

Penale Sent. Sez. 1 Num. 17523 Anno 2020

Presidente: DI TOMASSI MARIASTEFANIA

Relatore: TARDIO ANGELA

Data Udiienza: 25/05/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Olarte Alonso Gerardo, nato a Urunuela (Spagna) il 15/01/1964

avverso l'ordinanza del 14/10/2019 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Angela Tardio;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale M. Francesca Loy, che ha chiesto dichiararsi inammissibile il ricorso, adottando i provvedimenti di cui all'art. 616 cod. proc. pen.

RITENUTO IN FATTO E CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con ordinanza del 14 ottobre 2019 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'istanza, proposta il 22 luglio 2019 nell'interesse di Alonso Gerardo Olarte, volta a ottenere, alla luce della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, la rideterminazione della pena, in corso di esecuzione, di sei anni di reclusione e



diciottomila euro di multa, inflitta, per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, con sentenza dello stesso Giudice del 28 marzo 2017, confermata dalla Corte di appello di Palermo con sentenza emessa in data 1 febbraio 2018 e irrevocabile il 15 novembre 2018.

Il Giudice rilevava a ragione della decisione che la pena era stata calcolata in sentenza partendo dalla pena base di nove anni di reclusione e ventisettemila euro di multa, poi ridotta di un terzo per il rito abbreviato, e che il trattamento sanzionatorio, giudicato congruo alla fattispecie in esame e non suscettibile di riduzione da parte della Corte di appello che lo aveva confermato, era tuttora proporzionato al disvalore del fatto, anche in base alla intervenuta modifica *in melius* della cornice edittale della pena detentiva, tenuto conto della sua determinazione in misura inferiore alla media edittale e superiore al minimo edittale, già vigenti, e della non ridotta obiettiva gravità del fatto in relazione alla consistente quantità di cocaina illecitamente detenuta e trasportata.

2. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione, per mezzo del suo difensore avv. Filippo Maria Gallina, l'interessato Olarte, che ne chiede l'annullamento sulla base di unico motivo, con il quale denuncia violazione di legge e vizio della motivazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in relazione agli artt. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, 133 cod. pen., 125 e 666 cod. proc. pen., 27 e 136 Cost.

Secondo il ricorrente, il Giudice dell'esecuzione è incorso nei denunciati vizi per avere giustificato il diniego alla chiesta rivisitazione del trattamento sanzionatorio in ragione della gravità del fatto, la cui sopravvenuta riduzione non è stata da lui prospettata né poteva esserlo, e in ragione dei parametri di riferimento considerati nel giudizio di cognizione per la determinazione della pena, la cui variazione per effetto del mutato limite edittale, inferiore nel minimo, doveva, invece, comportare la ricollocazione della pena all'interno della nuova e più favorevole cornice edittale nella stessa posizione già occupata ovvero la esplicazione delle ulteriori e significative argomentazioni circa le ragioni della sua mantenuta entità.

3. Il Sostituto Procuratore generale ha depositato requisitoria scritta, concludendo per la declaratoria d'inammissibilità del ricorso, per avere il Giudice dell'esecuzione ritenuto congrua la pena con logica e congrua motivazione e in linea con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

4. Il ricorso merita accoglimento.

4.1. Si premette in diritto che la Corte costituzionale, con sentenza n. 40 del 23 gennaio 2019, pubblicata sulla G.U. n. 11 del 13 marzo 2019, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990, in riferimento al previsto minimo edittale di otto anni di reclusione, ripristinato per effetto della precedente decisione n. 32 del 25 febbraio 2014 della stessa Corte.

Con tale ultima sentenza si era, invero, dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49 (entrata in vigore il 28 febbraio 2006), che avevano unificato, fissando oltre ad analogo massimo edittale un comune minimo pari a sei anni di reclusione, il trattamento sanzionatorio, in precedenza differenziato, previsto dal d.P.R. n. 309 del 1990 per i reati aventi a oggetto le "droghe leggere" e per quelli concernenti le "droghe pesanti", ristabilendosi quello fissato dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 nella sua originaria formulazione, che, più mite per i primi ed esteso ai fatti commessi sotto la vigenza della normativa dichiarata incostituzionale (28 febbraio 2006 - 6 marzo 2014), è stato giudicato più sfavorevole per i secondi, sì da ritenersi applicabile, secondo i principi della successione nel tempo delle leggi penali e per consolidato orientamento di legittimità, solo in relazione alle condotte, aventi a oggetto tali sostanze, successive all'intervento della Corte costituzionale (tra le altre, Sez. 4, n. 46415 del 22/06/2018, P., Rv. 273990; Sez. 1, n. 33373 del 23/06/2015, Guzzon, Rv. 264737-01).

4.2. La giurisprudenza di legittimità, intervenuta sul tema degli effetti sulle sentenze irrevocabili di condanna della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, incidente sul trattamento sanzionatorio, e non abrogativa della rilevanza penale del fatto, ha rilevato che le problematiche correlate non sono diverse da quelle conseguite alla pregressa sentenza n. 32 del 2014 della stessa Corte, e che non vi sono ragioni per discostarsi dalle linee interpretative indotte da detta sentenza in tema di "droghe leggere" e tracciate dagli orientamenti delle Sezioni Unite, che - precisando ulteriormente principi già espressi circa la distinzione ontologica della declaratoria di incostituzionalità della norma penale rispetto all'ordinario fenomeno legislativo abrogativo, la non immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con sentenza irrevocabile di condanna ove le sue modificazioni siano imposte da esigenze di tutela dei diritti primari della persona, e il necessario intervento e i poteri del giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena, incisa dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale, in favore del condannato (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695/6/7-01) - hanno affermato che «è illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che sia basato, per le "droghe leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del

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» (Sez. U, n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01), e hanno rimarcato, quanto alle modalità di rideterminazione in sede esecutiva della pena, non interamente eseguita, in favore del condannato, la inutilizzabilità del criterio proporzionale o aritmetico, dovendo il giudice procedere a una rivalutazione del complessivo trattamento sanzionatorio, «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» (n. 37107 del 26/2/2015, Marcon, Rv. 264857/8-01).

4.3. In linea con tali premesse si registra un consolidato orientamento delle Sezioni semplici, che muove dall'espresso o implicito presupposto che l'esigenza di evitare che, in contrasto con il principio costituzionale di proporzione tra condotta offensiva e risposta punitiva, rimanga in esecuzione un trattamento punitivo illegale non è diversa quando la illegittimità costituzionale riguardi non l'intero paradigma normativo, comprensivo sia del limite minimo sia di quello massimo della pena, ma solo la soglia punitiva minima influente, *ipso iure*, con la relativa ponderazione legislativa, sulla pena inflitta (tra le altre, e con riferimento alle specifiche fattispecie devolute, Sez. 1, n. 13086 del 03/04/2020, Saracino, non mass.; Sez. 1 n. 12347 del 03/04/2010, Dervishi, non mass.; Sez. 1, n. 10329 del 14/02/2020, El Rhoul, non mass.; Sez. 1, n. 9539 del 13/02/2020, Tabaku, non mass.; Sez. 1, n. 7534 del 07/2/2020, Muci, non mass.; Sez. 1, n. 4088 del 26/11/2019, dep. 2020, Moushine, non mass.; Sez. 1, n. 3301 del 10/12/2019, dep. 2020, Kurti, non mass.; Sez. 1, n. 3281 del 12/11/2019, dep. 2020, El Khairat, Rv. 278173-01; Sez. 1, n. 3280 del 12/11/2019, dep. 2020, Porcellini, Rv. 277757-01; Sez. 1, n. 2036 del 11/12/2019, dep. 2020, Selistha, Rv. 278198-01; Sez. 1, n. 1803 del 14/11/2019, dep. 2020, Esposito, non mass.; Sez. 1. n. 51959 del 30/10/2019, Haziraj, Rv. 277735-01; Sez. 5, n. 27666 del 30/05/2019, Nirta, Rv. 276520-01).

Si è, in particolare, affermato che:

- il giudice dell'esecuzione è tenuto a rideterminare la pena inflitta, e in corso di esecuzione, per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990, con condanna anteriormente divenuta irrevocabile, sulla base di parametri edittali in vigore al momento del fatto, essendo detta pena divenuta illegale, con effetto *ex tunc*, a seguito della indicata sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale;

- la rinnovata valutazione sanzionatoria deve essere fatta anche se la pena, per la quale è intervenuta condanna, rientra nell'ambito della vigente cornice edittale, conseguita alla indicata decisione della Corte costituzionale, e deve procedere alla stregua dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., tenendosi conto del nuovo minimo edittale che, giudicato conforme agli artt. 3 e 27 Cost., impone una risposta sanzionatoria differente e individualizzata ovvero una riduzione necessaria della pena, già ritenuta congrua e adeguata dal giudice della cognizione in rapporto a una soglia punitiva minima più elevata, finalizzata a eliminare gli effetti, sfavorevoli per il condannato, dell'applicazione di una norma dichiarata incostituzionale;

- in tale operazione di riqualificazione sanzionatoria il giudice dell'esecuzione, non vincolato dal nuovo minimo edittale, deve rinnovare il giudizio di adeguatezza e proporzione tra il fatto in tutte le sue componenti e la punizione edittale, che esprime la valutazione di disvalore che il legislatore attribuisce a una specifica ipotesi criminosa, senza il ricorso a rigidi criteri di riduzione di tipo matematico-proporzionale ovvero ad automatismi che replichino pedissequamente le opzioni di cognizione, e avvalendosi invece, in libertà cognitiva, dei poteri di accertamento e valutazione conferitigli dalla legge nella formulazione del giudizio commisurativo, da giustificare con congrua motivazione, tenendo conto sia della nuova cornice edittale sia delle valutazioni già effettuate in sentenza con riferimento alla sussistenza del fatto e al significato ad esso attribuibile, fermi restando i limiti fissati dalla sentenza definitiva di condanna in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali.

4.4. Di tali principi il Giudice dell'esecuzione non ha fatto corretta applicazione nell'esame del merito della istanza, dopo averli richiamati a conforto della sua ritenuta ammissibilità.

Si è, invero, giudicata non accoglibile la richiesta di rideterminazione della pena irrogata nel giudizio di cognizione evocandone la congruità e proporzionalità al disvalore del fatto, pur nel modificato minimo edittale, in considerazione della obiettiva e non ridotta gravità del fatto, che ha giustificato il discostamento della pena dal già previsto minimo edittale di otto anni di reclusione.

In tal modo, tuttavia, il Giudice, che ha, peraltro, genericamente enunciato la indicata gravità del fatto sulla base della «consistente quantità di sostanza del tipo cocaina», ha del tutto prescinduto dal coerente apprezzamento del mutamento del parametro legale di determinazione della pena, che si è limitato a richiamare, mentre avrebbe dovuto procedere - esercitando, nei termini già detti, il suo potere discrezionale secondo i criteri dettati dagli artt. 132 e 133 cod. pen. e senza vincoli di tipo automatico/proporzionale rispetto alla quantificazione della pena nel contesto dei pregressi limiti edittali - a un rinnovato giudizio sanzionatorio che

tenesse conto di tale mutamento e della sua incidenza sulla valutazione di adeguatezza della pena già espressa, in relazione allo stesso fatto sì come apprezzato nella sua lesività concreta, quando la sanzione edittale era nel minimo più elevata.

Né, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza impugnata, il giudizio di congruità della pena trova coerente fondamento nella intervenuta determinazione della stessa nel giudizio di cognizione in misura superiore a quella minima edittale in ragione della gravità del fatto, investendo il ridetto giudizio di incostituzionalità la complessiva operata determinazione della pena, la cui conferma da parte della Corte di appello è avvenuta con espresso riferimento alla sua prossimità al minimo edittale, e quindi a un parametro sanzionatorio non più esistente (Sez. 1, n. 13086 del 03/04/2020, Saracino, non mass.).

4.5. L'ordinanza impugnata deve essere, pertanto, annullata con rinvio al Giudice dell'esecuzione, che provvederà a nuovo giudizio attenendosi ai principi enunciati.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo.

Così deciso il 25 maggio 2020

----- /