



08601-20

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

MARIASTEFANIA DI TOMASSI	- Presidente -	Sent. n. sez. 385/2020
MICHELE BIANCHI		CC - 07/02/2020
MONICA BONI	- Relatore -	R.G.N. 33724/2019
GIUSEPPE SANTALUCIA		
ALESSANDRO CENTONZE		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato il (omissis)

avverso l'ordinanza del 30/04/2019 della CORTE APPELLO di VENEZIA

udita la relazione svolta dal Consigliere MONICA BONI;

lette/sentite le conclusioni del PG *D. Ssa Elisabetta Cerucolo che ha chiesto*
dichiararsi inammissibile al rigo.

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza in data 6 maggio 2019 la Corte di appello di Venezia, pronunciando quale giudice dell'esecuzione, in accoglimento dell'istanza avanzata dal condannato (omissis) , volta ad ottenere la nuova commisurazione in termini più favorevoli della pena di anni cinque, mesi quattro di reclusione, oltre alla pena pecuniaria ed a quelle accessorie, inflittagli con sentenza, emessa dallo stesso Giudice in data 3 luglio 2018, irrevocabile l'11 gennaio 2019, in relazione al reato di cui agli artt. 73, comma 1, e 80 d.P.R. n. 309/90, rideterminava in anni cinque e mesi due di reclusione la pena già stabilita con la predetta sentenza di condanna.

1.1 A fondamento della decisione rilevava che, a ragione di quanto esposto nella sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, per i fatti di reato di significativa gravità, come quello specifico in cui il quantitativo di sostanza gestito era relevantissimo, che non si collochino nella zona grigia tra quelli di lieve entità e quelli non lievi, non è necessario rimodulare la pena base in base al nuovo minimo edittale, né adottare criteri automatici di tipo aritmetico.

1.2 Ricorre per cassazione l'interessato col patrocinio del difensore, avv.to (omissis) , la quale ne ha chiesto l'annullamento per:

a) inosservanza degli artt. 599-*bis* e 188 disp. att. cod. proc. pen. per avere la Corte di appello determinato la pena in modo difforme da quanto concordato tra le parti. Secondo la difesa, la Corte di appello di Venezia non ha accolto il nuovo negoziato sulla pena raggiunto dalle parti, ma ha esercitato in via autonoma i propri poteri di rideterminazione della pena, nonostante difettesse il presupposto del mancato accordo tra le parti.

b) Erronea applicazione degli artt. 132 e 133 cod. pen. e carenza di motivazione circa la valutazione del caso in base ai nuovi limiti edittali; la Corte di appello ha preso in considerazione il solo dato quantitativo della sostanza con una motivazione viziata perché ripete la valutazione effettuata dal giudice di cognizione sulla base di norma non più in vigore.

1.3 Con requisitoria scritta il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, dr.ssa Elisabetta Cennicola, ha chiesto dichiararsi inammissibile il ricorso per essersi la Corte di appello attenuta ai criteri dettati dalla giurisprudenza di legittimità ed avere giustificato le scelte discrezionali operate.

Considerato in diritto



Il ricorso è infondato e non merita dunque accoglimento.

1.E' pacifico in atti che (omissis) con la sentenza della Corte di appello di Venezia, indicata in premessa, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, dichiarate equivalenti alla contestata aggravante dell'ingente quantitativo di sostanza, era stato condannato alla pena di anni cinque e mesi quattro di reclusione ed euro 20.000,00 di multa, calcolata partendo da anni otto di reclusione ed euro 30.000,00 di multa, ridotta per il rito abbreviato, perché ritenuto responsabile del delitto di detenzione di 7 Kg. di cocaina, con grado di purezza pari al 92,7%, fatto commesso il 6 maggio 2017. L'individuazione della pena nei termini predetti era frutto del recepimento del concordato sui motivi di appello con rinuncia a quelli riguardanti il giudizio di responsabilità, raggiunto dalle parti ai sensi dell'art. 599-bis cod. proc. pen..

Il presupposto della presente vicenda processuale è costituito dalla sentenza n. 40 del 23/01/2019, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/90, laddove prevede la pena minima in anni otto di reclusione, anziché in anni sei di reclusione, soglia editale ripristinata a seguito della precedente pronuncia della Corte costituzionale n. 32 del 25/2/2014. Con tale decisione si era determinata, infatti, la ripristinata vigenza del testo dell'art. 73 antecedente alla modifica introdotta dall'art. 4-bis, comma 1, lett. b), del d.l. n. 272/2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 49/2016, che per le condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, incluse nelle tabelle I e III dell'art. 14, prevedeva la pena minima di anni otto di reclusione. Consapevole del mutamento dei parametri normativi di riferimento, conseguenti all'ultima pronuncia del giudice costituzionale, il giudice dell'esecuzione, basandosi su tale presupposto e sull'apprezzamento della fattispecie concreta, ha proceduto a rideterminare la pena nell'ambito di una propria autonoma e discrezionale valutazione della fattispecie concreta già giudicata.

2.La soluzione così offerta si allinea agli orientamenti, richiamati anche nelle premesse dell'ordinanza, espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte, che a partire dalla sentenza n. 42858 del 29/5/2014, Gatto, rv. 260697 hanno tracciato le linee ermeneutiche fondamentali per la comprensione della tematica devoluta dal ricorso.

2.1 Innestandosi su un percorso interpretativo già intrapreso da precedenti decisioni (Sez. U., n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, rv. 258650; Sez. U., n. 4687 del 20/12/2005, Catanzaro, rv. 232610), le Sezioni Unite hanno affermato che in linea di principio la formazione del giudicato non rappresenta un ostacolo insormontabile all'accoglimento di istanze avanzate in sede esecutiva per adeguare il rapporto esecutivo ai mutamenti intervenuti nel titolo di condanna e nella sanzione inflitta, in



quanto, sebbene la pronuncia irrevocabile mantenga nell'ordinamento processuale il suo valore a garanzia della certezza e della stabilità delle situazioni giuridiche, oggetto di accertamento giudiziale e della libertà individuale, non perseguibile per lo stesso fatto illecito quando sia pronunciata condanna irrevocabile, ciò nonostante non esplica efficacia assoluta e totalmente preclusiva in ragione della previsione legislativa di plurimi strumenti che consentono al giudice dell'esecuzione di operare interventi integrativi o modificativi delle statuizioni già divenute definitive, primo fra tutti la possibilità di revoca della sentenza di condanna di cui all'art. 673 cod. proc. pen..

Hanno quindi affrontato il tema della distinzione ontologica tra declaratoria di incostituzionalità della norma penale ed ordinario intervento legislativo abrogativo, giustificato da mutata considerazione delle finalità da perseguire con le disposizioni penali: nel primo caso la pronuncia di illegittimità costituzionale travolge sin all'origine la norma scrutinata secondo un fenomeno diverso da quello dell'abrogazione, che limita l'efficacia della sua applicazione a fatti verificatisi sino ad un certo limite temporale, potendo dar luogo a successione di leggi nel tempo in relazione alla diversa regolamentazione della stessa materia introdotta. Pertanto, nella prima situazione, poichè la norma incostituzionale viene *"espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da invalidità originaria"* sorge l'obbligo per i giudici avanti ai quali si invocano le norme dichiarate incostituzionali di non applicarle, obbligo vincolante anche quando il contrasto con i valori costituzionali sia riscontrato in disposizione di legge penale sostanziale, diversa da quella incriminatrice, ma incidente soltanto sulla pena, così divenuta illegale nella sua misura, sebbene irrogata a punizione di un fatto di immodificata illiceità penale.

Ne discende che *"tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure in parte, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere rimossi dall'universo giuridico, ovviamente nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere eliminati gli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati"*. In tal modo, in aderenza al disposto dell'art. 30, comma 4, della L. n. 87 del 1953, secondo il quale, quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali, si è precisato, da un lato che l'omesso inserimento nel testo dell'art. 673 cod.proc.pen. del caso di declaratoria di incostituzionalità di norma penale relativa al solo trattamento sanzionatorio non impedisce un intervento di adeguamento da parte del giudice dell'esecuzione, dall'altro che la rilevanza della pronuncia di incostituzionalità della disposizione sulla pena incontra il limite dell'esaurimento del rapporto esecutivo.



2.2 Tali principi hanno poi ricevuto ulteriore precisazione per effetto di un successivo intervento delle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza nr. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, rv. 264205, la quale ha stabilito che *"È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità"* (in tal senso in precedenza anche sez. 1, n. 52981 del 18/11/2014, De Simone, rv. 261688; sez. 1, n. 53019 del 04/12/2014, Schettino, rv. 261581).

2.3 L'intervento nomofilattico della Suprema Corte nella sua composizione più autorevole ha risolto anche il nodo problematico, riguardante le modalità di realizzazione in fase esecutiva dell'adeguamento del trattamento al diverso parametro di commisurazione della sanzione. A tal fine si è negata validità al criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale di trasposizione automatica della pena già quantificata in sede di cognizione nell'ambito della diversa previsione edittale (sez. 1, n. 51844 del 25/11/2014, Riva, rv. 261331; sez. 1, n. 52980 del 18/11/2014, Cassia, non massimata): in effetti quello superato costituisce indirizzo del tutto minoritario e sconfessato dalle Sezioni Unite e dalle successive pronunce anche delle sezioni semplici, che, seppur riferite a fattispecie concrete attinenti a droghe leggere, mantengono inalterata validità anche per le situazioni come quella presente, in cui la sanzione è stata individuata in base alla nuova soglia punitiva, introdotta dalla pronuncia di incostituzionalità.

Le Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza nr. 37107 del 26/2/2015, Marcon, rv. 264858, valorizzando l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza costituzionale, vi hanno indirettamente rinvenuto conferma della possibilità per il giudice dell'esecuzione di apprezzare in via discrezionale la congruità della pena onde verificarne la funzionalità alla rieducazione del soggetto, che vi debba essere sottoposto ai sensi dell'art. 27 Cost.. In quella decisione si è affermato: *"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.... 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”.

2.4 Ebbene, ad avviso del Collegio, non si rinvergono argomenti per approdare ad esiti differenti quando l'operazione di "riqualificazione sanzionatoria" debba essere compiuta per fatti riguardanti sostanze stupefacenti di tipo "pesante" a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, contenuta nella sentenza n. 40/2019, dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/90 quanto al solo limite minimo previsto per la reclusione. Invero, l'esclusione da parte delle Sezioni Unite del ricorso a criteri automatici di quantificazione del trattamento punitivo in fase esecutiva non è stata giustificata solo in dipendenza della riconosciuta illegittimità costituzionale dell'intero paradigma normativo, comprensivo sia del limite minimo, che di quello massimo, ma della necessità di raggiungere soluzioni differenziate ed aderenti al caso specifico e di evitare che permanga in esecuzione un trattamento illegale. Tale esigenza non viene meno solo perché la declaratoria d'incostituzionalità ha colpito la soglia punitiva minima di otto anni di reclusione, sostituita con quella di sei anni.

Anche con riferimento a tale parametro, come affermato dalle Sezioni Unite, i limiti edittali previsti in via generale ed astratta esprimono la valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, sicché la pena che sia stata stabilita dal giudice in concreto in riferimento a quegli estremi costituisce "misura" del giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito. Ne discende che, se la previsione che costituisce il termine di riferimento viene eliminata perché incostituzionale, anche la pena già inflitta sulla scorta di tale elemento normativo deve essere riconsiderata per assicurare il rispetto del principio di



proporzionalità, ossia della correlazione tra risposta punitiva e condotta offensiva come delineata dall'ordinamento.

Disatteso dunque il criterio matematico-proporzionale, (sez. 2, n. 29431 del 08/05/2018, Puglisi, rv. 273809; sez. 1, n. 11974 del 20/01/2016, Dinari, n.m.; sez. 3, n. 36357 del 19/05/2015, Testani, rv. 264880), il giudice deve individuare la nuova misura della pena, facendo ricorso ai criteri previsti dagli artt. 132 e 133 cod. pen., secondo i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità che tengano conto sia della nuova cornice edittale (Sez U., n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, rv. 264858), che delle valutazioni già effettuate in sentenza dal giudice della cognizione con riferimento alla sussistenza del fatto ed al significato ad esso attribuibile (sez. 1, n. 52981 del 18/11/2014, De Simone, rv. 261688).

3. Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione ha assunto le proprie determinazioni, traendo legittimamente argomenti ermeneutici dalla pronuncia del giudice costituzionale, che non possono ritenersi eccentrici rispetto al tema posto con l'incidente di esecuzione, perché individuano la ragione del ravvisato contrasto tra la previsione in anni otto di reclusione della pena base per i fatti di reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/90 e, da un lato i principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., dall'altro la funzione di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost., nell'irrazionale divario, pari a quattro anni, tra la stessa e la pena detentiva massima prevista per i fatti di lieve entità. In particolare, ha correttamente osservato che l'abbassamento della soglia minima di sanzione a sei anni di reclusione riguarda i casi che si collocano nella "zona grigia o di confine" tra il fatto lieve di cui al comma 5 dell'art. 73, contrassegnato da minima offensività per quantità e qualità della sostanza che ne è oggetto e per tutte le altre caratteristiche indicate dalla norma, e quello non lieve.

Ha quindi motivatamente escluso che il fatto di reato giudicato nei confronti del (omissis) -detenzione di 7 kg. di cocaina con grado elevatissimo di purezza, pari al 92,7%- possa farsi rientrare nella predetta "zona grigia", perché non lieve, ma nemmeno contraddistinto da spiccata gravità oggettiva: al contrario, "*l'elevatissimo quantitativo gestito dal condannato*", tale da collocarlo ben lontano dalla fattispecie lieve, ha indotto a negare adeguatezza e proporzione alla pena minima.

3.1 Tale statuizione rispetta i canoni ermeneutici, dettati dalla giurisprudenza di questa Corte e da quella costituzionale, e, nel respingere il criterio automatico con il conseguente allineamento alla pena edittale minima, come già operato in fase di cognizione, ha apprezzato in via discrezionale, ma motivata, la concreta offensività della condotta.



3.2 Né può ravvisarsi la denunciata violazione delle disposizioni di cui agli artt. 599-*bis* cod. proc. pen. e 188 disp. att. cod. proc. pen.. La correlazione tra le due norme, che si assume essere stata violata, è affermata in base ad un'interpretazione non condivisibile, perché giuridicamente non corretta ed incurante delle peculiari caratteristiche dell'istituto del concordato sui motivi e del tenore letterale delle due disposizioni richiamate.

L'accordo raggiunto tra le parti ai sensi dell'art. 599-*bis* cod. proc. pen., inserito dalla legge 23/6/2017, n. 103, che ha reintrodotto nell'ordinamento la possibilità di negoziare la pena in appello previa rinuncia agli altri motivi, non dà luogo ad un rito alternativo a quello ordinario dibattimentale e non è assimilabile al patteggiamento. Invero, le parti per effetto delle loro determinazioni comuni contraggono l'ambito oggettivo delle questioni devolute con l'atto di appello, rinunciando ad ottenere una pronuncia su alcuni motivi proposti, senza però introdurre un rito speciale, perché il negoziato non prelude alla pronuncia di una sentenza diversa da quella ordinaria e non comporta un necessario effetto premiale, che caratterizza, invece, l'applicazione della pena a richiesta delle parti.

Della correttezza di tale impostazione si trae conferma anche dalla giurisprudenza costituzionale. La Consulta, chiamata a sindacare la legittimità dell'art. 34 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che il giudice, il quale ha disatteso la richiesta di pena congiuntamente proposta dalle parti, in base all'art. 599, comma 4, cod. proc. pen. nella sua formulazione poi abrogata dalla legge n. 125/2008, ma reintrodotta dalla riforma del 2017, non possa partecipare alla successiva decisione di merito sull'impugnazione, con la sentenza n. 448 del 1995 ha dichiarato non fondata la questione sollevata e ha osservato testualmente: *"Questa figura di accordo fra le parti (...) implica una valutazione di merito da parte del giudice ai fini del giudizio di congruità della pena concordata. Tuttavia, la valutazione contenutistica del giudice non è idonea a configurare una situazione per la quale valgano le ragioni dell'incompatibilità per il giudizio di merito, giacché il "patteggiamento" in appello presenta peculiarità che lo differenziano dal patteggiamento in senso proprio che si svolge in primo grado, prima dell'apertura del dibattimento (artt. 444 e ss. cod. proc. pen.). Nel caso dell'appello si tratta, difatti, del giudice già investito, nella sede propria, del merito, il quale valuta la congruità della pena in base agli stessi elementi sui quali dovrà fondare la propria decisione al termine del giudizio di impugnazione. La decisione sulla richiesta delle parti (...) costituisce un giudizio eventuale ed anticipato, formulato in base alle prove sulle quali il giudice, investito del giudizio di merito, dovrà fondare il proprio convincimento. Non si è quindi in presenza, come nel caso dell'accordo delle*



parti sulla pena in primo grado, di un'anticipazione di giudizio, effettuata sulla base della consultazione e della valutazione degli atti del fascicolo del pubblico ministero. Le valutazioni del giudice nel patteggiamento in appello si esprimono dunque in situazioni diverse da quelle del patteggiamento in primo grado. Questo è sufficiente per escludere la lesione del principio di parità di trattamento nelle due diverse situazioni. Le stesse considerazioni consentono di ritenere che non sono neppure contraddette le esigenze sostanziali poste a base delle enunciazioni espresse dalla legge di delega e dirette ad evitare che le valutazioni di merito del giudice possano essere condizionate dal precedente svolgimento di determinate attività nello stesso procedimento. L'adesione o meno alla richiesta concorde di accoglimento di motivi di appello, con determinazione della pena in conformità alle indicazioni delle parti, costituisce sempre una valutazione propria espressa dal giudice, già investito del merito del giudizio di impugnazione e che deve pronunciarsi sulla stessa al termine del dibattimento o, se in conformità della richiesta delle parti, anticipatamente".

Inoltre, la disposizione di cui all'art. 188 disp. att. cod. proc. pen., che introduce un'autonoma disciplina dell'istituto della continuazione quando ne sia chiesta l'applicazione in sede esecutiva sul presupposto che il condannato ed il pubblico ministero chiedano al giudice dell'esecuzione l'unificazione dei reati per effetto della disciplina del concorso formale o del reato continuato e la determinazione della pena unica in base all'accordo raggiunto entro i limiti stabiliti dalla legge, contiene il testuale riferimento a reati giudicati con più sentenze di applicazione della pena a richiesta delle parti, pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona. Non è quindi riferibile al diverso e non contemplato istituto del concordato sui motivi ai sensi dell'art. 599-bis cod. proc. pen..

Va dunque formulato il seguente principio di diritto: *"il meccanismo di rinnovata negoziazione della pena per l'applicazione in sede esecutiva della continuazione o del concorso formale, disciplinato dall'art. 188, non può costituire il modello processuale di riferimento per la rideterminazione del trattamento punitivo al fine di adeguarlo alla sopravvenuta illegalità della pena, conseguente a pronuncia di incostituzionalità, individuato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite con esclusivo riferimento all'ipotesi che il titolo di condanna sia rappresentato da sentenza di patteggiamento"*.

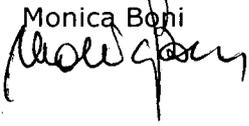
Per le considerazioni svolte il ricorso va respinto con la conseguente condanna del proponente al pagamento delle spese processuali.

P. Q. M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.
Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2020.

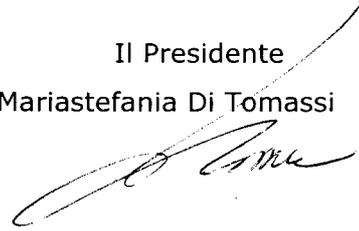
Il Consigliere estensore

Monica Boni



Il Presidente

Mariastefania Di Tomassi



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Prima Sezione Penale

Depositata in Cancelleria oggi

Roma, li 3 MAR. 2020

Il Funzionario Giudiziale

COZZOLINO

Rose lo Pollicio

