordo possa propagarsi alla sentenza stessa, cioè al titolo esecutivo che si è già formato.

D'altra parte, se si dovesse mettere in discussione lo stesso titolo esecutivo il rimedio offerto dall'ordinamento processuale sarebbe quello previsto dall'art. 670 cod. proc. pen., che però riguarda l'ipotesi in cui il titolo manca o non è divenuto esecutivo, laddove nel caso in esame la sentenza di patteggiamento è sicuramente passata in giudicato e tale è divenuta prima che sopravvenisse l'illegalità della pena per effetto della dichiarazione di incostituzionalità, per cui non può neppure parlarsi di un giudicato "viziato". Non avrebbe alcun senso il ricorso all'art. 670 cod. proc. pen. con conseguente ritorno degli atti al giudice della cognizione: in questo caso, infatti, la sentenza è validamente passata in giudicato.

Ciò che deve essere rimesso in discussione non è, quindi, il titolo esecutivo nella sua interezza, ma solo una parte di esso, cioè la quantificazione della pena. Trova un concreto riscontro la definizione del giudicato avente una "duplice dimensione", in cui risulta flessibile la parte relativa alla determinazione della pena.

Del resto la giurisprudenza in alcune fattispecie, seppure non sovrapponibili a quella in esame, ha escluso l'effetto rescissorio dell'accordo intervenuto ex art. 444 cod. proc. pen. Così, in un caso di applicazione della pena su richiesta, in cui per uno dei reati ritenuti in continuazione era sopraggiunta l'*abolitio criminis* senza che il giudice del patteggiamento ne avesse tenuto conto nel ratificare l'accordo, si è sostenuto che allo scomputo della relativa pena può provvedere la Corte di cassazione ovvero il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., se l'*abolitio criminis* interviene in tale fase, precisandosi che l'annullamento *in parte qua* della sentenza non comporta un effetto rescissorio dell'accordo, posto che, in via di principio, le parti, nel concordare sul trattamento sanzionatorio, sono in grado di prospettarsi l'eventualità che alcuni reati oggetto del patto possano venire meno o per effetto di cause estintive ovvero a seguito di *abolitio criminis*, accettando che l'accordo permanga sulle imputazioni residue (Sez. 6, n. 356 del 15/12/1999, El Quaret, Rv. 215286; in termini leggermente diversi cfr., Sez. 1, n. 42407 del 19/10/2007, Melandri, Rv. 237969). In questo modo, il giudice di legittimità sembra avere riconosciuto che nella sentenza di patteggiamento, anche irrevocabile, persista la validità intrinseca dell'accordo stesso, che riguarda la definizione giuridica del fatto, l'individuazione della circostanze e il relativo giudizio di bilanciamento, anche quando si deve intervenire sulla quantificazione della pena per fatti sopravvenuti.

Alle stesse conclusioni sono pervenute quelle decisioni che si sono occupate del tema oggetto del presente ricorso: infatti, si è ritenuto che nell'ipotesi di rideterminazione della pena illegale nella sentenza di patteggiamento irrevocabile il giudice dell'esecuzione non procede alla revoca del titolo esecutivo, non versandosi in una ipotesi applicativa dell'art. 673 cod. proc. pen., ma opera solo una sua «parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge» (Sez. 1, n. 53019 del 04/12/2014, Schettino, Rv. 261581). Più precisamente, si è sostenuto che «la rideterminazione del trattamento sanzionatorio assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo [...] solo in tale parte non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva».

Invero, è lo stesso ordinamento processuale a prevedere che in sede di esecuzione, fermo restando l'accertamento della responsabilità del condannato, il

giudice, in determinati casi, può rideterminare la pena, come accade ad esempio in presenza di più sentenze irrevocabili per cui sia richiesta l'applicazione del concorso formale o del reato continuato (art. 671 cod. proc. pen.), anche con riferimento alle sentenze di patteggiamento (art. 188 disp. att. cod. proc. pen.). E' quindi sul piano processuale che occorre verificare le modalità attraverso cui è possibile la rideterminazione della pena divenuta illegale per effetto della dichiarazione di incostituzionalità.

6. Se può ritenersi acquisito sulla base dei principi affermati dalla sentenza costituzionale n. 210 del 2013 nonché dalle decisioni delle sezioni Unite Ercolano e Gatto che la legalità della pena deve essere sempre costantemente assicurata, anche nella fase dell'esecuzione – almeno fino a quando non sia stata interamente eseguita –, perché uno Stato di diritto non può tollerare che si faccia luogo all'esecuzione di una pena incostituzionale ovvero contrastante con la CEDU, rimettendo al giudice dell'esecuzione di impedire che una tale sanzione sia sofferta, non altrettanto pacifico nella giurisprudenza è il procedimento in base al quale perseguire tale risultato.

Due sono gli orientamenti rintracciabili nella giurisprudenza di legittimità.

6.1. Un primo indirizzo, al quale si riporta anche il presente ricorso, prevede che la rideterminazione della pena avvenga con un criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale.

Si sostiene che la pena, contenuta in una sentenza di patteggiamento irrevocabile, ineseguibile perché derivata da parametri costituzionalmente illegittimi, deve essere rideterminata, in sede di esecuzione, secondo un criterio proporzionale che la trasponga all'interno della nuova cornice edittale determinatasi in seguito alla reviviscenza della normativa previgente alla dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 32 del 2014 (Sez. 1, n. 51844 del 25/11/2014, Riva, Rv. 261331; Sez. 1, n. 52980 del 18/11/2014, Cassia). Secondo tali decisioni il criterio prescelto consente di meglio salvaguardare «la volontà negoziale delle parti irrevocabilmente espressa e la susseguente valutazione di congruità della pena concordata espressa dal giudice della cognizione», in quanto la rideterminazione avviene in base ai limiti edittali, minimi e massimi, previsti dalla fattispecie astratta precedente alla dichiarazione di incostituzionalità, applicando una pena che, in proporzione, corrisponda all'entità della pena applicata in sentenza, aggiungendo al nuovo minimo di pena la stessa percentuale di aumento applicata in sede di cognizione. Così, se per la violazione dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 risulta essere stata applicata la pena-base di sette anni, con l'aggiunta di un anno rispetto alla pena edittale minima, che all'epoca era di sei anni, occorrerà aggiungere, in proporzione, lo stesso aumento

al nuovo minimo edittale, che oggi è di due anni. Nella sentenza Riva si precisa che «la circostanza che il precedente accordo per l'applicazione di una pena prossima al minimo edittale possa essere stato condizionato dall'entità particolarmente elevata del minimo edittale di sei anni di reclusione, a suo tempo vigente in materia di droghe cosiddette leggere, non costituisce valido argomento contrario alla replicazione della pena secondo un identico criterio di prossimità al vigente minimo edittale di due anni di reclusione, non essendo consentito al giudice (della cognizione come dell'esecuzione) un sindacato di congruità sui parametri edittali adottati dal legislatore, ma soltanto una commisurazione discrezionale della pena entro i limiti fissati dalla legge a norma dell'art. 132 cod. pen.»

Alla rideterminazione della pena può così procedere direttamente la Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen., operando la stessa percentuale di aumento, rispetto al minimo edittale, che era stata applicata in sede di accordo ratificato dal giudice della cognizione.

Si tratta di un orientamento, seguito anche da una parte della giurisprudenza di merito (Trib. Bologna, 27/05/2014, M.Y.; Trib. Lecce, 17/06/2014, A.), che assume che il criterio puramente aritmetico-proporzionalistico rispetto alla pena applicata garantisce la conservazione dei canoni valutativi adottati in sede di merito sotto tutti i profili, con riferimento sia ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen., sia ad eventuali aumenti e diminuzioni di pena per effetto di circostanze. In tal modo, si è detto, "si preserva" maggiormente il giudicato, sacrificandolo solo ove esso entri in evidente contrasto con l'applicazione di una pena non più rispondente a quella oggi prevista dall'ordinamento, peraltro limitando il potere discrezionale del giudice dell'esecuzione.

6.2. Il secondo orientamento, a differenza del primo, opera una dequotazione del contenuto pattizio e propugna la tesi della libera determinazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione.

Si afferma che in sede di esecuzione il giudice deve rideterminare la pena in rapporto ai nuovi e diversi parametri edittali, dando conto, ai sensi degli art. 132 e 133 cod. pen., delle modalità di esercizio del potere commisurativo e tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio, tra i quali quello per cui non può essere aumentata l'afflittività della pena stabilita in sentenza. Inoltre, si precisa che la pena deve essere ricalcolata anche se il provvedimento da adottare non è a contenuto predeterminato, in quanto il giudice può avvalersi dei penetranti poteri di accertamento e di valutazione che gli sono attribuiti, purché rispetti, da un lato, i limiti edittali previsti dalla originaria formulazione dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in relazione alla tipologia di condotta e di sostanza

stupefacente oggetto di contestazione, dall'altro, le valutazioni già effettuate in sentenza dal giudice della cognizione con riferimento alla sussistenza del fatto e al significato allo stesso attribuibile (cfr. Sez. 1, n. 52981 del 18/01/2014, De Simone, Rv. 261688; Sez. 1, n. 53019 del 04/12/2014, Schettino, Rv. 261581).

Secondo questo indirizzo il giudice, nella rideterminazione della pena prescinde dalla volontà delle parti. In questa operazione si riconosce al giudice il compito di «collocare il fatto concreto nella scala dei comportamenti riconducibili alla figura criminosa, e di tarare la pena, rispetto ai parametri oggettivi e soggettivi di misurazione, tenuto conto del cursore assegnatogli dal legislatore», specificando che «nella situazione determinata dalla citata sentenza n. 32 del 2014, la gravità obiettiva di condotte concernenti droghe cosiddette leggere non va più misurata anche rispetto a comportamenti concernenti droghe pesanti, come prima accadeva per effetto dell'equiparazione stabilita dal legislatore, ma nell'ambito di un sistema ove tutte le condotte riguardano ormai stupefacenti considerati meno pericolosi». In sostanza, si attribuisce alla fase esecutiva la necessità di «una valutazione globale del fatto», che viene rimessa al giudice dell'esecuzione, «non essendo più discutibile la forma dell'accertamento e restando a questo punto da reiterare, in termini ormai sottratti alla dinamica negoziale, la valutazione officiosa di congruità del trattamento sanzionatorio» (in questo senso, Sez. 6, n. 1409 del 02/12/2014, dep. 2015, Minardi, che però si è pronunciata in una fattispecie avente ad oggetto una sentenza di patteggiamento non irrevocabile).

Riassumendo, deve osservarsi come tale orientamento, oltre a rivisitare criticamente la tesi della rideterminazione della pena in termini matematico-proporzionali, afferma il principio secondo cui è attribuito al giudice il compito di collocare il fatto nella figura criminosa e di tarare la pena rispetto ai parametri oggettivi e soggettivi di misurazione, ritenendo che, con riferimento alle sentenze di applicazione di pena divenute irrevocabili, spetti al giudice della esecuzione procedere alla rideterminazione della pena "in termini ormai sottratti alla dinamica negoziale", escludendo che rientri nelle attribuzioni del giudice di legittimità la verifica della concreta idoneità del trattamento sanzionatorio, trattandosi di una valutazione in fatto.

Nella medesima scia si muovono alcune decisioni di merito che insistono sull'esigenza di recuperare tutta la discrezionalità nel momento in cui deve procedersi alla rideterminazione della pena, senza necessità di acquisire nuovamente il consenso delle parti e dando conto della scelta in motivazione, ai sensi dell'art. 133 cod. pen. (G.i.p. Trib. Perugia, 12/11/2014; Trib. Milano, 16/09/2014; Trib. Milano, 16/07/2014; Trib. Treviso, 18/06/2014, M.).

7. Ad avviso delle Sezioni Unite, nessuno dei due orientamenti sopra riportati appare condivisibile.

7.1. Per quanto concerne il primo, si osserva che, preoccupato di contenere la discrezionalità in sede di esecuzione, sembra non recepire i principi affermati dalle sentenze "Ercolano" e Gatto" che, invece, riconoscono al giudice della esecuzione ampi poteri e margini di apprezzamento.

Invero, il criterio matematico di riduzione non prende in considerazione il fatto che l'originaria valutazione di congruità della pena irrogata, sia nella commisurazione della sanzione effettuata in sede di giudizio di colpevolezza, sia nel giudizio di congruità rimesso al giudice in caso di patteggiamento, è intimamente connessa alla diversa forbice edittale, all'epoca unica per tutti i tipi di sostanze stupefacenti, sicché un criterio automatico di riduzione proporzionale finisce per non tenere conto della concreta gravità dei fatti e della personalità del reo in rapporto alla nuova cornice edittale. Del resto, la dottrina più sensibile ha sottolineato come la commisurazione in concreto della pena nel rispetto dei limiti edittali non è mai un'operazione neutra, ma è sempre condizionata dalla pena prevista in astratto, sicché la valutazione giudiziale può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge ed è proprio la necessaria «individualizzazione del trattamento sanzionatorio» che dovrebbe portare ad escludere ogni automatismo, atteso che, diversamente, vi sarebbe un concreto rischio di applicazione di una pena sganciata dall'accertamento del fatto. Ne consegue che la determinazione della pena-base al minimo edittale, così come il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche ovvero la scelta inerente il giudizio di bilanciamento tra le circostanze, sono questioni che non possono che risentire della cornice editale entro cui il giudice si muove. L'automatica trasposizione in sede esecutiva, sulla base di un criterio proporzionale, del medesimo percorso effettuato dal giudice della cognizione, anche in seguito alla ratifica dell'accordo delle parti sulla pena, avrebbe come presupposto "ipotetico" quello per cui il giudice della cognizione avrebbe, ad esempio, ritenuto congrua una pena individuata nel minimo editale anche se avesse avuto come riferimento la cornice edittale ripristinata a seguito della sentenza della Corte costituzionale.

Peraltro, in applicazione del richiamo contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite Gatto alla vincolatività per il giudice della esecuzione dell'accertamento effettuato in sede di cognizione, il potere del giudice della esecuzione di rideterminare la pena dovrebbe considerarsi precluso solo quando lo stesso sia posto in essere per ragioni di merito autonome, cioè, prescindendo dall'applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

7.2. Il limite dell'altro orientamento è costituito, invece, dal fatto che esso prescinde totalmente dall'accordo delle parti, conferendo al giudice

dell'esecuzione il potere, integro, di rideterminazione della pena, oggetto del patteggiamento, divenuta illegale. Il rischio sembra essere quello di applicare al condannato una pena ex art. 444 cod. proc. pen. di fatto non concordata. La modifica autoritativa rimessa al giudice assume il significato di una sostituzione dell'accordo, situazione che mal si concilia con quanto sopra si è detto a proposito del fatto che in tali casi deve escludersi la revoca della sentenza di patteggiamento. Insomma, non può negarsi l'esistenza di una forte distonia in un sistema che consente che ad una pena frutto di un accordo tra le parti si sostituisca, in sede esecutiva, una pena autoritativamente stabilita, senza neppure il previo esperimento di un tentativo di patteggiamento.

Inoltre, residuano una serie di incertezze circa i limiti entro cui il giudice dell'esecuzione sarebbe vincolato agli accertamenti effettuati in sede di cognizione, considerando in particolare che generalmente la sentenza di patteggiamento motiva solo sommariamente il percorso logico-giuridico che guida il giudice nelle scelte sanzionatorie e non sempre vengono indicate in modo sufficientemente dettagliato le ragioni relative al fatto e alla personalità dell'agente su cui esso si fonda. In difetto di esplicite ragioni che abbiano portato il giudice della cognizione ad un determinato trattamento sanzionatorio – si consideri che nei casi in cui la pena sia quella minima o prossima al minimo edittale non è previsto un particolare onere motivazionale – può diventare obiettivamente non semplice comprendere se l'accertamento del giudice di cognizione sia stato o meno effettuato in applicazione della norma incostituzionale.

8. Il Collegio ritiene che rispetto ai due orientamenti suindicati sia possibile individuare una alternativa che presupponga, anche in sede di esecuzione, l'accordo delle parti, seppure entro certi limiti e condizioni.

Si tratta di una soluzione – già messa in pratica da alcune decisioni di merito (cfr. Trib. Torino, 16/09/2014, M.; G.i.p. Trib. Milano, 18/11/2014, Delaj) – che, in assenza di norme specifiche disciplinanti la fattispecie in esame, individua nell'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. lo strumento processuale per rimodellare la pena, oggetto della sentenza di patteggiamento irrevocabile, divenuta illegale a seguito della successiva dichiarazione di incostituzionalità.

L'art. 188 cit. consente di intervenire in fase esecutiva sulla pena patteggiata, riconoscendo la continuazione tra più reati oggetto di distinte sentenze irrevocabili ex art. 444 cod. proc. pen. e può considerarsi una disposizione speciale rispetto a quella generale prevista dall'art. 671 cod. proc. pen., che disciplina anch'essa l'applicazione della continuazione nella fase esecutiva in relazione a sentenze irrevocabili, ma diverse da quelle di

patteggiamento. Identica la *ratio*: assicurare l'applicazione della pena "giusta" per l'imputato fino alla fase esecutiva, nel senso che fin quando è in atto il rapporto esecutivo, che si esaurisce solo con la consumazione o l'estinzione della pena, l'ordinamento pretende che si possa agire sulla pena, quindi ammettendo che il giudice dell'esecuzione, su istanza della parte interessata, intervenga sul giudicato, rideterminando la pena nella misura in cui riconosca l'esistenza del concorso formale o del reato continuato, situazioni cui si riferiscono gli artt. 671 cod. proc. pen. e 188 disp. att. cod. proc. pen. In entrambi i casi la pena determinata in sede di cognizione e applicata nella sentenza irrevocabile, anche in quella di patteggiamento, viene modificata dal giudice dell'esecuzione, che in questo modo interviene sul giudicato seppur limitandosi alla sola rideterminazione della pena a norma dell'art. 81 cod. pen., non potendo rimettere in discussione né l'esistenza del fatto, né la sua illiceità e tantomeno la responsabilità del condannato.

Anche nel caso in esame si tratta di rideterminare una pena oggetto di una sentenza di patteggiamento irrevocabile, non perché si è riconosciuta l'esistenza della continuazione, ma in quanto deve essere eliminata una pena illegale, divenuta tale a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dei criteri edittali in base ai quali le parti sono addivenute all'accordo.

Va detto che un'interpretazione estensiva dell'art. 188 cit. trova una piena giustificazione nella stessa sentenza Ercolano, in cui le Sezioni Unite hanno evidenziato che «la giurisdizione, in assenza di interventi legislativi, non può ignorare o eludere il problema e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti». Ebbene, in assenza di specifici rimedi, il ricorso analogico alla disposizione in esame non solo consente di intervenire sulla pena illegale della sentenza di patteggiamento irrevocabile, ma assicura alle parti la possibilità di rinnovare l'accordo, rispettando l'essenza stessa dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta.

Infatti, seguendo le regole procedurali dell'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. – in quanto compatibili – il condannato e il pubblico ministero possono sottoporre al giudice dell'esecuzione un nuovo accordo sulla pena, quantificata in base ai criteri edittali operanti a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014; la rideterminazione della pena presuppone necessariamente una richiesta, proposta, normalmente, dal condannato e a cui il pubblico ministero può o meno aderire, ma non è escluso che l'iniziativa parta dal pubblico ministero, anch'egli interessato all'eliminazione di una pena illegale in ragione delle sue funzioni



istituzionali, come riconosciuto dalle Sezioni Unite (cfr. Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260699); peraltro, in caso di mancato accordo per dissenso del pubblico ministero, l'art. 188 cit. prevede che il giudice dell'esecuzione possa comunque accogliere la richiesta, qualora ritenga il dissenso ingiustificato; allo stesso modo, se il pubblico ministero resta inerte, deve ritenersi che il giudice possa ugualmente accogliere la proposta del condannato, potendo valutarsi la sua inerzia come un implicito dissenso.

8.1. Un problema applicativo che può porsi è quello relativo alla valutazione di congruità della pena proposta dalle parti: occorre cioè verificare se il giudice dell'esecuzione possa rideterminare la pena in misura diversa da quella indicata nell'accordo o anche dalla sola parte proponente oppure se debba respingere la richiesta.

Invero, una volta ammessa l'applicazione estensiva dell'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. al caso in esame, pare necessario il riconoscimento al giudice del potere di valutare la congruità della pena richiesta, soluzione indirettamente confermata dalla Corte costituzionale che, proprio in relazione alla procedura di cui all'art. 188 cit., ha affermato che al giudice dell'esecuzione spetta non soltanto il potere-dovere di verificare in concreto la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina del reato continuato, ma anche di valutare la "congruità" della pena indicata dalle parti ai fini di quanto previsto dall'art. 27, terzo comma, Cost. (Corte cost., sent. n. 37 del 1996).

Tuttavia, deve segnalarsi che, sempre in riferimento all'art. 188 cit., la giurisprudenza di legittimità sembra avere assunto posizioni di chiusura rispetto ai poteri di valutazione del giudice: infatti, si ritiene che quando è richiesta l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato in riferimento a più sentenze di patteggiamento, il giudice dell'esecuzione non può fare esercizio degli ordinari poteri valutativi di cui all'art. 671 cod. proc. pen. ed individuare la pena in misura diversa da quella negoziata fra l'interessato e il pubblico ministero, poiché l'autonoma regolamentazione dettata dall'art. 188 cit. consente un intervento modificativo sul giudicato, formatosi a seguito di un accordo processuale fra le parti, soltanto per effetto di una successiva loro pattuizione, salvo il caso di dissenso ingiustificato dell'ufficio requirente (Sez. 1, n. 18233 del 02/04/2014, Costanzo, Rv. 259892; Sez. 1, n. 18794 del 27/03/2013, Dumitru, Rv. 256028; Sez. 1, n. 12461 del 18/02/2005, Liberti, Rv. 231261). In altri termini, si nega che il giudice dell'esecuzione, qualora non ratifichi la pena frutto dell'accordo delle parti, perché ritenuta incongrua per difetto, possa accogliere comunque l'istanza rideterminando, a propria discrezione, la sanzione per il reato continuato o il concorso formale, e dunque prescindendo dalla determinazione delle parti stesse, in quanto il rapporto di

"complementarietà logica" esistente tra l'istituto previsto dall'art. 188 cit. e la più generale disciplina dell'applicazione della pena di cui all'art. 444 cod. proc. pen., implica per il giudice dell'esecuzione, così come per la fase della cognizione, il vincolo del rispetto del contenuto dell'accordo negoziato tra le parti stesse, da recepire in pronuncia giudiziale oppure da respingere a fronte della necessità del proscioglimento dell'imputato o della non condivisa qualificazione giuridica del fatto o comparazione tra circostanze, ovvero, ancora, del giudizio d'incongruità della pena (Sez. 3, n. 110 del 17/01/1994, Badaoui, Rv. 196957; Sez. 4, n. 35164 del 19/06/2003, Di Dio, Rv. 226176; Sez. 1, n. 9193 del 03/02/2005, Lamkia, Rv. 231215; Sez. 3, n. 9888 del 14/01/2009, Perrella, Rv. 243097; Sez. 4, n. 18669 del 13/01/2013, Pacitto, Rv. 255927).

A questo indirizzo, allo stato maggioritario, si contrappone un altro orientamento secondo cui il giudice dell'esecuzione può comunque prescindere dal computo indicato dalla parte che promuove l'incidente, se ritenuto incongruo, e determinare la pena complessiva, una volta effettivamente ravvisata identità di disegno criminoso fra i vari addebiti, in base ai criteri generali dettati dall'art. 671 cod. proc. pen., fermo restando il vincolo di non eccedere dai limiti di cinque o due anni di pena detentiva (Sez. 5, n. 28532 del 08/06/2012, Baratta, Rv. 253307, in cui si rileva che sostenere che il giudice dell'esecuzione è obbligato a respingere l'accordo su pena determinata in modo incongruo vuol dire imporre irragionevolmente alla parte istante di scegliere se proporre ricorso per cassazione avverso la decisione sfavorevole, accettare il rigore del cumulo materiale delle pene, ovvero ancora riformulare la richiesta con indicazione di pena complessiva più elevata).

8.2. Nel caso in esame, in cui non si tratta di riconoscere l'esistenza del concorso formale o della continuazione tra reati, ma di eliminare una pena incostituzionale, deve affermarsi, da un lato, il potere del giudice di valutare la congruità della pena, dall'altro, deve escludersi che il giudice possa limitarsi a respingere il "patteggiamento", come avrebbe fatto il giudice della cognizione, in quanto qui l'effetto sarebbe quello di confermare una pena illegale, laddove al giudice dell'esecuzione si chiede, con l'instaurazione dell'incidente, di rimuovere l'illegalità della pena oggetto dell'accordo originario.

La tesi secondo cui il giudice dell'esecuzione dinanzi ad una pena che non ritenga congrua – sia essa frutto dell'accordo delle parti o indicata solo dal condannato con il dissenso del pubblico ministero – possa solo rigettare la richiesta determina l'effetto che il condannato continuerebbe ad essere sottoposto ad una pena illegale, anche ammettendo che possa ripresentare una nuova richiesta. Peraltro, tale ultima opzione appare comunque in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo e di economia processuale, in

quanto consentirebbe la moltiplicazione delle istanze e la conseguente protrazione dei tempi di decisione, con la permanenza della pena illegale per un tempo indeterminato.

Invero, la possibilità di procedere con una valutazione di congruità della pena – riconosciuta, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale – comporta necessariamente che il giudice dell'esecuzione, in caso di pena ritenuta incongrua, possa rideterminarla autonomamente, in quanto vi è l'obiettiva esigenza di eliminare una pena divenuta illegale.

D'altra parte, la previsione del potere di rideterminazione autonoma non produce una rottura insanabile con la struttura del patteggiamento, che ha nell'accordo tra le parti il suo nucleo essenziale, in quanto il potere "officioso" del giudice di ratificare la pena anche in difetto dell'accordo è comunque contemplato nella disciplina e nel sistema del procedimento speciale, dal momento che sia in sede di cognizione (art. 448 cod. proc. pen.), sia in sede di esecuzione (art. 188 disp. att. cod. proc. pen.) sono previste ipotesi in cui il giudice prescinde dall'esistenza dell'accordo.

8.3. Il potere di rideterminazione diretta da parte del giudice dell'esecuzione è sempre subordinato al previo esperimento di un tentativo di patteggiamento, fallito il quale, a causa di una pena "incongrua" rispetto al fatto così come ritenuto in sede di cognizione, spetta al giudice operare la modifica della sanzione. Tale potere officioso trova una sua giustificazione nella mancata rinegoziazione dell'accordo tra le parti e nell'esigenza di dovere comunque eliminare una pena illegale.

Per le ragioni che si sono illustrate in precedenza – alle quali si rinvia – deve escludersi che la rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione possa avvenire in base al criterio matematico-proporzionale, realizzando una sorta di automatismo nell'individuazione della sanzione nel tentativo di replicare le medesime scelte operate nell'originario accordo intervenuto tra le parti.

Il giudice dovrà invece procedere alla rideterminazione della pena utilizzando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., secondo i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità che tengano conto della nuova perimetrazione edittale. Questa operazione di "riqualificazione sanzionatoria" presuppone, ovviamente, che il giudice prescinda dalla volontà delle parti, tuttavia non potrà non considerare, nella sua autonoma rideterminazione, l'accordo sulla pena raggiunto dalle parti nella sentenza di patteggiamento, evitando cioè di eludere la finalità della richiesta che ha avviato l'incidente di esecuzione, che è quella di eliminare la pena illegale e di sostituirla con una che sia il risultato di una valutazione basata su criteri edittali costituzionali. In altri termini, se è vero che devono essere scartati criteri ispirati a irragionevoli

automatismi, e che il giudice non è vincolato a rideterminare la pena partendo dal nuovo minimo edittale (due anni di reclusione ed euro 5.164) nei casi in cui la pena patteggiata originariamente partiva dal minimo edittale previsto dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006 (sei anni ed euro 26.000), allo stesso modo deve escludersi che per lo stesso fatto, inquadrato nei nuovi limiti edittali scaturiti dalla dichiarazione di incostituzionalità, il giudice possa operare la rideterminazione partendo dalla stessa pena-base individuata in origine, troppo distanti essendo gli orizzonti delle comminatorie edittali previste dell'art. 73 cit. prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, non potendosi considerare di massima gravità lo stesso fatto, per il quale, in precedenza, era stata applicata la pena-base minima, se non a costo di realizzare una vera e propria elusione della modifica della pena illegale, che verrebbe di fatto confermata. La sensibile differenza delle cornici edittali impone risposte sanzionatorie differenti ed individualizzate.

9. Collegato alla rinegoziazione dell'accordo e all'eventuale rideterminazione della pena da parte del giudice è il problema relativo alla possibilità di riconoscere la sospensione condizionale della pena in sede esecutiva, questione rilevante nella presente fattispecie in cui il ricorrente ha chiesto di rideterminare la pena e, contestualmente, di sospenderla ai sensi dell'art. 163 cod. pen.

Il Collegio ritiene che non vi siano ragioni per escludere che nel nuovo accordo, proposto ai sensi dell'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. per sostituire la pena incostituzionale oggetto del patteggiamento, le parti possano farvi rientrare la sospensione condizionale della pena, esclusa nel precedente accordo, ad esempio, perché non rientrante nei limiti di pena. Resta ferma la valutazione del giudice dell'esecuzione che potrebbe non condividere l'applicazione del beneficio, nel qual caso, non potendo respingere l'accordo, come invece avviene in sede di cognizione, dovrà comunque recepirlo, escludendo la sospensione condizionale, sempre che ritenga congrua la pena. Allo stesso modo, deve riconoscersi che anche nelle residuali ipotesi di autonoma rideterminazione della pena il giudice dell'esecuzione possa disporre la sospensione condizionale della pena.

Si tratta di un potere che è espressamente attribuito al giudice dell'esecuzione dall'art. 671, comma 3, cod. proc. pen., con riferimento alla rideterminazione della pena per effetto del riconoscimento del concorso formale e del reato continuato, per cui lo stesso potere si giustifica nel caso in cui si debba determinare una nuova pena in sostituzione di quella illegale.

Del resto le Sezioni Unite hanno già avuto modo di riconoscere al giudice dell'esecuzione la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena

in ipotesi diverse da quelle contemplate dall'art. 671, comma 3, cod. proc. pen. Infatti, si è ritenuto che nel caso in cui, in applicazione dell'art. 673 cod. proc. pen., il giudice dell'esecuzione revochi, per intervenuta *abolitio criminis*, precedenti sentenze di condanna, che siano state a suo tempo di ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna, può, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, concedere il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, primo comma, cod. pen., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti (Sez. U, n. 4687 del 20/12/2005, dep. 2006, Catanzaro, Rv. 232610). Anche in questo caso, si è escluso il valore assoluto al principio di immutabilità del giudicato, ribadendo che evidenti esigenze di ordine logico, coessenziali alla razionalità del sistema, inducono a ritenere che, una volta dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima attribuzione: sicché è consequenziale inferirne che il riconoscimento della possibilità di eliminare l'effetto ostativo alla concessione della sospensione condizionale della pena comporta necessariamente la titolarità dei poteri necessari al conseguimento di tale risultato.

10. Sulla base di quanto precede possono affermarsi i seguenti principi di diritto:

- *"La pena applicata con la sentenza di patteggiamento avente ad oggetto uno o più delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, relativi alle droghe c.d. leggere, divenuta irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, può essere rideterminata in sede di esecuzione in quanto pena illegale";*

- *"La rideterminazione avviene ad iniziativa della parti, con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. cod. proc. pen., sottoponendo al giudice dell'esecuzione una nuova pena su cui è stato raggiunto l'accordo";*

- *"In caso di mancato accordo o di pena concordata ritenuta non congrua il giudice dell'esecuzione provvede autonomamente alla rideterminazione della pena ai sensi degli artt. 132 e 133 cod. pen.".*

11. Si può ora procedere alla disamina del ricorso proposto nell'interesse di Sonny Marcon, ricorso di cui va riconosciuta la fondatezza, seppure nei limiti di seguito indicati.

Il ricorrente si è rivolto al giudice dell'esecuzione chiedendo la revoca della sentenza di condanna e la rideterminazione della pena, con il beneficio di cui all'art. 163 cod. pen.

Rinviamo a quanto si è detto in precedenza sulle ragioni per le quali deve escludersi la revoca della sentenza, non potendo trovare applicazione l'art. 673 cod. proc. pen., si rileva come la mancata richiesta di applicazione di una "nuova" pena concordata con il pubblico ministero non può determinare l'inammissibilità del ricorso per cassazione, dovendo considerarsi che nel *petitum* rivolto al giudice dell'esecuzione vi è pur sempre la richiesta di rideterminazione della pena illegale.

D'altra parte, un'eventuale dichiarazione di inammissibilità del ricorso, giustificata dalla mancata presentazione della proposta di pena patteggiata, appare in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, dal momento che, dovendo escludersi il sorgere di preclusioni processuali, l'inammissibilità non impedirebbe comunque la presentazione di una nuova richiesta di incidente di esecuzione, completa di accordo sulla pena ai sensi dell'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. E' evidente l'inutilità di iniziare un nuovo percorso processuale là dove è possibile rimettere le parti davanti al giudice dell'esecuzione per consentire alla parte interessata di formulare, nel corso dell'udienza camerale di cui all'art. 666 cod. proc. pen., una proposta di patteggiamento sulla pena.

Nel caso in esame deve, tuttavia, considerarsi che l'ordinanza impugnata, pur riconoscendo in astratto la necessità di intervenire, in sede esecutiva, sulla pena oggetto di patteggiamento, ha ritenuto di non dover procedere alla rideterminazione, escludendo l'illegalità della pena in concreto applicata, sul presupposto della rispondenza ai nuovi limiti edittali e ritenendo comunque congrua la pena rispetto alla gravità dei fatti contestati.

L'impostazione seguita dal giudice dell'esecuzione non può essere condivisa.

Innanzitutto deve rilevarsi una intrinseca contraddittorietà nell'ordinanza impugnata, che dopo avere escluso l'illegalità della pena, procede ad accertarne comunque la congruità, spingendosi ad effettuare una sorta di verifica sul presupposto della piena libertà di intervento sulla valutazione della pena, che però, nell'impostazione dello stesso giudice dell'esecuzione, sarebbe ostacolata dalla formazione del giudicato, avendo egli escluso ogni ipotesi di illegalità della sanzione applicata.

In ogni caso, nella specie l'illegalità della pena sussiste, anche se è ricompresa entro i nuovi limiti edittali previsti dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 come rivissuto per effetto della dichiarazione di incostituzionalità. Sul punto si rinvia a quanto già avanti evidenziato, richiamando il principio affermato dalla

citata sentenza delle Sezioni Unite Jazouli, nonché la necessità di non eludere una effettiva rideterminazione della pena, che cioè tenga conto del diverso compasso sanzionatorio, indicativo di una minore gravità attribuita oggi alle condotte riguardanti le droghe leggere.

Deve, quindi, ritenersi fondato il presupposto alla base del ricorso e cioè che la pena concordata nella sentenza di patteggiamento è illegale a seguito degli effetti determinatisi con la sentenza costituzionale n. 32 del 2014. L'avere di fatto il giudice negato l'illegalità della pena, comporta l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Padova perché il G.i.p., quale giudice dell'esecuzione, consenta alla parte istante di formulare, nell'udienza di rinvio che sarà tenuta ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen., una proposta di accordo sulla pena da sottoporre al pubblico ministero, instaurando così la procedura prevista dall'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. applicabile al caso in esame.

**P.Q.M.**

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

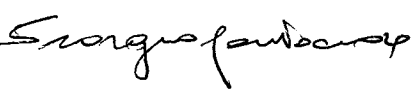
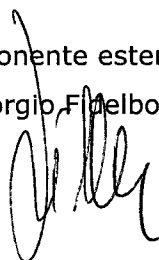
Così deciso il 26/02/2015.

Il Componente estensore

Giorgio F. Delbo

Il Presidente

Giorgio Santacroce



**SEZIONI UNITE PENALI**

**Depositato in Cancelleria**

**il 15 SET. 2015**

Il Funzionario Giudiziario

Leonardo SACRIPANTI

