

LA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ DELLA LEGGE "FINI-GIOVANARDI" E LA RIDETERMINAZIONE DELLA PENA IRROGATA CON SENTENZA IRREVOCABILE

A margine di [GIP di Bologna, ord. 27 maggio 2014, Giud. Giangiacomo](#)

di Matteo De Micheli

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La sentenza “Scoppola” e la questione della rideterminazione della pena *in executivis*. – 3. Il principio d’intangibilità del giudicato secondo la giurisprudenza nazionale. – 4. Le modalità di rideterminazione della pena: dalla genesi del contrasto giurisprudenziale alla declaratoria d’incostituzionalità in materia di stupefacenti. – 5. I diversi orientamenti in tema di rimodulazione della pena: il criterio aritmetico puro. – 6. Il criterio sostanzialistico: un nuovo processo di cognizione. – 7. Il criterio aritmetico proporzionale: analisi del provvedimento in commento. – 8. Le altre posizioni intermedie elaborate dalla giurisprudenza di merito. – 9. ...in attesa della soluzione delle Sezioni Unite. – 10. Possibili rilievi critici – 11. Conclusioni.

1. Premessa.

Il provvedimento in esame affronta la questione relativa ai poteri attribuiti al giudice dell’esecuzione in punto di **rideterminazione della pena** nelle ipotesi in cui, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da una norma incriminatrice, da cui derivi la reviviscenza di una disposizione penale che prescriva un trattamento sanzionatorio più mite (modificando la forbice edittale) la pena *in executivis*, irrogata con sentenza passata in giudicato, risulti non più legittima.

Nello specifico, l’ordinanza in commento attiene alla disciplina in materia di stupefacenti e, in particolare, alla fattispecie di cui all’art. 73 D.P.R. 309/90; la norma in esame sanziona le condotte di produzione, trasporto, cessione e detenzione, ai fini di spaccio, di sostanze psicotrope.

Detta disciplina, recentemente, è stata oggetto di rilevanti modifiche a causa della [sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014](#)¹, la quale ha dichiarato l’illegittimità delle norme che nel 2006 (legge n. 49/06 “Fini - Giovanardi”), avevano modificato il Testo Unico in materia di stupefacenti, prevedendo la parificazione, anche sotto il profilo sanzionatorio, tra le c.d. “droghe leggere” e “droghe pesanti”.

¹ Si rimanda ai numerosi contributi presenti su questa Rivista per una ricostruzione dell’ormai nota vicenda dell’incostituzionalità della c.d. “Fini-Giovanardi”.

La declaratoria d'incostituzionalità di dette norme, in conformità a quanto previsto dalla legge n. 87/53, ha determinato la reviviscenza della precedente normativa (legge n. 162/90 "Tervolino – Vassalli"), la quale non solo operava un distinguo tra le due tipologie di sostanze stupefacenti, ma prevedeva, in riferimento alle droghe leggere, un trattamento sanzionatorio ben più mite (dai 2 ai 6 anni di reclusione), rispetto alla forbice edittale prevista dalla legge "Fini – Giovanardi" (dai 6 ai 20 anni).

Da ciò è derivata, inevitabilmente, l'illegittimità di tutte le pene comminate ex art. 73 comma 1 D.P.R 309/90, in quanto il giudice, nell'irrogare tali sanzioni, aveva assunto a parametri normativi di riferimento, disposizioni non più legittime perché dichiarate incostituzionali.

La questione affrontata dal GIP di Bologna, una volta riconosciuto dalla giurisprudenza europea e nazionale la possibilità di procedere a una rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile, attiene alle modalità con cui tale rimodulazione debba essere effettuata. Detta operazione, infatti, ha ricadute di particolare rilevanza, determinando una deroga al principio generale dell'intangibilità del giudicato.

2. La sentenza "Scoppola" e la questione della rideterminazione della pena *in executivis*.

In materia vengono in rilievo una serie di problematiche affrontate, in prima battuta, dalla Corte Edu e, successivamente, dalla Corte costituzionale, nonché dai giudici della Corte di Cassazione.

Punto di partenza della questione oggetto d'esame (come afferma la pronuncia in commento) è costituito, infatti, dalla sentenza "Scoppola vs Italia" con cui la *Grande Chambre, in primis*, ha espressamente ricondotto il principio di retroattività della norma penale più favorevole al reo nell'alveo dei principi Cedu; in particolare, la Corte ha affermato che il principio della *lex mitior* debba trovare applicazione a prescindere dalla qualificazione giuridica di norma sostanziale o processuale attribuita dal legislatore nazionale.

In secondo luogo, i giudici di Strasburgo, invocando il principio in parola, hanno imposto all'ordinamento italiano di procedere a una rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabile, al fine di conformarla al principio di cui all'art. 7 CEDU (si trattava nel caso di specie di sostituire l'ergastolo con la pena di anni 30 di reclusione).

3. Il principio d'intangibilità del giudicato secondo la giurisprudenza nazionale.

La sentenza Scoppola dà quindi la stura a due rilevanti pronunce dei giudici nazionali.

La prima, adottata dalla Corte Costituzionale ([sent. n. 210/2013](#))², la quale per conformarsi alla giurisprudenza della Corte Edu, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme (inerenti la pena dell'ergastolo con isolamento diurno) che avevano modificato l'art 442 c.p.p. e che avevano consentito l'applicazione della disposizione medesima, retroattivamente, facendo leva sulla sua natura processuale.

Con detta pronuncia, la Corte apre alla possibilità per il giudice nazionale di incidere sul giudicato penale, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste, al fine di conformare la pena irrogata a quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo.

La seconda, pronunciata dalle Sezioni Unite ([sent. 24 ottobre 2013, n. 18821, ric. Ercolano](#))³, con cui i giudici di legittimità, a fronte di una situazione analoga al caso Scoppola, dopo aver riconosciuto la recessività del principio d'intangibilità del giudicato penale rispetto ad altri diritti fondamentali quali la libertà personale, affermano alcuni principi di diritto assolutamente innovativi e destinati ad assurgere a modello per tutta la giurisprudenza successiva.

In primo luogo, la Suprema Corte risolve un'annosa *querelle* sul rapporto tra l'art. 673 c.p.p. e l'art 30 della legge n. 87 del 1953, statuendo che l'entrata in vigore della norma codicistica, non ha determinato un'abrogazione implicita della disposizione della legge del '53, stante il diverso ambito applicativo.

Infatti, a detta della Corte, l'art. 673 c.p.p. farebbe riferimento solo alle ipotesi di *abolitio criminis* derivanti da un'abrogazione o da una declaratoria di incostituzionalità di una norma incriminatrice; al contrario, l'art. 30 avrebbe un raggio di azione ben più ampio, ricomprendendo non solo queste ipotesi, ma ogni declaratoria d'incostituzionalità avente ad oggetto una norma penale (anche se non incriminatrice).

Da questa premessa, la Suprema Corte afferma che il principio di legalità deve governare l'intero fenomeno esecutivo e, dunque, non solo il momento dell'irrogazione della sanzione penale, ma anche tutto l'arco della sua attuazione; per questa ragione la Corte riconosce la necessità di procedere ad una rideterminazione della pena comminata con sentenza irrevocabile, quando parte di essa non risulti più legittima per effetto di una dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale con conseguente reviviscenza della norma anteriore più favorevole.

In seconda battuta, il giudice di legittimità si preoccupa di ricercare il rimedio processuale esperibile in queste situazioni, individuandolo nell'istituto dell'incidente di esecuzione sulla base di due ordini di considerazioni.

In primo luogo, la Corte afferma che, nei casi in cui sia necessario rideterminare una sanzione penale irrogata con sentenza irrevocabile, la competenza non può che spettare al giudice dell'esecuzione; infatti, risulta esaurito, a causa del passaggio in giudicato della pronuncia, il potere giurisdizionale del giudice della cognizione.

² ROMEO, [Giudicato penale e resistenza alla lex mitior: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013](#), in *questa Rivista*, 1 ottobre 2013.

³ In merito a detta pronuncia e al dibattito retrostante cfr. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola](#) (Cass., Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano), in *questa Rivista*, 12 maggio 2014.

La Cassazione giunge a tale approdo affermando che, in dette ipotesi, non è necessario un nuovo accertamento di merito con conseguente riapertura del processo, ma occorre semplicemente *incidere sul titolo esecutivo*, sostituendo la pena comminata con quella conforme alla Cedu.

In altri termini occorre, in questi casi, compiere *un'operazione sostanzialmente ricognitiva*, dal momento che la determinazione della pena non esige un nuovo apprezzamento del giudice, in quanto è realizzabile mediante una mera applicazione dei parametri normativi fissati dalla legge.

Ne consegue che spetta al giudice dell'esecuzione procedere a tale rimodulazione, essendo questo competente *tout court* in materia esecutiva.

In secondo luogo, la Suprema Corte, una volta radicata la competenza nel giudice dell'esecuzione, afferma che, in questi casi, il rimedio processuale invocabile è rappresentato dall'incidente di esecuzione. In particolare, i giudici di legittimità procedono ad un'interpretazione estensiva dell'ambito applicativo dell'istituto in parola, affermando che esso debba ricomprendere tutte le patologie del titolo esecutivo, tra le quali vanno annoverate anche le ipotesi in cui l'attuazione concreta della pena non risulti più legittima per effetto di una declaratoria d'incostituzionalità.

4. Le modalità di rideterminazione della pena: dalla genesi del contrasto giurisprudenziale alla declaratoria d'incostituzionalità in materia di stupefacenti.

Tali considerazioni preliminari, oltre ad essere richiamate nell'ordinanza in commento, risultano fondamentali per comprendere al meglio le motivazioni che conducono il GIP di Bologna ad aderire ad uno degli indirizzi interpretativi (in ordine alle modalità di rideterminazione della pena) elaborati dalla giurisprudenza di merito in questi ultimi mesi.

A riguardo, occorre rilevare che, l'elaborazione di detti orientamenti è ben più risalente nel tempo rispetto alla questione oggetto dell'ordinanza in esame. Infatti, la problematica delle modalità di rideterminazione della pena irrogata con sentenza definitiva era già emersa a seguito delle declaratorie d'incostituzionalità, *in primis*, dell'aggravante della clandestinità⁴ (sentenza n. 249/10) e, successivamente, dell'art 69 comma 4 c.p. ([sentenza n. 2 51/2012](#)) con specifico riferimento al divieto di prevalenza dell'attenuante (oggi fattispecie autonoma) del fatto di lieve entità ex art. 73 comma 5 D.P.R. 309/90, rispetto alla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p..

In particolare, già in ordine a dette ipotesi, i giudici dell'esecuzione, avevano risolto la questione delle modalità di rideterminazione fornendo soluzioni non uniformi e, in certi casi, talmente antitetiche da imporre un celere intervento della

⁴ In merito a detta pronuncia e al relativo dibattito v. anche [Cass. Pen., Sez. I, 27.10.2011 \(dep. 13.01.2012\) n.977 Pres. Giordano, Rel. Di Tomasso, Ric. P.M. in c. Hauohu](#), con nota di SCOLETTA, [Aggravante della clandestinità; la Cassazione attribuisce al G.E. il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima](#), in *questa Rivista*, 19 gennaio 2012.

Suprema Corte, la quale si è pronunciata a Sezioni Unite lo scorso 29 maggio⁵ (si noti, tuttavia, che le motivazioni non sono ancora state depositate)⁶.

Il contrasto giurisprudenziale in materia ha assunto toni ancora più accesi a seguito della declaratoria d'incostituzionalità della normativa in materia di stupefacenti, attesa la frequenza statistica dei delitti ex art 73 T.U. STUP. e, dunque, il notevole incremento delle richieste di rimodulazione della pena avanzate dinanzi ai giudici dell'esecuzione.

5. I diversi orientamenti in tema di rimodulazione della pena: il criterio aritmetico puro.

Appare, dunque, necessario prendere in considerazione le varie tesi elaborate in materia dalla giurisprudenza di merito, al fine di esaminarne le conseguenze applicative e le criticità.

Secondo un primo orientamento, elaborato dal **PM presso il tribunale di Palermo** (tesi presa in considerazione ma non condivisa dal GIP siciliano nell'ordinanza del 2 aprile 2014), la sentenza della Corte Costituzionale n. 32/14 ha determinato, quale effetto indiretto, di rendere illegittima esclusivamente quella porzione di pena *in executivis* eccedente il massimo edittale (6 anni) previsto dalla legge n. 162/90 "Iervolino – Vassalli" (la quale deve trovare nuovamente applicazione in quanto abrogata da una legge dichiarata, successivamente, incostituzionale)⁷. In altri termini, in base a questa teoria, debbono essere considerate illegittime solo le pene superiori ai 6 anni di reclusione e, in particolare, solo quella porzione di pena che superi il massimo edittale fissato dalla legge oggi in vigore.

⁵ Il caso all'attenzione delle Sezioni Unite verte sulla rideterminazione della pena definitiva in seguito all'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5 del D.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4 c.p. Cfr. ROMEO, [Poteri del giudice dell'esecuzione dinanzi a dichiarazione d'incostituzionalità di norma penale 'non incriminatrice': metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?](#), in questa Rivista, 24 febbraio 2014.

⁶ Il servizio novità della Corte Suprema di Cassazione ha preannunciato che le Sezioni Unite, nel corso della camera di consiglio del 29 maggio 2014, hanno definitivamente riconosciuto il potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena irrogata con sentenza irrevocabile con la precisazione che "nella specie il giudice dell'esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, ove ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tener conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza tener conto di successive modifiche legislative"(cfr. [Cass., Sez. Un., c.c. 29 maggio 2014, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, Ric. P.m. in proc. Gatto, informazione provvisoria](#)).

⁷ Negli stessi termini anche MANES-ROMANO, [L'illegittimità costituzionale della c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale, in questa Rivista](#), 23 marzo 2014, p. 31, secondo cui, nelle ipotesi in questione, "attribuire al giudice dell'esecuzione il compito di riportare il "fine pena" all'attuale massimo sembrerebbe infatti tanto doveroso sul piano assiologico (perché il frammento di maggior pena è illegittimo) quanto percorribile sul piano logico (perché si sostituisce con l'attuale massimo)".

Ne consegue che, per ricondurre nell'alveo del principio di legalità le suddette sanzioni, il giudice dell'esecuzione deve limitarsi semplicemente a dichiarare non eseguibile quella porzione di pena che valica il massimo edittale, mediante un'elementare operazione matematica.

L'organo giurisdizionale esecutivo, dunque, deve procedere ad una rideterminazione della pena solo se irrogata in misura superiore ai 6 anni, eliminando la porzione di pena eccedente (*rectius* dichiarando non eseguibile detta parte di pena); tale operazione aritmetica ha per l'effetto di portare sempre al medesimo risultato, in quanto il giudice dovrà limitarsi a irrogare una sanzione coincidente con il massimo edittale previsto dalla legge Iervolino, cioè tutte le pene dovranno essere rideterminate nella misura dei 6 anni.

Tale modalità di rimodulazione della pena ha, dunque, un esito predeterminato a prescindere dalle circostanze del caso concreto, e ciò costituisce, ad un tempo, punto di forza e *vulnus* dell'orientamento in esame.

Punto di forza, in quanto garantisce un'assoluta uniformità delle pronunce del giudice dell'esecuzione ed una totale equiparazione di tutte le situazioni attinte dalla declaratoria d'incostituzionalità.

Tutti i condannati a pene superiori a 6 anni non dovranno scontare quella porzione di pena eccedente al massimo edittale.

Invero, è possibile affermare che detta soluzione è l'unica costituzionalmente imposta, atteso che vi sarebbe un'insanabile frattura nel nostro ordinamento se trovassero esecuzione pene irrogate sulla base di norme giudicate incompatibili a Costituzione e, soprattutto, per una durata superiore a quella prevista dalla legge in vigore.

Ulteriore pregio, sotto un profilo prettamente pragmatico, della tesi in parola, è poi costituito dalle conseguenze applicative di detta teoria in termini di alleggerimento del carico giudiziario, atteso che il giudice non dovrà esercitare il proprio potere discrezionale nel rideterminare la pena, ma dovrà emettere un provvedimento vincolato con un evidente risparmio di tempo ed energie (si parla di amministrativizzazione della funzione giurisdizionale esecutiva).

Tuttavia, l'orientamento in esame, proprio perché si fonda su un mero criterio aritmetico, ma non proporzionale, presta il fianco ad una serie di criticità, dal momento che, dietro l'uniformità di trattamento per tutti i condannati, quale effetto di detta tesi, si cela una disparità sostanziale e, dunque, una violazione del principio di uguaglianza nel suo corollario del divieto di trattare in modo uguale situazioni in concreto diverse.

Applicare, infatti, a tutti i condannati, la pena di 6 anni determinerebbe una disparità di trattamento, atteso che l'ordinamento non può imporre in concreto lo stesso *quantum* di pena a fronte di fatti caratterizzati da una gravità diversa (diversità questa cristallizzata in una sentenza irrevocabile di condanna).

Tale opzione appare difficilmente percorribile nel nostro ordinamento, in quanto comporterebbe, altresì, una violazione del principio, costituzionalmente garantito, del finalismo rieducativo della pena, poiché applicare la medesima sanzione a fronte di fatti con disvalore penale diverso, impedirebbe al reo di comprendere il

significato del comando punitivo, ponendo nel nulla la valutazione ex 133 c.p. che il giudice di merito aveva compiuto proprio per adeguare la pena al caso concreto.

6. Il criterio sostanzialistico: un nuovo processo di cognizione.

In totale contrasto con quest'orientamento si pone, poi, la [pronuncia del GIP di Pisa](#)⁸ il quale fa applicazione di un criterio sostanzialistico puro e afferma che il giudice dell'esecuzione, in dette ipotesi, deve assurgere a vero e proprio organo della cognizione.

Secondo tale tesi, il giudice, in sede d'incidente di esecuzione, deve compiere un nuovo accertamento di merito valutando il fatto concreto, accertando la sussistenza di eventuali circostanze (a prescindere che esse siano già state indicate dal giudice del merito) e procedendo, in quest'ultimo caso, ad un nuovo giudizio di bilanciamento.

Il ragionamento, che sta alla base di questa teoria, ha come presupposto fondamentale il fatto che deve ritenersi illegittima non solo la porzione di pena che eccede il massimo edittale, ma tutta la sanzione penale irrogata, dal momento che, il giudice di merito, nell'esercitare il proprio potere discrezionale ex art 133 c.p., aveva fatto riferimento a parametri normativi illegittimi costituzionalmente; dunque, secondo il GIP toscano, risulta necessaria una nuova valutazione che tenga conto dei mutamenti avvenuti e, in particolare, della diversa e più mite forbice edittale attualmente in vigore.

Sulla base di tali argomentazioni, il GIP pisano, in sede d'incidente di esecuzione, effettua un nuovo giudizio di cognizione partendo, quale pena base dal minimo edittale proprio come aveva fatto il giudice del merito, ma a differenza di quest'ultimo, giustificando l'applicazione del minimo non sulla base della tipologia di sostanza (droga leggera), che veniva in rilievo nel caso di specie, ma al contrario riconoscendo lo stato di tossicodipendenza dell'imputato e, dunque, riconducendo una parte della sostanza stupefacente rinvenuta al mero consumo personale (di talché, oggetto della cessione diveniva un quantitativo di gran lunga inferiore rispetto a quello indicato nella sentenza irrevocabile)⁹.

7. Il criterio aritmetico proporzionale: analisi del provvedimento in commento.

A fianco a questi due orientamenti diametralmente opposti (il primo si preoccupa di garantire il più possibile il principio dell'intangibilità del giudicato, mentre il secondo opera una vera e propria erosione del giudicato consentendone una totale rivisitazione), si collocano alcune posizioni intermedie, le quali mirano ad

⁸ GIP Trib. Pisa, 15 aprile 2014, (ord.) Giud. Bufardeci, in questa *Rivista*, 11 maggio 2014.

⁹ Per casi analoghi a quelli in parola si segnalano le pronunce del GIP Trib. Lecce, 10 giugno 2014 (ord.) Giud. Gallo; GIP Trib. Rovereto, 17 aprile 2014 (ord.) Giud. Dies e GIP trib. Vicenza, 11 giugno 2014 (ord.) Giud. Morsiani.

individuare un punto d'equilibrio tra i principi costituzionali coinvolti (libertà personale e certezza del diritto nel suo corollario di intangibilità del giudicato).

In altri termini, questi orientamenti, se da un lato convengono sulla doverosità di una rimodulazione della pena, dall'altra riconoscono la necessità di preservare la valutazione del giudice del merito per evitare che lo sgretolamento del giudicato determini conseguenze particolarmente gravi nel nostro sistema ordinamentale.

E' in quest'ottica che va inquadrato il **provvedimento in commento** il quale, pur riconducendo la rimodulazione della pena ad una mera operazione aritmetica, ha il pregio di superare i limiti della prima teoria, individuando un meccanismo idoneo a garantire a ciascun condannato una rideterminazione di carattere proporzionale della pena, evitando quell'eccessiva uniformità e, di conseguenza, disparità di trattamento che caratterizzava l'orientamento aritmetico puro.

Secondo l'ordinanza del GIP di Bologna, affinché la rimodulazione della pena non sia iniqua, risulta necessario, in prima battuta, verificare ove si collocava la pena in concreto irrogata rispetto alla forbice edittale considerata dal giudice di merito. In altre parole, occorre determinare, ad eccezione delle ipotesi in cui la pena si attestava nel minimo edittale (ove il calcolo non è necessario per ragioni evidenti), che aumento percentuale il giudice di merito avesse operato rispetto al minimo edittale. Una volta individuato tale dato, si deve procedere ad applicare detto aumento percentuale al nuovo minimo edittale giungendo così al risultato che la pena, una volta rideterminata, risulti collocata, in riferimento al nuovo *range* edittale, nella stessa posizione che la medesima occupava nella precedente forbice.

Il giudice, nel giungere a tale soluzione, richiama un'importante pronuncia della **sesta sezione della Corte di Cassazione** (n. 15157/2014) nella quale i giudici di legittimità (in un caso simile, ma in ordine ad una sentenza di merito non ancora irrevocabile), non solo annullano senza rinvio il provvedimento impugnato, ritenendo, in questi casi, superfluo l'intervento del giudice della cognizione (e, dunque, non necessario un nuovo accertamento) ma fanno applicazione del medesimo criterio aritmetico - proporzionale invocato nell'ordinanza in esame (tuttavia solo con riferimento alla pena pecuniaria, dal momento che la pena detentiva era stata applicata nella misura minima).

L'orientamento in parola presenta indubbi vantaggi, in quanto mira a preservare il giudicato esigendo una revisione dello stesso nei limiti strettamente indispensabili a ricondurre la sanzione penale *in executivis* nell'alveo della legittimità costituzionale¹⁰.

¹⁰ Per casi analoghi a quelli in parola si segnalano le pronunce del GIP Trib. Rovigo, 28 marzo 2014 (ord.) Giud. Mondaine; GIP Trib. Lecce, 17 giugno 2014 (ord.) Giud. Maritati e GIP Trib. Mantova, 3 giugno 2014 (ord.) Giud. Grimaldi.

8. Le altre posizioni intermedie elaborate dalla giurisprudenza di merito.

Degne di nota sono, poi, due ulteriori posizioni, rispettivamente del [Tribunale di Milano](#)¹¹ e del [GIP di Perugia](#)¹², i quali, pur affermando la vincolatività da parte del giudice dell'esecuzione della valutazione del giudice di merito, tentano di risolvere la questione prendendo in considerazione, ai fini della rimodulazione della pena, non solo la pena base da cui era partito il primo giudice, ma anche le circostanze eventualmente ritenute sussistenti nonché il giudizio di bilanciamento effettuato dallo stesso giudice.

In particolare, secondo l'opinione del tribunale ambrosiano, la rimodulazione risulta necessaria solo quando la pena base da cui è partito il giudice del merito ecceda i 6 anni di reclusione (solo in questi casi la sanzione è illegittima, in quanto non rientrante nella nuova forbice edittale).

In tal caso, il giudice dell'esecuzione dovrà partire dalla pena base di 6 anni, cioè applicare il nuovo massimo edittale e ad essa dovrà apportare gli stessi aumenti e diminuzioni operati dal primo giudice.

Tale tesi appare poco condivisibile, perché presenta le stesse criticità dell'orientamento aritmetico puro, dal momento che, anche in questi casi, vi è il pericolo di un'uniformità di trattamento a fronte di situazioni radicalmente diverse.

Ulteriore soluzione di compromesso è, poi, quella fornita dal [GIP di Modena](#), il quale afferma che il giudice dell'esecuzione pur dovendo rispettare il giudicato, può, tuttavia, procedere a una sua interpretazione; se così non fosse, infatti, risulterebbero prive di valore le norme codicistiche che gli attribuiscono poteri istruttori e di cognizione.

Da tale assunto, il giudice modenese evince che la rideterminazione della pena non può essere ancorata a una mera operazione matematica ma è dovere del giudice esercitare il proprio potere discrezionale procedendo, secondo proprio prudente apprezzamento, all'individuazione della pena base, naturalmente considerando la nuova forbice edittale.

Una volta, però, fissata la pena base in conformità ai canoni ex art 133 c.p. il giudice, secondo detto orientamento, è vincolato al giudizio di bilanciamento delle circostanze operato dal primo giudice e dovrà limitarsi ad apportare gli eventuali aumenti e diminuzioni stabiliti in sede di cognizione.

Coerente con questa impostazione è, poi, l'ordinanza adottata dal [GIP di Bologna](#)¹³ (persona fisica diversa rispetto a quella che ha emanato il provvedimento in esame), il quale, nell'aderire alla tesi del GIP di Modena, fornisce una ricostruzione innovativa del rapporto tra la disciplina fissata dalla legge "Fini-Giovanardi" e il nuovo addentellato normativo, operante per effetto della reviviscenza della legge "Tervolino-Vassalli".

¹¹ Trib. Milano, Sez. XI pen., 3 aprile 2014, (ord.) Giud. Cotta, in questa *Rivista*, 15 maggio 2014.

¹² GIP Trib. Perugia, 11 giugno 2014 (ord.) Giud. Semeraro.

¹³ GIP Trib. Bologna, 25 giugno 2014 (ord.) Giud. Petraghani Gelosi.

In particolare, il giudice per le indagini preliminari afferma l'impossibilità di procedere a una rideterminazione della pena sulla base di un mero criterio aritmetico - proporzionale; infatti, l'adesione a quest'ultimo orientamento risulterebbe condivisibile solo nel caso di perfetta coincidenza tra la fattispecie incriminatrice, ex art. 73 T.U.STUP., prevista dalla legge n.49/2006 e la norma incriminatrice così come modificata a seguito della pronuncia della Consulta.

Al contrario, secondo il GIP di Bologna, le due normative non risultano sovrapponibili bensì si pongono in rapporto di c.d. specialità unilaterale *“laddove il comma primo dell'art. 73 della versione Fini Giovanardi è da ritenersi speciale per aggiunta (delle droghe pesanti) rispetto alla fattispecie generale di cui al comma IV dell'art. 73 nella versione Vassalli Iervolino. Ne consegue che la rideterminazione della pena non può prestarsi ad 'asettiche' operazioni aritmetiche quasi che si trattasse di una correzione di un errore di calcolo effettuato ai sensi dell'art. 130 c.p.p.”*.

In altri termini, secondo detta elaborazione il criterio matematico, anche se proporzionale, non consente di ricostruire fedelmente la *voluntas* del giudice della cognizione, poiché questi ha esercitato il proprio potere discrezionale sulla base di una fattispecie normativa molto diversa da quella attualmente in vigore. Infatti, mentre con la legge del 2006¹⁴ era stato introdotto un sistema che equiparava le diverse sostanze stupefacenti ai fini sanzionatori, oggi, al contrario, il tipo di sostanza è (tornato ad essere) il primo criterio che serve per la ricognizione della fattispecie da applicare. *“D'altronde, il legislatore con la legge “Fini-Giovanardi” aveva abbassato il limite edittale minimo (da otto a sei) dei fatti non lievi proprio per poter ricomprendere nello stesso contenitore normativo anche le droghe leggere (punte con un massimo di sei anni), con la conseguenza che per i fatti ‘non lievi’ di droghe leggere, il massimo edittale secondo la legge “Iervolino - Vassalli” era diventato il minimo edittale nella versione “Fini - Giovanardi”. E come è possibile far coincidere i minimi edittali nella misura in cui il comma IV dell'art. 73 D.P.R. n. 309/’90 faceva riferimento alle sole droghe leggere mentre la versione caducata del comma I dell'art. 73 ricomprendeva anche le droghe pesanti?”*.

Secondo quest'ulteriore e diversa posizione emersa all'interno dell'ufficio GIP di Bologna, dunque, un nuovo accertamento di merito, alla stregua dei canoni di cui all'art.133 c.p., rappresenta una scelta obbligata, atteso che il giudice dell'esecuzione è chiamato a pronunciarsi in ordine ad una fattispecie incriminatrice diversa rispetto a quella esaminata dal giudice del merito. In particolare, il giudice deve farsi interprete di tale diversità prendendo in considerazione non solo il differente e meno ampio delta punitivo in vigore attualmente, ma anche le motivazioni poste a fondamento della legge “Fini – Giovanardi” e, soprattutto, la prassi giurisprudenziale seguita in questi ultimi dieci anni dai giudici di prima istanza per porre rimedio alle evidenti problematiche applicative che hanno contraddistinto la tanto criticata normativa del 2006¹⁵.

¹⁴ Per un approfondimento sulla normativa introdotta dalla legge Fini-Giovanardi si segnala l'opera di INSOLERA-MANES (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, 2012.

¹⁵ Per un approfondimento in materia si segnalano i cinque *“libri bianchi sulla legge Fini-Giovanardi”* redatti dalla Società della Ragione Onlus, i quali non solo forniscono una panoramica completa degli effetti

9. ...in attesa della soluzione delle Sezioni Unite.

Dalla panoramica giurisprudenziale fin ad ora svolta, è possibile affermare che, in riferimento alla questione della rimodulazione della pena, non vi sia uniformità di vedute e ciò non può che avere ricadute di una certa gravità nel nostro ordinamento, atteso che l'applicazione di diversi e contrastanti metodi di rideterminazione del trattamento sanzionatorio determina, inevitabilmente, una lesione del principio di uguaglianza; infatti, a seconda delle modalità di rimodulazione, fatte proprie nel caso concreto dal giudice dell'esecuzione, la pena, a seguito di rideterminazione, potrà oscillare entro limiti particolarmente ampi e, soprattutto, incerti (potrebbe essere inferiore a 2 anni come superiore a 6).

10. Possibili rilievi critici.

Occorre, infine, effettuare, per ragione di completezza, due ordini di considerazioni.

In primo luogo, è necessario ricordare che la materia degli stupefacenti è peculiare rispetto alle altre discipline penalistiche in quanto, da un lato è frutto di una legislazione c.d. "d'emergenza" più attenta ad assecondare l'opinione pubblica che a risolvere il problema del narcotraffico, dall'altro presenta una disciplina caratterizzata da una forbice edittale (prima operante per tutte le tipologie di sostanze psicotrope) eccessivamente ampia. Ciò ha avuto come conseguenza fondamentale l'assunzione, nell'ultimo decennio, da parte della magistratura di un ruolo sostitutivo a quello del legislatore.

La possibilità, infatti, di spaziare in una forbice edittale di 14 anni ha consentito ai giudici di vanificare in concreto la disciplina legislativa che prevedeva l'equiparazione del trattamento sanzionatorio per tutte le tipologie di sostanze stupefacenti attraverso l'applicazione, nel caso di vicende aventi ad oggetto droghe leggere, di pene coincidenti al minimo edittale (o comunque in prossimità del minimo) mentre, nelle ipotesi relative a droghe pesanti, di pene ben più elevate (fino a 20 anni).

Detta circostanza costituisce una delle ragioni fondamentali che stanno alla base dell'orientamento che propende per la possibilità del giudice dell'esecuzione, in sede di rideterminazione della pena, di procedere ad un nuovo accertamento di merito.

Sia nella pronuncia del GIP di Pisa che in altre pronunce non esaminate precedentemente, tra cui vanno ricordate, perlomeno, i provvedimenti del [Tribunale di Trento](#)¹⁶ e del [GIP di Bologna](#)¹⁷, persona fisica diversa dal GIP che ha adottato l'ordinanza in commento, vi è uno specifico riferimento alla sentenza del giudice di

sostanziali della legge del 2006 sulla base dei dati raccolti fino al 2013, ma si preoccupano di accertare il rapporto tra gli obiettivi perseguiti dalla suddetta legge e i risultati raggiunti dalla stessa in termini di sicurezza sociale e sovraffollamento carcerario.

¹⁶ Trib. Trento, Sez. Incidenti esecuzione, 18 aprile 2014, (ord.) Giud. Ancona.

¹⁷ GIP Trib. Bologna, 21 maggio 2014, (ord.) Giud. Perla.

merito e, in particolare, al fatto che i giudici di prima istanza si erano determinati ad applicare il minimo edittale, sebbene a fronte di quantitativi rilevanti, proprio perché si trattava di droghe leggere.

11. Conclusioni

Da queste ultime considerazioni si desume che, ad oggi, non è possibile affermare senza incertezza quale sia l'orientamento più coerente con i principi fondamentali del nostro ordinamento. A parere di chi scrive, non appaiono condivisibili quelle tesi che introducono metodi di rideterminazione puramente aritmetici ma non proporzionali per le criticità già esposte. Altresì, non risultano meritevoli di adesione nemmeno quegli orientamenti intermedi (GIP di Modena) che presentano, ad un tempo, momenti di discrezionalità e momenti di vincolatività, atteso che, se il mutamento della forbice edittale impone un nuovo accertamento per ciò che concerne la rimodulazione della pena base, non si comprende il motivo per cui a questa non debba seguire una nuova valutazione relativa anche alla circostanze eventualmente sussistenti (essendo i due giudizi strettamente connessi e interdipendenti).

Al contrario, l'orientamento c.d. "sostanzialistico", nonché la tesi fondata sul metodo aritmetico – proporzionale, risultano compatibili con i valori costituzionali garantendo un trattamento punitivo equo e rispettoso del principio del finalismo rieducativo della pena.

Spetterà alla Corte di Cassazione, supremo organo con funzione nomofilattica, stabilire quale orientamento privilegiare e la risposta non dovrà attendersi a lungo, atteso che nel breve periodo verranno depositate le motivazioni della sentenza delle sezioni unite del 29 maggio scorso.

In tale pronuncia la Suprema Corte ha riconosciuto definitivamente il potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena irrogata con sentenza irrevocabile e, dunque, può attendersi e auspicarsi, che nel testo delle motivazioni vengano esplicitate le modalità con cui procedere a tale rimodulazione.

L'adesione della Corte al criterio aritmetico – proporzionale appare l'opzione più verosimile, in quanto detto orientamento risulta essere più rispettoso del principio dell'intangibilità del giudicato e, soprattutto, sotto un profilo pragmatico, più idoneo a garantire il buon funzionamento della "macchina giudiziaria", posto che un nuovo accertamento di merito, oltre a vanificare l'attività giurisdizionale, precedentemente compiuta, implica sicuramente tempi più lunghi di una mera operazione matematica.

Tale convincimento deriva anche delle difficoltà applicative del criterio sostanzialistico nelle ipotesi in cui la pena da rideterminare sia stata comminata con una sentenza di patteggiamento passata in giudicato. In questi casi, infatti, se il giudice procedesse ad un accertamento di merito, porrebbe nel nulla l'accordo sulla sanzione penale stipulato dalle parti, ledendo inevitabilmente il diritto di difesa dell'imputato; diritto che risulterebbe tutelato solo in caso di un nuovo accordo fondato sulla forbice edittale oggi in vigore.

Tuttavia, quest'ultima soluzione, non appare condivisibile, in quanto la rideterminazione della pena, in caso di declaratoria d'incostituzionalità, è atto dovuto e non può essere rimessa ad un nuovo incontro delle volontà delle parti, dal momento che, se queste non riuscissero o non volessero raggiungere un accordo, si determinerebbe una stasi processuale non prevista nel nostro ordinamento. In conclusione, occorre rilevare che, a prescindere dall'indirizzo interpretativo cui aderirà la Suprema Corte, la pronuncia delle Sezioni Unite avrà un effetto dirompente nel nostro ordinamento determinando uno stravolgimento della nozione di "rapporti esauriti"¹⁸ e, in tal modo, l'erosione del principio d'intangibilità del giudicato. Infatti, la possibilità per il giudice dell'esecuzione di procedere a una rideterminazione della pena irrogata con sentenza definitiva, risulterà estesa, non solo al di là delle ipotesi legislativamente previste, ma entro confini non circoscrivibili a priori, atteso che questi verranno delineati via via in dipendenza delle declaratorie d'incostituzionalità (di norme penali) che la Consulta in futuro pronuncerà.

¹⁸ Il concetto di "rapporti esauriti", infatti, non avrà più il mero significato di situazioni giuridiche immutabili, in quanto cristallizzate per effetto del passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, atteso che, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, i rapporti giuridici non potranno considerarsi realmente esauriti fino a che la sentenza penale di condanna dispieghi ancora i suoi effetti nell'ordinamento come accade nelle ipotesi in cui la pena inflitta con sentenza irrevocabile debba essere ancora in parte espiata.