

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA LEGGE C.D. "FINI-GIOVANARDI": GLI ORIZZONTI ATTUALI DELLA DEMOCRAZIA PENALE

Nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32,
Pres. Silvestri, Est. Cartabia

Vittorio Manes e Luisa Romano*

ABSTRACT

Gli Autori, in un commento 'a prima lettura' della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune importanti disposizioni della legge cd. "Finì-Giovanardi", ne indagano gli effetti immediati – consistenti nella 'caducazione' della fonte impugnata, inclusi gli effetti abrogativi di quest'ultima, e nella conseguente reviviscenza della disciplina previgente – e ne ripercorrono le implicazioni dal punto di vista intertemporale.

L'analisi mette in luce, altresì, l'importanza della citata pronuncia nella sistematica della giurisprudenza costituzionale, evidenziandone in particolare la rilevanza sul versante della giustiziabilità del principio della riserva di legge in materia penale, anche alla luce degli obblighi di penalizzazione 'eurounitari'.

SOMMARIO

1. L'incostituzionalità per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. e l'istanza di democrazia discorsiva. – 1.1. Il progressivo *restraint* sulla decretazione d'urgenza e sulla emendabilità in sede di conversione. – 1.2. La legge di conversione come "legge funzionalizzata": i criteri di controllo del necessario "nesso di omogeneità". – 1.3. Le ulteriori censure assorbite e quelle dichiarate inammissibili. – 2. Gli effetti *immediati* della sentenza: la reviviscenza della previgente disciplina. – 2.1. La caducazione della "fonte" impugnata e degli effetti abrogativi. – 2.2. *L'obiter dictum* sull'insistenza di obblighi di penalizzazione di fonte europea: prospettive in punto di "giustiziabilità" del c.d. inadempimento statale sopravvenuto. – 2.3. La "primavera silenziosa" delle sentenze con effetti *in malam partem*. – 3. Gli effetti *mediati* della sentenza: le vicende intertemporali. – 3.1. Il postulato di base: la delega delle questioni intertemporali al giudice *a quo*. – 3.2. Gli effetti sui procedimenti in corso. – 3.3. Gli effetti sui procedimenti passati in giudicato.

* Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione congiunta, i §§ 1 e 2 (e i relativi sottoparagrafi) sono da attribuirsi a V. Manes, e il § 3 (e relativi sottoparagrafi) a L. Romano.

1.

L'incostituzionalità per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. e l'istanza di democrazia discorsiva

Pur a fronte delle vertiginose ricadute in termini di instabilità ed incertezza fomentate da una pronuncia tanto differita nel tempo, non può stupire il fatto che l'incostituzionalità della legge c.d. "Finì-Giovanardi" arrivi dopo quasi due lustri dalla sua entrata in vigore, nonostante fosse stata prontamente rilevata, a gran voce, sotto diversi profili¹: la Corte costituzionale – come si sa – è organo "responsivo", "attivato" dal necessario interpello di un giudice che ritenga di prospettare la censura, nei tempi dettati dall'insorgenza della concreta vicenda processuale, e nei modi opportuni.

Né deve stupire il fatto che la pronuncia in commento appunti l'illegittimità su di un vizio che, a ben vedere, potrebbe deludere le aspettative dei più: non è stata censurata, infatti, la scelta di accompagnare con pene draconiane la "war on drugs", né l'opzione "politica" di parificare il trattamento sanzionatorio delle droghe pesanti e delle droghe leggere, che da più parti fu denunciata come una vera e propria operazione di "marketing elettorale"².

Il motivo di censura accolto dalla Corte – lo evidenziamo sin d'ora – attiene ad un profilo di democrazia procedurale, ed agli equilibri istituzionali sottesi alla decretazione d'urgenza, fortemente compromessi dall'uso improprio del decreto-legge così come dall'abuso del procedimento di conversione: abuso per vero marchiano nell'iter che ha condotto alla gravosissima riforma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, operata dall'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. n. 49 del 2006, e consistente in un rilevato «difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione».

Sarebbe "riduttivo", tuttavia, relegare la decisione nell'ambito dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento, o magari negli scomparti del "formalismo procedurale": lo spirito della decisione, a nostro avviso, attinge infatti alla sostanza stessa della forma di governo parlamentare, e – per questa via – offre risposte a taluni interrogativi tuttora aperti, e vibranti, in punto di "democrazia penale".

Nelle pieghe argomentative della pronuncia, in particolare, emerge con chiarezza una istanza fondamentale di democrazia discorsiva, tanto più viva al cospetto di una "questione sociale" così vertiginosa come quella sottesa al problema delle tossicodipendenze, e degli strumenti repressivi di contrasto al traffico di droga, oggetto di un autentico stravolgimento sistematico ad opera della legge "Finì-Giovanardi".

Come sottolinea espressamente la Corte, «[...] benché contenute in soli due articoli, le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio, il fulcro della quale è costituito dalla parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette "pesanti" e di quelli aventi ad oggetto le droghe cosiddette "leggere", fattispecie differenziate invece dalla precedente disciplina»; orbene, «una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.».

Una istanza, dunque, indubbiamente frustrata dall'adozione di un alluvionale provvedimento emergenziale, peraltro alterato da un "maxiemendamento" del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di conversione, presentato direttamente nell'Assemblea del Senato e su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia (...), così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta³.

Insomma: se la giurisprudenza della Corte – pur in un quadro di progressiva e più generale

¹ Tra gli altri, v. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in RIDPP, n. 1/2006, 234 ss.; volendo, V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Fraseario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, 95 ss.; A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera-V. Manes, 2ª ed., Milano, 2012, 1 ss. (ma sin dalla prima edizione del 2008).

² F. SGURBI, *Presentazione* al volume AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, cit., XI ss.

³ Sulle criticità di un simile "metodo", per tutti, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Roma, 2007, 41 ss.

rigorizzazione dei presupposti e limiti della "legislazione governativa" – ha dimostrato sempre maggior acquiescenza all'uso della decretazione d'urgenza e della "legalità delegata" in materia penale⁴ – declinando il principio di riserva di legge come riserva di *fonte* piuttosto che come riserva di *organo*⁵ –, si profila qui un limite più generale che sembra imporre la preferenza per la procedura legislativa ordinaria – ed aspirare alla riserva *assoluta* di legge – in ragione della significatività della posta in gioco: significatività tale, secondo la decisione in commento, da rendere ineludibile il confronto dialettico, nelle sequenze fissate dall'art. 72 Cost., tra le diverse opzioni disciplinari e punitive, ma ancor prima tra le evidenze scientifiche in grado di supportarle, senza le quali le scelte politiche si contaminano di ideologia e di fanatismo.

Si potrà dire che, nella materia in esame, proprio le acquisizioni scientifiche – non solo in punto di "dannosità" delle cc.dd. droghe leggere – sono particolarmente instabili e divergenti⁶: ma questa è una ragione che accresce, e non elide, la necessità del dibattito.

D'altro canto, si ricorderà, proprio su di un *deficit* di interlocuzione con le scienze di settore, si erano appuntate le censure mosse dal Tar Lazio al decreto del Ministro della Salute del 4 agosto 2006, con cui il neo-insediato Governo di centro-sinistra, in un tentativo di sdrammatizzazione degli effetti scaturenti dalla scelta di parificare le droghe leggere alle pesanti, aveva raddoppiato, per i cannabinoidi, il cd. fattore di moltiplicazione (portato da 20 a 40) e, dunque, la quantità massima detenibile di principio attivo (QMD), in tesi, ancora compatibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 73, co. 1-bis, d.P.R. n. 309 del 1990, con una "destinazione ad uso esclusivamente personale" della sostanza⁷.

Se in quella sede l'annullamento del decreto ministeriale, motivato da un uso scorretto della discrezionalità tecnica, aveva messo in secondo piano la dimensione più propriamente sostanziale del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁸, tale dimensione – alla luce della sentenza in commento – riesce invece indubitabilmente valorizzata e riaffermata – almeno in linea di principio, e salvo quanto si dirà nel prosieguo – nella sua precipua valenza *politica*, non surrogabile da atti solo gerarchicamente equiparabili⁹.

⁴ Si veda, ora, l'ampio quadro ricostruttivo e critico – specie con riferimento al ricorso sempre più frequente allo strumento della delega legislativa in materia penale – offerto dallo studio di C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, 2012, in ptc. pp. 15 ss., 130 ss., 146 ss.

⁵ Con conseguente ammissione dei decreti legislativi e dei decreti-legge entro il novero delle fonti di produzione delle incriminazioni: una tale conclusione emergeva già in talune pronunce in merito al rapporto tra normativa primaria e fonti subordinate, in cui, come si vedrà, si precisava «la necessità che sia la legge (od un *atto equiparato*) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (sentenza n. 26 del 1966, e, su quella traccia, n. 282 del 1990; corsivo nostro).

E questa opzione trovava del resto conferma, sotto traccia, nelle pronunce della Corte relative alla legittimità costituzionale della delegazione legislativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (in tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza n. 53 del 1961).

Del resto, almeno di recente, non sembrano emergere questioni incidentali di costituzionalità prospettate con esplicito riferimento ad un'incompatibilità di principio della riserva in materia penale con atti normativi dotati soltanto della *forza* e non della *forma* della legge (venendo spesso portata all'attenzione della Corte, piuttosto, l'eccessiva genericità dei principi o criteri della legge delega, ovvero un vizio di eccesso di delega: per un esempio della prima ipotesi, si pensi al profilo di illegittimità sollevato in relazione alle "nuove" fattispecie di false comunicazioni sociali, in relazione alla «previsione di generiche "soglie quantitative", non accompagnata dall'indicazione di specifici parametri di riferimento», profilo tuttavia rigettato dalla sentenza n. 161 del 2004; per un esempio del secondo caso, che pure ha condotto ad una pronuncia di manifesta inammissibilità per impugnazione di norma inconferente, si veda la sentenza n. 382 del 2004, sull'art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998, concernente il reato di *insider trading*, ovvero alla sentenza n. 5 del 2014, decisione questa volta di accoglimento, appunto per violazione dell'art. 76 Cost.).

Anche di recente, peraltro, la Corte ha ribadito esplicitamente che «la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ammesso (cfr. sentenze n. 26 del 1966; n. 113 del 1972; n. 282 del 1990), il ricorso alla delegazione legislativa per l'introduzione di nuove norme penali, sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione» (ordinanza n. 134 del 2003).

Analogamente, anche in materia di decretazione d'urgenza le questioni sollevate in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. non riguardano l'incompatibilità, in linea di principio, della decretazione medesima con le garanzie di cui alla citata previsione costituzionale, concentrando piuttosto il vaglio di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza (cfr., di recente, la sentenza n. 83 del 2010, dove la Corte – confermato il principio in base al quale «il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge debba limitarsi alla "evidente mancanza" dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del secondo comma dell'art. 77 Cost., rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell'ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto» – ha escluso tale «evidente mancanza» nel caso concreto, dichiarando non fondata la questione concernente il d.l. n. 172 del 2008, «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti in materia ambientale»).

⁶ Per taluni riferimenti ad un dibattito costantemente *in progress*, volendo, V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera-V. Manes, 2ª ed., Milano, 2012, 57 ss., 66, nt. 14.

⁷ In argomento, L. ROMANO, *Nota a Tar Lazio n. 2487/2007: i limiti tabellari delle sostanze stupefacenti, tra riserva di legge e (abuso) della discrezionalità amministrativa*, in *Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, Bologna, BUP, n. 1/2009, 93 ss.

⁸ Ibidem.

⁹ Secondo un diffuso richiamo dottrinale, nonostante...l'attualità più incompatibile la faccia da padrona: per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, 2012, 37 s., ed ora, diffusamente, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 130 ss.

1.1.

Il progressivo restraint sulla decretazione d'urgenza e sulla emendabilità in sede di conversione

Nel censurare la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., la decisione si iscrive, dunque, in un *trend* di crescente impegno della Corte a ripristinare l'equilibrio istituzionale nell'uso della decretazione d'urgenza, certo non solo in campo penale: un percorso che ha preso avvio con la nota decisione sulla reiterazione del decreto-legge non convertito nei termini¹⁰, e che si è poi tradotto in un sindacato via via più penetrante con riferimento tanto ai suoi presupposti (in termini di necessità ed urgenza)¹¹, quanto ai limiti della sua emendabilità in sede di conversione, segnati appunto, ed anzitutto, dal necessario nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione, «in una prospettiva contenutistica ovvero finalistica» coerente con «le norme procedurali che riflettono la natura della legge di conversione come legge "funzionalizzata e specializzata", che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore»¹².

1.2.

La legge di conversione come "legge funzionalizzata": i criteri di controllo del necessario "nesso di omogeneità"

Nella pronuncia in esame, si è dunque ribadito che la legge di conversione ha «natura di legge funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge, emanato provvisoriamente dal Governo e valido per un lasso temporale breve e circoscritto», focalizzando il *punctum crucis* della questione sulla mancanza di coerenza contenutistica tra le disposizioni del decreto-legge e quelle introdotte nella legge di conversione, ritenute del tutto extravaganti rispetto alle prime.

Esigenza di coerenza non meno avvertita in relazione a provvedimenti governativi che esibiscano essi stessi un contenuto eterogeneo, ma semmai calibrata su siffatta caratteristica, in quanto, secondo la Corte, «in relazione a questa tipologia di atti – che di per sé non sono esenti da problemi rispetto al requisito dell'omogeneità (...) – ogni ulteriore disposizione introdotta in sede di conversione deve essere strettamente collegata ad uno dei contenuti già disciplinati dal decreto-legge ovvero alla *ratio* dominante del provvedimento originario considerato nel suo complesso».

Su tali premesse, la verifica della mancanza di nesso di omogeneità in concreto – condotta, dunque, alla stregua del criterio di una doverosa simmetria contenutistica o finalistica con la legge di conversione, vero e proprio *check point* degli assetti (inter-)istituzionali¹³ – è declinata nei termini di una valutazione grandangolare che assume a riferimento elementi più sostan-

¹⁰ Corte cost. n. 360 del 1996, decisione con la quale la Corte ha posto fine alla sciatta prassi della reiterazione, ricordando anzitutto come l'art. 77 Cost. prospetti un'alternativa radicale fra conversione e perdita di efficacia retroattiva del decreto, «senza che il Governo abbia la possibilità di invocare proroghe o il Parlamento di provvedere ad una conversione tardiva», e su queste basi rilevando che una eventuale riproposizione del decreto, senza introdurre variazioni sostanziali, «lede la previsione costituzionale sotto più profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere straordinario dei requisiti della necessità e dell'urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo a motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata».

La Corte ha inoltre sottolineato i marcati disequilibri istituzionali da tale prassi derivanti, e parallelamente evidenziato le ricadute negative sulle istanze di certezza del diritto nei rapporti intersoggettivi, essendo tale certezza compromessa «per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione: con conseguenze ancora più gravi quando il decreto reiterato venga a incidere nella sfera dei diritti fondamentali o – come nella specie – nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale».

¹¹ Tra le altre, si veda, al riguardo, la nota sentenza n. 220 del 2013, sulle disposizioni dei d.l. n. 201 del 2011 e n. 95 del 2012, di riforma dell'ordinamento delle Province, ove alla base della declaratoria di illegittimità si è affermato che i decreti-legge «traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità. Per questo motivo, il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere "misure di immediata applicazione" [...]».

¹² Si vedano, al riguardo, la sentenza n. 22 del 2012, e l'ordinanza n. 34 del 2013, entrambe ampiamente richiamate dalla decisione in commento.

¹³ La Corte sottolinea, in particolare alla luce di quanto accaduto nel caso di specie, «come il rispetto del requisito dell'omogeneità e della interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione ex art. 77, secondo comma, Cost., sia di fondamentale importanza per mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti istituzionali tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa».

ziali ed elementi, che per quanto non decisivi, appaiono nondimeno dotati – secondo la Corte – di precipua valenza sintomatica¹⁴.

Sul primo fronte, in particolare, la diversità di materia e di *ratio* tra i due provvedimenti viene ricavata delineando una doppia coppia di criteri: la prima che vede contrapposte le norme *processuali* (quelle di cui al d.l.) alle norme a connotazione *sostanziale*¹⁵ (quelle contenute nella legge di conversione); la seconda in cui si fronteggiano, nella loro irriducibile diversità, norme (quelle di cui al provvedimento interinale) concernenti il *soggetto tossicodipendente* e votate al suo *recupero* e norme (quelle di cui alla legge di conversione) concernenti *chiunque* ponga o abbia posto in essere condotte aventi ad *oggetto* sostanze stupefacenti e votate, per converso, ad una sua *stigmatizzazione*.

E anche qui, si avverte forse l'eco di un approccio – congeniale al “sostanzialismo” della Corte EDU – volto a superare formalismi ed etichette, approccio che ha evitato alla Corte costituzionale di indulgere in letture particolarmente late del vincolo di omogeneità, che sono state, al contrario, predilette in altra sede¹⁶.

Rispetto a tale chiara impostazione, l'unico scostamento che può forse registrarsi attiene, in qualche misura, alla verifica in concreto condotta dai giudici costituzionali rispetto alla premessa “metodologica” in ordine alle modalità dello scrutinio, secondo cui l'eventuale difetto di eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione «per sua stessa natura può essere evidenziato *solamente* attraverso un esame del contenuto sostanziale delle *singole* disposizioni aggiunte in sede parlamentare, posto a raffronto con l'originario decreto-legge»¹⁷ (corsivo nostro).

Riaffermata l'esclusività del proprio vaglio in questo ambito¹⁸ – forse non scontata alla luce di un riparto di attribuzioni sempre più accentuato tra giudice costituzionale e giudice ordinario¹⁹ –, la Corte procede infatti ad una valutazione *congiunta* degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, in esito alla quale evidenzia l'innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio recata dalle citate disposizioni, ma non, nella specie, l'innovazione introdotta sul (solo) fronte amministrativo da talune previsioni contenute nel medesimo art. 4-*vicies ter* e parimenti dichiarate incostituzionali²⁰.

1.3. *Le ulteriori censure assorbite e quelle dichiarate inammissibili*

Condivise le censure in punto di patente disomogeneità tra le disposizioni scrutinate e il contenuto del decreto-legge, la Corte dichiara assorbita l'ulteriore questione – attinente all'assenza dei presupposti di necessità e di urgenza – sollevata in via subordinata dalla Corte

¹⁴ Tra questi, la pronuncia prende in considerazione, segnatamente, il mutamento del titolo originario del decreto-legge, ampliato allo scopo di includervi la materia disciplinata dalle disposizioni introdotte solo con la legge di conversione, ed il parere espresso dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati che, a fronte dell'inserimento delle ulteriori disposizioni, rilevava un'accentuazione degli elementi di eterogeneità già evidenziati rispetto al disegno di legge di conversione del decreto (punto 4.3 del Considerato in diritto).

¹⁵ Norme sostanziali che fissano la cornice di pena, e dunque il livello di disvalore astratto del comportamento vietato (e in tal modo il grado di offesa al bene giuridico, secondo l'adagio jheringhiano per cui la tariffa della pena è misura dei beni sociali).

¹⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio-29 aprile 2013, n. 18804, per cui «non si può però concordare, anche solo a livello di dubbio di costituzionalità, sull'assenza di sostanziale omogeneità nel caso indicato» atteso che «il decreto-legge in questione presentava una norma in materia di trattamento penale di soggetti tossicodipendenti ed a tale fine modificava il d.P.R. 309/1990, mentre la disposizione inserita nella legge di conversione, nel parificare il trattamento penale per i vari tipi di droghe, intendeva affrontare parimenti il tema della tossicodipendenza con un inasprimento delle pene per le droghe leggere, con una valutazione di merito insindacabile» (su cui, volendo, L. ROMANO, *Art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990: la parola alla Corte Costituzionale. Osservazioni su Corte d'appello di Roma, Sez. III, ord. 28 gennaio 2013, Pres. ed Est. Bettiel*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2013).

¹⁷ Così immediatamente prima il punto 4.2. del Considerato in diritto, dedicato alla disamina della omogeneità materiale e/o teleologica in concreto dei due provvedimenti considerati.

¹⁸ La Corte, infatti, precisa anche che l'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione determina «un vizio procedurale delle stesse, che come ogni altro vizio della legge spetta solo a questa Corte accertare».

¹⁹ Cfr. par. 3.1.

²⁰ Va segnalato, del resto, che le ordinanze di remissione appuntavano le rispettive censure soltanto sull'art. 4-*vicies ter*, commi 2, lett. a), e 3, lett. a), n. 6 e non sull'intero art. 4-*vicies ter*.

D'altra parte, il paradigma argomentativo rischia di attrarre al novero delle disposizioni giudicate incostituzionali previsioni che, laddove oggetto di autonoma disamina, potrebbero evidenziare ancora un'omogeneità materiale e/o teleologica con il provvedimento d'urgenza: cfr., in relazione al comma 5-*bis* del d.P.R. n. 309 del 1990, le considerazioni svolte da F. VIGANÒ-A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 L.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014. Tra quelle non scrutinate, previsione non eccentrica rispetto ai contenuti del d.l. sarebbe, per esempio, quella di cui all'art. 4-*vicies* di modifica dell'art. 671 c.p.p.

di cassazione.

Parallelamente, sono dichiarate inammissibili le prospettazioni che erano state viceversa avanzate dalla difesa della parte privata nella rispettiva memoria di costituzione poiché esse, tra l'altro, introducevano profili di illegittimità costituzionale ulteriori rispetto a quelli considerati nell'ordinanza del giudice *a quo*, lamentando il mancato rispetto, ad opera della novella del 2005-2006, della decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004²¹ e del principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²².

Si tratta di censura che, nondimeno, si rinviene in un'altra delle ordinanze di remissione – di cui due rinviate e tre ancora pendenti – promosse avverso le stesse disposizioni di legge (ormai) cadute dalla pronuncia in commento e che prevedibilmente sono destinate alla (manifesta) inammissibilità per sopravvenuta carenza di oggetto²³. Epilogo, quest'ultimo, ben più probabile di quello, alternativo, di una restituzione degli atti per *ius superveniens* derivante dalla declaratoria di illegittimità.

2.

Gli effetti *immediati* della sentenza: la reviviscenza della previgente disciplina

2.1.

La caducazione della "fonte" impugnata e degli effetti abrogativi

Dal "particolare vizio di natura procedurale accertato", e consistente nella mancanza dei presupposti *ex art. 77*, secondo comma, Cost., e dunque, a valle, nella "carenza di potere" delle Camere in sede di conversione – la Corte desume immediate conseguenze in ordine agli effetti abrogativi delle norme censurate, rilevando – conformemente alla propria più recente giurisprudenza – che «l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa».

All'inefficacia degli effetti abrogativi segue dunque – nell'impostazione seguita dai giudici, che assimilano il fenomeno a quello della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega – la *reviviscenza* della precedente normativa, ossia il ripristino della disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006; ipotesi come si sa eccezionale, giustificata dal fatto che, appunto, il vizio ravvisato non attiene al *contenuto* bensì alla stessa *fonte*, elidendone il contenuto normativo anche – ed anzitutto – in relazione agli effetti abrogativi.

Se il percorso argomentativo appare consolidato, e trova conforto in una recentissima pronuncia della Corte²⁴, la tesi della reviviscenza, in realtà, non rappresenta – almeno secondo un orientamento della dottrina – un esito così scontato, anche nelle ipotesi di declaratoria di illegittimità della norma abrogatrice²⁵; questione vieppiù complessa, dunque, nell'ipotesi

²¹ Che secondo la difesa della parte privata avrebbe imposto una disciplina differenziata in ragione della diversa pericolosità delle sostanze stupefacenti e psicotrope.

²² Si tratta di eccezione difensiva che, nella pronuncia in esame, si afferma essere stata già ritenuta manifestamente infondata dalla Corte di cassazione (punto 2 del Considerato in diritto), ma che, in ogni caso, l'ordinanza di remissione reputa «assorbita dall'accoglimento della seconda eccezione relativa al possibile contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost.» (punto 5).

²³ A parte l'ordinanza della Terza sezione della Cassazione (n. 227/2013), su cui si è espressa la sentenza in oggetto [e per la quale si rinvia a C. CUPELLI, *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale. Osservazioni su Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, Pres. Squassanti, Rel. Franco, Ric. Maniscalco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2013 e in *Cass. pen.*, n. 10/2013, 3419 ss.], si annovera l'ordinanza promossa dalla Corte di appello di Roma, Sez. III, ord. 28 gennaio 2013 (su cui, volendo, L. ROMANO, *Art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990: la parola alla Corte Costituzionale*, cit.), nella quale, appunto, si lamenta altresì la violazione delle citate previsioni sovranazionali, oltre che dell'art. 3 Cost.

Ulteriori ordinanze quelle promosse dal Tribunale di Milano, ufficio GIP, ord. 8 novembre 2013, Giud. Salemmi (su cui si rinvia a G. CARBONE, *Una nuova questione di legittimità costituzionale sulla disciplina degli stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2014), dal Tribunale di Vibo Valentia, ord. 5 luglio 2013, dalla Corte di appello di Lecce, ord. 7 ottobre 2013 e dal G.U.P. del Tribunale di Torino, ord. 22 luglio 2013, che, per converso, ha reputato non condivisibili i rilievi sollevati in relazione agli artt. 3 e 117 Cost. Quest'ultima, in una con quella della Corte di appello di Roma (rispettivamente ord. n. 77/2013 e n. 234/2013), previste a ruolo per il giorno successivo a quello in cui la Corte si è pronunciata con la sentenza in esame, sono state rinviate.

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, all'importante sentenza n. 5 del 2014, sulla quale si veda il commento di M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014.

²⁵ Al riguardo, a differenza della prevalente giurisprudenza costituzionale – che ammette il ritorno in vita della norma originaria ritenendo che la cessazione di efficacia *ex art. 136* Cost. travolga anche l'effetto abrogativo –, parte della dottrina evidenzia, da un lato, le gravi difficoltà

di norma non (integralmente) abrogata, ma “sostituita” da una nuova legge regolatrice della stessa materia (con totale “continuità del tipo d’illecito” e modificazione del solo trattamento sanzionatorio, come nel caso dell’art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005, e senza spazi per le più radicali soluzioni di continuità tipiche delle vicende abrogative).

Al di là di tali profili di ordine dogmatico sugli effetti della declaratoria di incostituzionalità – profili in effetti superabili ricollegando la “definitività” dell’effetto abrogativo alla “validità” della norma, neutralizzata in radice dalla declaratoria di illegittimità per vizi “formali” e non già “sostanziali”²⁶ – la vicenda concreta presenta(va), peraltro, un elemento di ulteriore criticità, dato dal fatto che l’ordinanza di rimessione aveva scelto di impugnare le *norme* e non le *disposizioni* della legge di conversione, sembrando invocare una decisione (non già ablativa, bensì) *manipolativa*, che avrebbe rischiato di inibire l’effetto invalidante sulla porzione abrogativa della disposizione oggetto di censura²⁷.

Al riguardo, la Corte ha dovuto fare appello ai suoi poteri, privilegiando una interpretazione “conservativa” dell’atto di promovimento, e ritenendo comunque individuabile un *thema decidendum* correttamente indicato.

Del resto, a seguire pedissequamente l’impostazione del giudice remittente si sarebbe – verosimilmente – fronteggiata una alternativa imbarazzante: o l’inammissibilità della questione, ovvero, l’illegittimità della *norma* impugnata, nella sua sola *pars construens*, con una declaratoria parziale tale da lasciare indenne l’effetto abrogativo.

2.2. L’obiter dictum sull’insistenza di obblighi di penalizzazione di fonte europea: prospettive in punto di “giustiziabilità” del c.d. inadempimento statale sopravvenuto

Forse anche in ragione di un quadro così articolato e sfuggente si spiega l’importante (e impegnativo) *obiter dictum*, volto a temperare la tesi della reviviscenza lasciando intendere come ogni diversa soluzione – al cospetto dell’esistenza di un obbligo punitivo discendente dal diritto UE – esporrebbe (inammissibilmente) lo Stato ad un inadempimento sul fronte “comunitario”; inadempimento che – del resto – era stato apertamente prospettato dalla difesa come terzo dubbio di illegittimità (invocando sia gli artt. 11 e 117, primo comma Cost, sia il principio di proporzionalità di cui all’art. 49, comma terzo, della Carta di Nizza), e che la Corte – avendolo ritenuto inammissibile per le ragioni accennate (*retro*, § 1.3.) – verosimilmente richiama, anche, nell’intento di dissipare ogni dubbio circa un eventuale effetto “*tabula rasa*” della pronuncia, e di una improvvida creazione di uno “spazio libero dal diritto” in materia di droghe (“leggere” come “pesanti”).

Al riguardo, più in particolare, i giudici – dopo aver rimarcato che «la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione in virtù di normative dell’Unione europea», e richiamata la nota decisione quadro n. 2004/757/GAI –, rilevano che «se non si determinasse la ripresa dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione», avvertendo che ciò determinerebbe «una violazione del diritto dell’Unione europea, che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

di ordine pratico – specie in punto di certezza del diritto – nella gestione degli effetti della reviviscenza nell’ordinamento giuridico, dall’altro assume la definitività e irretrattabilità dell’effetto abrogativo – da taluno qualificato alla stregua di un “rapporto esaurito” – ovvero, ancora, la natura di mera “invalidità” della legge incostituzionale, come tale incapace di produrre taluni effetti giuridici, *in primis* quelli abrogativi: sul tema, nella prospettiva penalistica, v. ora – anche per gli opportuni riferimenti – lo studio di M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Monbosco casa editrice, Pavia, 2012, 290 ss., 294 ss., su posizioni peraltro di condivisione dell’orientamento giurisprudenziale prevalente in favore della tesi della reviviscenza “della norma originaria *illegittimamente abrogata o modificata*”.

²⁶ M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 302.

²⁷ Nell’ordinanza di rimessione, in particolare e per quanto qui maggiormente interessa, si sollevava questione di illegittimità costituzionale «dell’art. 4-*bis* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, introdotto dalla legge di conversione 21 febbraio 2006 n. 49, nella parte in cui ha modificato l’art. 73 del testo unico sulle sostanze stupefacenti di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e *segnatamente nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 dell’art. 73, parifica a fini sanzionatori le sostanze stupefacenti e psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dal previgente art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III, e conseguentemente eleva le sanzioni per le prime dalla pena della reclusione da due a sei anni e della multa (...) a quella della reclusione da sei a venti anni e della multa (...)» [corsivi nostri].*

Anche qui, il passaggio argomentativo appare chiaro e sembra perseguire un imperativo di coerenza: l'intervento della Corte, e la rimozione di un vizio di legittimità di una norma, non può generare – simultaneamente – un vizio di costituzionalità sul fronte (del rispetto) degli obblighi sovranazionali, violando principi altrettanto cogenti, e tanto più stringenti al cospetto di una normativa europea (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.).

Ma dietro questa affermazione potrebbe forse intravedersi anche un *novum* decisivo – e del tutto originale – per quanto concerne l'evoluzione dei rapporti tra diritto "eurounitario" e ordinamento punitivo, in relazione ai margini di intervento della Corte rispetto all'ipotesi di c.d. "inadempimento statale sopravvenuto"²⁸: l'ipotesi, cioè, in cui alla scelta di penalizzazione di una certa condotta da parte del legislatore domestico, che sia appunto oggetto di un obbligo punitivo in sede "eurounitaria" di cui la legge interna rappresenti – direttamente o indirettamente – adeguato adempimento, faccia poi seguito un ripensamento dello stesso legislatore (o di una diversa maggioranza politica), che, eventualmente, depenalizzi (o decriminalizzi) la medesima condotta²⁹.

Sviluppando le indicazioni che possono trarsi dal (per vero sintetico) passaggio argomentativo della Corte, infatti, l'insistenza di un obbligo punitivo comunitario sembrerebbe poter prospettare uno scenario nel quale l'eventuale scelta di depenalizzazione si esporrebbe ad una censura di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Ognuno vede quanto forte possa risultare una simile limitazione del "diritto di non punire", e quanto significativa la compressione della discrezionalità politico-criminale³⁰: discrezionalità gelosamente salvaguardata, d'altro canto, dalla stessa Corte costituzionale, ribadendo a più riprese la riserva di legge (art. 25, co. 2, Cost.) e il divieto di interventi *in malam partem* – nei contesti più "tradizionali" – quali limiti invalicabili al proprio potere di intervento.

Di certo, una simile evoluzione – qui solo adombrata, anche se già percepibile nelle pieghe di recenti decisioni³¹ – meriterà più chiare ed esplicite prese di posizione da parte della

²⁸ Per una prima, acuta ricostruzione sistematica del problema, si veda C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 310 ss., 319 ss., negando peraltro la giustiziabilità dell'inadempimento alla luce dell'art. 25/2 Cost.

²⁹ Per una più diffusa esposizione del problema si veda, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 90 ss., 106 ss., 112 ss.

³⁰ Sul punto, tra gli altri, si vedano le penetranti critiche di C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, n. 3/2010, 1146 ss., prospettando, in sostanza, lo scenario inquietante di un "diritto penale a senso unico".

³¹ Muovendo dalla nota sentenza della Corte costituzionale sulle cc.dd. "ceneri di pirite" (sentenza n. 28 del 2010), proprio di fronte alle ipotesi di c.d. "inadempimento statale sopravvenuto", si era prospettato uno spazio di intervento da parte della Corte costituzionale, ammettendo la possibilità di ritenere la seconda legge (nella specie, l'eventuale legge di depenalizzazione) illegittima per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., con l'effetto di ripristinare la previgente disposizione "comunitariamente adeguata" (V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112 ss.).

In effetti, la sentenza n. 28 del 2010, come si sa, ha riconosciuto alla Corte la possibilità di sottoporre a "controllo di conformità al diritto comunitario" la norma domestica anche in relazione ad una fonte comunitaria non *self-executing*, su queste basi affermando l'illegittimità di una norma (extrapenale) interna per contrasto con una norma comunitaria priva di effetti diretti, con conseguente "riesplorazione" della correlata fattispecie penale con effetti *in malam partem*: effetti ammissibili perché non discendenti dalla decisione della Corte, né direttamente dalla direttiva, bensì dalla applicabilità della vigente fattispecie di reato non più "neutralizzata" dalla disposizione di deroga contrastante con il diritto UE (ed appunto dichiarata illegittima dalla Corte).

Orbene, pur non potendosi intervenire a fronte di un eventuale inadempimento *tout court* dell'obbligo comunitario, nell'ipotesi di ("spontanea") attuazione e di successivo inadempimento, portando a conseguenze ulteriori le premesse fatte proprie nella decisione appena citata si era ipotizzato di poter riconoscere alla (prima) legge interna correttamente attuativa del precipuo obbligo comunitario di tutela penale un "potere di resistenza" rispetto a modifiche successive non rispettose dell'obbligo medesimo, prospettando una sorta di "copertura comunitaria" che, nel caso di inadempimento statale sopravvenuto permetta alla Corte di censurare "la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali", segnatamente gli artt. 11 e 117 Cost.

In simili casi – da limitarsi ad obblighi punitivi specifici e puntuali – il "controlimita" della riserva di legge potrebbe ritenersi superato a seguito della trasposizione statale, che ha esercitato una competenza ormai "condivisa" con la Unione europea, e l'intervento non sembrerebbe precluso, perché la Corte, in effetti, si limiterebbe – nei termini della sentenza n. 394 del 2006 – a "rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali", cosicché la scelta di incriminazione non deriverebbe dalla pronuncia della Corte ma dalla legge precedente, unica legge costituzionalmente conforme perché rispettosa dell'impegno comunitario (sembra sostanzialmente condividere questa opzione, autorevolmente, M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *RIDPP*, n. 2/2008, 538 ss., 558).

Si tratta dunque di un fenomeno che, volendo, potrebbe essere descritto con il concetto di materia "coperta da riserva comunitaria", dove tale concetto vorrebbe appunto esprimere una "forza di resistenza" della norma correttamente traspositiva dell'obbligo comunitario rispetto a successive novazioni legislative di segno opposto (e/o ad interventi di depenalizzazione o di *abolitio criminis*: sul punto, più diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112 ss.).

Ovviamente, la possibilità di intervento della Corte – si precisava – sarebbe dovuta passare attraverso una accezione del concetto di rilevanza nel giudizio *a quo* che, in effetti, sembra aver preso piede nella giurisprudenza più recente: una accezione che si appaghi, in particolare, dei riflessi che la decisione di illegittimità può avere sulla formula di proscioglimento, la quale, con riferimento ai fatti commessi sotto la vigenza della legge contrastante con l'obbligo comunitario di tutela, e poi dichiarata illegittima, verrebbe ad essere centrata (non più sulla norma dichiarata incostituzionale: "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", bensì) sul principio di irretroattività (mentre rispetto ai fatti "pregressi", ossia ai fatti commessi sotto la vigenza della norma penale attuativa dell'obbligo comunitario, entrerebbe in gioco solo il principio

Corte, specie in ordine alla *tipologia* di obblighi eurounitari capaci di elevare la scelta punitiva interna a “legge comunitariamente necessaria”, neutralizzando il “margine di apprezzamento” del legislatore penale domestico; così come in ordine a quali soluzioni domestiche di depotenziamento o di degradazione di una data disciplina punitiva “comunitariamente conforme” siano tali da integrare un “inadempimento statale sopravvenuto” eventualmente censurabile da parte della Corte, con un eccezionale superamento – anche qui – dei propri tradizionali limiti di intervento.

Nel caso di specie la fonte in discussione era una “decisione quadro”, la cui formulazione si è ritenuta dunque inequivoca nel precisare l’obbligo di penalizzazione³², verosimilmente facendole leva anche sulle indicazioni offerte dalla Corte di giustizia³³; ma il problema si porrà, con frequenza prevedibilmente crescente, in relazione al proliferare delle cc.dd. “direttive di armonizzazione penale” (art. 83 TFUE)³⁴, delle quali la Corte – se dovesse radicarsi l’orientamento che qui appare solo prospettato – dovrà chiarire i termini di “giustiziabilità”, verificando, volta a volta, quanto “chiare, precise e incondizionate” – per mutuare il lessico di origine – debbano essere le relative disposizioni, e di qui misurando l’eventuale inadeguatezza – e la censurabilità – delle eventuali novazioni “regressive” interne.

Difficile, del resto, ipotizzare che la “perdita del diritto di non punire” possa davvero accettarsi, e risultare “costituzionalmente compatibile”, se non al cospetto di obblighi eurounitari di tutela penale *puntuali e specifici*; e francamente implausibile – a nostro sommo avviso – prospettare un potere di intervento della Corte a fronte di eventuali omissioni *tout court* del legislatore domestico, che risulti *ab origine* inadempiente per non aver dato corso all’*input* punitivo “comunitario”.

Spostando il *focus* su una problematica contigua, ancora più ardito – lo diciamo solo per inciso – sarebbe poi voler intravedere nelle pieghe dell’*obiter* in questione possibili conseguenze sul fronte (della eventuale trasgressione) degli obblighi di penalizzazione discendenti (non dalla costellazione delle fonti “eurounitarie”, bensì) dal sistema della *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, anche solo in relazione all’ipotesi di “inadempimento statale sopravvenuto”.

Difatti, se nella formicolante fucina della giurisprudenza della Corte di Strasburgo tali “obblighi positivi” sono sempre più spesso declinati da diversi principi della CEDU (e certo non solo dall’art. 2, che sancisce il “Diritto alla vita”)³⁵, la loro “giustiziabilità” sul piano interno appare incanalata – a nostro sommo avviso – su di un binario affatto diverso rispetto agli obblighi di fonte comunitaria. Ciò, in particolare, non solo in ragione del diverso insediamento costituzionale della CEDU (attualmente agganciato, come si sa, al solo art. 117, primo comma, Cost., secondo una impostazione che – a far data dalle note “sentenze gemelle” del 2007 – la Corte ha costantemente ribadito³⁶), quanto in ragione del differente percorso di integrazione ordinamentale, al cui cospetto non si ritiene esservi stata una attribuzione di

dell’applicazione retroattiva della *lex mitior*, che tuttavia incontra un limite nella legittimità costituzionale della legge di cui si invoca l’applicazione retroattiva: il tutto nel solco delle aperture inaugurate con la sentenza n. 148 del 1983).

³² L’art. 4, comma 1, della *Decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti* stabilisce infatti che «Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all’articolo 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni», precisando, al comma 2, che «Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all’articolo 2, paragrafo 1, lettere a), b) e c), siano soggetti a pene detentive di durata massima compresa tra almeno 5 e dieci anni in presenza di ciascuna delle seguenti circostanze: a) il reato implica grandi quantitativi di sostanze stupefacenti; b) il reato implica la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute, oppure ha determinato gravi danni alla salute di più persone».

³³ Si vedano, in particolare, le sentenze CGCE, Grande sezione, 23 novembre 2010, C-145/09, e CGCE, 16 dicembre 2010, C-137/09.

³⁴ Sul tema, analizzando i profili di più attuale problematicità, A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi europei*, in *Le sfide dell’attuazione della Procura europea*, a cura di Grasso-Illuminati-Sicurella-Allegrezza, Milano, in corso di pubblicazione, in ptc. §§ 3 ss. del dattiloscritto; R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell’Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *RTDPE*, 2014, 415 ss.

³⁵ In particolare, se gli obblighi di incriminazione sono germinati su “*les droits les plus fondamentaux*” e sulle loro “*atteintes les plus graves*” [M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?*, coll. *La couleur des idées*, Paris, Seuil, 2011], e se la Corte di Strasburgo, per un certo tempo, ne ha affermato la cogenza in relazione a specifici contesti (segnatamente: le aggressioni alla vita ed alla integrità fisica, le aggressioni all’integrità sessuale e il divieto di lavori forzati e schiavitù), il carattere casistico della giurisprudenza – come è stato a suo tempo rilevato – ne ha reso la lista “necessariamente aperta” (D. ZEROUKI-COTTIN, *L’obligation d’incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Rev. sc. crim. dt. pén. com.*, 2011, 575 ss.), ed ha fomentato una costante proliferazione delle *positive obligations*: sul tema – in costante evoluzione – si veda ora la ricca antologia curata da G. GIUDICELLI-DELAGE-S. MANACORDA-J. TRICOT, *Devoir de punir. Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Société de législation comparée, vol. 32, Paris, 2013.

³⁶ Nonostante si siano autorevolmente prospettate soluzioni in favore di un diverso “trinceramento” della CEDU nella “gerarchia” costituzionale, sollecitando, in particolare, l’attribuzione di un rango (non “sub-costituzionale”) ma “paracostituzionale” ma “in ragione della materia trattata e, soprattutto, del modo della sua trattazione, che le attira la formidabile copertura dell’intero fascio dei principi fondamentali dell’or-

competenze penali – ed una corrispondente limitazione di sovranità – simile a quella via via dispiegatasi sul fronte del diritto UE³⁷.

L'inadempimento delle *positive obligations* di derivazione convenzionale sembra insomma – almeno allo stato – rimesso alla responsabilità politica degli Stati, piuttosto che alla “ortopedia giuridica sussidiaria” della Corte. Se tale posizione potrà sembrare difficilmente accettabile – e persino ingenerare un certo “senso di impotenza” – quando si discute di eventuali lacune di tutela penale in relazione a macrolesioni al diritto alla vita o a valori ricompresi nel “nucleo duro” dei diritti dell'uomo (che peraltro saranno, almeno in linea di principio, già sanzionabili sul piano interno), la Corte di Strasburgo, a nostro parere, appare strutturalmente troppo distante dal circuito di legittimazione democratica, e dalle transizioni istituzionali (e costituzionali) che viceversa – sul fronte “eurounitario” – hanno condotto alla progressiva condivisione della “riserva di legge” tra normativa sovranazionale e normativa interna³⁸, comprimendo il relativo “controlimita” almeno in relazione alle inadempienze sopravvenute.

2.3.

La “primavera silenziosa” delle sentenze con effetti in *malam partem*

Quali che siano le evoluzioni prospettabili, ciò che è certo – concludendo sul punto – è che la sentenza in commento si iscrive in un orizzonte ormai mutato, dove la regola della impercorribilità degli interventi in *malam partem* da parte della Corte costituzionale appare sul punto di essere sovvertita da un numero crescente ed incalzante di eccezioni: non solo le “zone franche” aperte dalle “norme penali di favore” – ammissibili al sindacato di costituzionalità nel prisma dell'art. 3 Cost.³⁹ –, ma i diversi vizi formali nel procedimento di formazione della legge o dell'atto avente forza di legge (ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost.) appaiono ormai censurabili senza frizioni per le diverse declinazioni del *nullum crimen*, risultando viceversa funzionali – come la Corte ha di recente sottolineato – ad una valorizzazione del principio di riserva di

dinamento», ed anzitutto gli artt. 2 e 3 Cost. (così, sopra tutti, A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.giurcost.org, 3, ed in molti altri lavori), affacciando un distinguo che garantirebbe dunque a tale fonte una *upgradation* rispetto alle ulteriori convenzioni di diritto internazionale.

³⁷ Più in particolare, non sembra ipotizzabile, al cospetto degli obblighi positivi di fonte CEDU, una “forza di resistenza convenzionale” che impedisca il ripensamento legislativo, ovvero che ne prospetti la censurabilità davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. (fatta salva l'ipotesi “eccezionale” in cui ci si trovi al cospetto di una “norma penale di favore”: sul punto, volendo, cfr. ancora V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 119 ss., 128 ss.); almeno sino a quando la Corte rivendichi a sé il potere di «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», e segnatamente se esso si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione (ad es. Corte cost. n. 317 del 2009, n. 236 del 2011), prime fra tutte la riserva di legge in materia penale con il correlato divieto di pronunce in *malam partem* [ma le perplessità sembrano peraltro ispessirsi alla luce di una più ampia ghiria di principi: sul punto, cfr., soprattutto, S. MANACORDA, «Devoir de punir?». Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit, in G. GIUDICELLI-DELAGE-S. MANACORDA-J. TRICOT, *Devoir de punir. Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, cit., 21 ss., 48 ss.].

In definitiva, gli obblighi di protezione penale, discendenti dalle esigenze di tutela dei diritti fondamentali e posti a carico dei singoli Stati membri, sembrano a nostro avviso richiedere – nel contesto attuale – un adempimento spontaneo da parte dello Stato: le decisioni di condanna della Corte EDU eserciteranno certo una *moral suasion* (o una *moral pressure*) sul piano politico, ma non sembrano aprire possibili interventi ablativi da parte della Corte costituzionale [per una diversa posizione, tuttavia, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, vol. IV, 2645 ss., 2702, secondo il quale «Attraverso l'adesione ad un trattato internazionale da cui discendano obblighi di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno, nella conformazione ad essi conferita dall'interpretazione di una Corte sovranazionale, lo Stato italiano ha in particolare accettato una vera e propria limitazione della propria sovranità, che in tanto è costituzionalmente legittima in quanto risulta – ai sensi dell'art. 11 Cost. – funzionale alla realizzazione di un ordinamento (sovranazionale) che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni; ed ha accettato una correlativa limitazione della propria potestà legislativa, vincolandosi ad esercitarla entro i limiti fissati da quegli obblighi internazionali così come precisati e definiti dalla giurisprudenza della Corte (art. 117 co. 1° Cost.)»]; la conclusione dell'Autore è che pertanto, «per ciò che concerne l'ordinamento italiano, la riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost. opporrà certamente uno sbarramento a fonti subordinate rispetto alla legge statale nella materia penale; ma non potrà in quanto tale essere invocata come contro-limite rispetto alle limitazioni di sovranità necessariamente discendenti dall'adesione dell'Italia alla CEDU. Limitazioni di sovranità che, pur avendo ad oggetto specifico non il diritto penale ma la tutela dei diritti fondamentali, naturalmente interferiscono con la materia penale (...)»].

³⁸ Per un'ampia ricognizione, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1/2012, 43 ss., 58 ss. (ed anche ID., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, in ptc. 16 ss.); R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea*, cit., 452 ss., 456 ss.

³⁹ Nei termini della prima decisione di accoglimento sulle “norme penali di favore”, ossia la sentenza n. 394 del 2006, ove la possibilità di sindacato si fonda sull'esigenza di rimuovere un'ingiustificata disuguaglianza che trova il proprio *tertium comparationis* nella disciplina penale derogata (cfr., da ultimo, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 340).

legge⁴⁰, ossia del principio che da sempre incarna una tradizionale *impasse* per l'ammissibilità delle questioni con ricadute peggiorative⁴¹ ed un ostacolo ben più coriaceo di quello rappresentato dalle garanzie intertemporali in sede di rilevanza della questione nel giudizio *a quo*⁴².

La progressione della giurisprudenza costituzionale, sul punto, si misura nell'evoluzione anche *qualitativa* che può apprezzarsi nel passaggio da decisioni di accoglimento che determinano una mera *riespansione* della norma (mai abrogata, ma "compressa" dall'introduzione della disposizione "derogatoria"), a sempre più frequenti decisioni di accoglimento cui segue la *reviviscenza* della norma precedentemente abrogata, nonostante i riverberi deteriori sul perimetro di rilevanza penale⁴³, riverberi sino a pochi anni fa tradizionalmente ostativi al sindacato di legittimità⁴⁴.

Inoltre, e sempre in una prospettiva di espansione del margine di intervento della Corte, nello spazio di gioco degli interventi possibili del giudice costituzionale – come era già affiorato nella sentenza n. 28 del 2010⁴⁵, e come sembra profilarsi, pur solo in prospettiva, anche nella decisione in commento – appaiono ormai prossimi a rientrare, al fianco dei vizi formali, anche quelle antinomie tra legge ordinaria e normativa comunitaria (pur priva di effetti diretti) capaci di dar luogo ad una violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., anche in questo caso non aparendo preclusa – anzi aparendo *obbligata* – la *reviviscenza* della precedente disciplina punitiva *in pejus*: con un ispessimento ed una mutazione del sindacato di costituzionalità che – come nei vasi comunicanti – aspira ad occupare gli spazi per lungo tempo occupati dai controlli di ragionevolezza⁴⁶, riposizionandoli sul versante degli obblighi sovranazionali⁴⁷, alla luce dei quali potrebbero essere dichiarate soccombenti (non solo "norme penali di favore", bensì) anche – a quanto sembra – "norme penali favorevoli".

In questa cornice, appare dunque profilarsi, nelle evoluzioni più recenti, una progressiva

⁴⁰ Questa linea argomentativa emerge chiaramente nella sentenza n. 5 del 2014: «Deve quindi concludersi che, quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato di questa Corte non può essere precluso invocando il principio di riserva di legge in materia penale. Questo principio rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione».

⁴¹ Per un bilancio sul punto, di recente, D. PULITANO, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 1 ss., 13, 28 ss.; inoltre, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., in ptc. 329 ss., anche per gli essenziali richiami giurisprudenziali. Come noto, peraltro, da più parti si ritiene che il *nullum crimen* (nei suoi diversi corollari) sia più in generale ostativo, altresì, rispetto agli interventi "additivi" o "manipolativi" della Corte in materia penale: basti qui il richiamo alle autorevolissime critiche di CESARE PEDRAZZI (*Sentenze "manipolative" in materia penale?*, in *Id.*, *Diritto penale, Scritti di parte generale*, vol. I, Milano, 2003, 377 ss.; e *Id.*, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, ivi, 381 ss.) e MARCELLO GALLO (*Il fascino indiscreto delle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Id.*, *Moralité*, Napoli, 2011, 27 ss.), ritenendo tali interventi – anche ove *sostanzialmente riduttivi* del perimetro di rilevanza penale – comunque in contrasto con il principio di stretta legalità (ed anche per questo di dubbia efficacia vincolante); più di recente, altresì, E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 327 ss.

⁴² Tali garanzie, indubbiamente esposte ad un procedimento di rafforzamento che trae linfa dalle dinamiche multilivello (al riguardo, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 3 ss., 97 ss., 183 ss.; C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, Roma, 2012, in ptc. 81 ss.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, *passim*; da ultimo, sul tema, si veda la ricca riflessione di G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2014, 224 ss., e qui l'originale proposta di inquadrare nella cornice garantistica dell'art. 27, primo comma, Cost., le vicende successive in senso 'peggiorativo' del trattamento penale, e la retroattività *in mitius* nel prisma dell'art. 27, comma terzo, Cost.), non vengono più ravvisate – come si vedrà – quali ostacoli alla rilevanza della questione, essendo il governo degli effetti della pronuncia della Corte – e le ricadute sulla vicenda oggetto del giudizio principale – rimesse alla valutazione del giudice *a quo*.

⁴³ Sul punto, per i dovuti approfondimenti, si rinvia ancora a M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., 288 ss.

⁴⁴ Ne è un esempio la già citata sentenza n. 161 del 2004, che giudicò inammissibili le censure sollevate con riferimento alla nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c. introdotta con il d.lgs. n. 61 del 2002, anche sulla base del fatto che la declaratoria avrebbe comportato la *reviviscenza* della previgente e più severa fattispecie penale.

⁴⁵ Al riguardo, oltre ai rilievi di D. PULITANO, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, cit., 28 ss., si rinvia ai commenti di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, 382 ss., e di A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *RIDPP*, n. 3/2011, 1134 ss.

⁴⁶ Si veda, ad esempio, F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell'epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, n. 5/2012, II, c. 244.

⁴⁷ Secondo una evoluzione di cui si è a suo tempo intravista la direzione di senso: si vedano, al riguardo, le dense riflessioni critiche di G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, *passim*; inoltre, *Id.*, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2007, 671 ss.

“metamorfosi della legalità”⁴³, ed affermarsi una accezione del principio di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. che sembra porre in secondo piano il profilo garantistico della riserva di legge proteso al *favor libertatis*, ed alla circoscrizione del perimetro punitivo in chiave di *extrema ratio*⁴⁴, e che si polarizza, piuttosto, sui legittimi titolari della potestà punitiva e sui limiti procedurali al suo esercizio, o sul semplice riscontro di ortodossia (o di assenza di antinomia) rispetto ai vincoli sovranazionali: e su questa traccia, il tradizionale limite agli interventi della Corte sembra dunque esposto a prossime, ulteriori revisioni “sistematiche”⁴⁵.

È proprio sul versante “esterno” che si staglia, peraltro, la transizione a nostro avviso più significativa e problematica, perché il contrasto con le fonti sovranazionali (azionabile per il tramite delle citate clausole costituzionali di adeguamento di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) non sembra presentare tratti di omogeneità con i vizi procedurali, essendo solo apparentemente focalizzato sulla invalidità formale della “fonte”: in effetti, attraverso il “cavallo di troia” offerto dalle citate clausole di adeguamento ai vincoli sovranazionali, e per il tramite delle “norme interposte” volta a volta richiamate, assumono rilievo profili *sostanziali* su cui finisce per focalizzarsi la questione di costituzionalità (superando, peraltro, una prospettiva meramente gerarchica ed attingendo piuttosto ad un riparto declinato secondo i criteri della *competenza* e della *sussidiarietà*). Se è così, solo la *specificità* e *precisione* degli impegni comunitari volta a volta ritenuti “azionabili” potrà arginare l’eclissi della logica della frammentarietà⁴⁶, che minaccia peraltro erosioni dilaganti se il discorso dovesse estendersi agli obblighi convenzionali, ed alle sentenze “*de facto erga omnes*” della Corte di Strasburgo.

In un tale mosaico di intersezioni tra ordini legali differenti – dove la legalità diviene *interlegalità*⁴⁷ –, l’istanza di democrazia discorsiva che, come accennato, emerge chiaramente dalla decisione in commento, deve dunque essere misurata con queste più articolate evoluzioni su “luoghi” e “momenti” di controllo della “democrazia penale”, perché la centralità del Parlamento – già ridotta a mero “ossequio formale” nei processi di recepimento degli obblighi eurounitari in sede di legislazione delegata⁴⁸ – rischia di essere ulteriormente svilita al cospetto di obblighi sovranazionali dotati di una vincolatività e – come sembra – di una “giustiziabilità” sempre più accentuata⁴⁹.

È su questo crinale, dunque, che dovrà verificarsi la capacità della politica criminale di

⁴³ Il richiamo è al titolo del citato studio di M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit.; il fenomeno – pur con nuovi e originali svolgimenti – si iscrive peraltro in un *trend* da tempo segnalato dalla dottrina più autorevole proprio a margine dei poteri che la Corte è via via venuta acquisendo: per tutti, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazione su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1292 ss.

⁴⁴ Sul punto, soprattutto F. BRICOLA, *Legalità e crisi. L’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1273 ss., 1287 ss. (e già in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.), valorizzando una lettura sistematica e congiunta delle diverse istanze (segnatamente: riserva di legge e tassatività) riconducibili al principio costituzionale; nello stesso senso, si veda anche la *Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale*, tratta dalle lezioni di F. Bricola-F. Sgubbi-N. Mazzacupa, Bologna, Patron editore, 1994, 115 ss., 117; peraltro, il profilo *positivo* della riserva di legge è stato espressamente rimarcato dalla Corte – ad esempio – nella sentenza n. 487 del 1989, a fianco ad un profilo *negativo* della riserva intesa come garanzia del cittadino attraverso la limitazione delle possibili fonti di produzione normativa.

⁴⁵ In questa direzione, cfr. ancora l’indagine di M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., in ptc. 184 ss.; in prospettiva analoga, con spunti di interesse, cfr. anche D. PERRONE, *Il giudizio di costituzionalità sulle modificazioni penali in bonam partem. Tra principio di legalità e obblighi di penalizzazione*, Dissertazione dottorale, Università di Pisa, Dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, XXV ciclo, in ptc. 216 ss.

⁴⁶ Al riguardo, come è stato autorevolmente rilevato, «[l]a ragione fondamentale di critica è che la posizione di obblighi di tutela penale erode una componente discrezionale (del legislatore nazionale) necessaria per tenere aperto un circuito in cui le incriminazioni non siano irrigidite per sempre al livello più rigoroso che abbiano attinto, ma possano entrare e uscire, venire modificate, o venire assoggettate a sanzioni diverse»; D. PULITANO, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, cit., 29 (in senso analogo, cfr. altresì le critiche di C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*, cit., 1146 ss.; retro, n. 30).

⁴⁷ L’*interlegalità* “is the phenomenological counterpart of legal pluralism”, ed ad essa è sottesa l’idea di una “porous legality” o di una “legal porosity”, comunque di “legal orders forcing us to constant transitions and trespassing”, posto che “our legal life is constituted by an intersection of different legal orders” [B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 3, 1987, 298 s., citato in M. VOGLIOTTI, *La fine del “grande stile” e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in corso di pubblicazione, p. 3 del dattiloscritto, secondo il quale, appunto, l’*interlegalità* «non fotografa soltanto l’ordine giuridico globale (...), ma rappresenta altresì il tessuto relazionale che connette gli Stati al (duplice) ordine sovranazionale europeo»].

⁴⁸ Cfr. ancora – in merito alla prassi della c.d. legge comunitaria di adottare lo strumento della delega legislativa nel caso di trasposizione di norme penali di fonte comunitaria – le diffuse critiche di C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 283 ss., e, da ultimo, *Id.*, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2013, 411 ss.

⁴⁹ Il dibattito sembra ancora aperto, e i suoi termini dovrebbero essere ridiscussi nella prospettiva di una eventuale “giustiziabilità” degli inadempiimenti statali (anche solo sopravvenuti) rispetto agli *input* punitivi comunitari.

Come si sa, voci favorevoli e voci contrarie sul raggiunto tasso di democraticità del processo legislativo europeo si dividono il campo, e da molti si ritiene che tale profilo non possa comunque surrogare le istanze sottese al principio di riserva di legge: tra le voci favorevoli si vedano ad es. A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 64 ss.; *Id.*, *La competenza penale accessoria*,

confermarsi come “problema aperto politicamente e razionalmente”⁵⁵.

3. Gli effetti *mediati* della sentenza: le vicende intertemporali

3.1. *Il postulato di base: la delega delle questioni intertemporali al giudice a quo*

Ben oltre i profili concernenti la “teoria delle fonti”, e le ricadute in punto di legittimazione della potestà punitiva, sono le conseguenze applicative della decisione in commento ad occupare la porzione più attuale e problematica della questione giuridica aperta, segnatamente in relazione alla risoluzione delle vicende intertemporali.

Su tale fronte, un primo dato significativo che emerge è un principio ormai in via di consolidamento: le vicende intertemporali, che per lungo tempo avevano costituito una autentica *impasse* in punto di rilevanza, sono ormai ascritte alla competenza del giudice *a quo*. Prosegue dunque anche in quest’ambito una redistribuzione di compiti – ed una tendenza centrifuga⁵⁶ – persino “contenutistica” dalla sede accentrata di costituzionalità al controllo diffuso, che fa assumere alla sentenza in commento un ulteriore rilievo nella sistematica delle decisioni della Corte.

In questa prospettiva, i precedenti in termini hanno seguito un progressivo crescendo: dalle affermazioni quasi *entre lettres* della sentenza n. 394 del 2006⁵⁷, si è passati, in meno di un lustro, alle chiare esplicitazioni contenute nella sentenza n. 28 del 2010, che, per quanto parimenti stringate, farebbero registrare addirittura una più marcata rinuncia da parte della Corte ad impegnarsi in valutazioni circa l’incidenza delle proprie decisioni di accoglimento sull’assetto ordinamentale⁵⁸, che, invero, laddove formulate in termini astratti e in un’ottica di sistema, non parrebbero compromettere, in linea di principio, le prerogative di definizione del giudizio principale riconosciute in via esclusiva al giudice rimettente.

Ancora, nel solco tracciato dalle citate pronunce, la recente sentenza n. 5 del 2014, ha ribadito che compete «ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative che potranno

cit., 58 ss. (ed altresì *Id.*, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *RTDPE*, 2012, 25 ss., 31 ss.) e, su quella traccia, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 48 ss., rilevando come la previsione generalizzata di codecisione anche per l’emanazione di atti normativi (direttive e regolamenti) di contenuto penalistico consentirebbe già di attingere un grado di democraticità tutto sommato accettabile; su posizioni analoghe, G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 461 ss.; da ultimo, con ulteriori, diffuse argomentazioni, tese peraltro a “sdrammatizzare” la questione del c.d. *deficit* democratico delle istituzioni comunitarie; R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell’Unione europea*, cit., 452 ss., 456 ss.; in termini ben più problematici, invece, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss., 86 ss., rilevando come – al di là dei profili di democraticità della fonte europea – «di fronte a veri e propri obblighi di penalizzazione, il singolo parlamento finisce col rimanere di fatto espropriato del potere sia di prendere l’iniziativa nell’importante settore della politica criminale, sia di esprimere sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti della tutela penale»; S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2012, 929 ss.; analoghe perplessità, pur con diversi accenti, in C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 248 ss., segnalando il solo “apparente recupero di democraticità delle scelte punitive” in seno al processo legislativo europeo, e C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 293 ss.

Come ben noto, peraltro, in posizione fortemente critica si è espresso il *Bundesverfassungsgericht* nel *Lissabon Urteil* (BverfG, 30 giugno 2009), sottolineando che le decisioni in materia penale sono sempre bisognose di una legittimazione democratica costruita “discorsivamente” in uno spazio pubblico strutturato in senso partitico e parlamentare e, al tempo stesso, alimentato da un aperto confronto di idee a livello di pubblica opinione, e così segnalando – alla luce del constatato, persistente *deficit* democratico delle istituzioni europee, così come dell’assenza del menzionato “contesto di legittimazione” – l’esigenza di segnalare in senso restrittivo la stessa competenza penale indiretta riconosciuta dalle vigenti norme convenzionali.

⁵⁵ Ancora, D. PULITANO, *Orizzonti attuali*, cit. 13.

⁵⁶ Su questa tendenza, ormai dispiegata, si vedano ora i diversi saggi raccolti nel volume collettaneo di L. CAPPUCIO-E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

⁵⁷ Dove la ‘delega’ al singolo giudice del compito di stabilire, caso per caso, le modalità di reazione del sistema alla declaratoria di illegittimità costituzionale veniva tratteggiata nelle poche righe intese a compendiare la triplice rilevanza, sull’esercizio della funzione giurisdizionale, di eventuali pronunce di accoglimento di questioni concernenti le norme penali di favore: punto 6.3 del Considerato in diritto, e negli stessi termini, poco più diffusamente, già la sentenza n. 148 del 1983: punto 3 del Considerato in diritto.

⁵⁸ Cfr. Corte cost. n. 28 del 2010, secondo cui «posti i principi di cui all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, all’art. 25, secondo comma, Cost. ed all’art. 2, quarto comma, del codice penale, la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l’incidente di costituzionalità» (punto 7, ult. periodo, Considerato in diritto).

derivare da una eventuale pronuncia di accoglimento». E con la decisione in commento il processo di «protagonizzazione» del giudice *a quo* (e del giudice comune in generale) nella messa a fuoco delle implicazioni scaturenti da dichiarazioni di illegittimità costituzionale segna, se possibile, un'ulteriore tappa. Egli è, infatti, esplicitamente chiamato a perimetrare gli effetti invalidanti della decisione anche per quel che riguarda le norme entrate in vigore successivamente a quelle dichiarate incostituzionali, secondo uno schema, quello dell'inapplicabilità sopravvenuta, connotato da scadenze che, nella sostanza, riecheggiano valutazioni che la Corte opera allorché pronuncia talune sentenze di accoglimento per illegittimità consequenziale (ex art. 27, l. n. 87 del 1953)⁵⁹.

3.2.

Gli effetti sui procedimenti in corso

Provando, dunque, a tracciare un quadro dei possibili effetti della sentenza n. 32 del 2014, in specie sui procedimenti per reati di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990⁶⁰ ancora *sub iudice* all'indomani della data di pubblicazione della pronuncia⁶¹, è evidente che, assieme al momento consumativo dell'illecito, sarà la natura della sostanza oggetto della condotta incriminata a rivestire un peso decisivo ai fini dell'individuazione della normativa applicabile⁶².

3.2.1. Ora, mettendo da canto le conseguenze che possano discendere dalla sentenza su eventuali misure cautelari personali, adottate o già in atto, va rilevato che, rispetto alle droghe cc.dd. pesanti non v'è dubbio che la disciplina previgente (legge Iervolino-Vassalli, in vigore dal 1990 al 2006) fosse più severa di quella caduca (legge «Finì-Giovanardi») in relazione al minimo edittale della pena detentiva (e, in conseguenza della sentenza, «ritornato dai 6 agli 8 anni»). Cosicché, per i fatti-base commessi nell'arco temporale di vigenza della normativa dichiarata incostituzionale, dovrebbe continuare a trovare applicazione la più favorevole legge «Finì-Giovanardi» e ciò non tanto in omaggio al principio codicistico della *lex mitior*, bensì in forza – come ci sembra – di una irrinunciabile istanza di irretroattività che, come è noto, deriva da principi superiori all'art. 2 c.p.⁶³

Alla medesima conclusione – nel senso cioè dell'applicazione della norma dichiarata incostituzionale (ossia l'art. 73 nella formulazione della legge «Finì-Giovanardi»), qualora da essa derivi un effetto più favorevole per l'imputato – dovrebbe peraltro giungersi anche nelle ipotesi in cui siano state contestate condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti pesanti e leggere.

E, in effetti, in un contesto di tendenziale recrudescenza della risposta sanzionatoria, quantomeno di quella minacciata, una delle poche ricadute mitigatrici scaturite dalla scelta legislativa di parificazione del trattamento punitivo e dalla conseguente emersione di un medesimo bene giuridico è stata quella – sin da subito evidenziata⁶⁴ – che ha interessato il terreno del concorso di reati, concorso non più configurabile al cospetto di condotte relative a sostanze denotate da analoga idoneità offensiva.

⁵⁹ D'altronde, come è stato di recente affermato, «nell'accertamento dell'invalidità – la Corte ha ormai solo un *monopolio parziale*, di «esclusivo» (e intoccabile) essa conservando, in definitiva, solo gli effetti *erga omnes* delle sue pronunce di accoglimento» (così, testualmente, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 255).

⁶⁰ Ulteriori fattispecie incise dalla sentenza in commento, che ha dichiarato incostituzionale l'intero art. 4-vicies ter, sono quelle di *Agevolazione dell'uso di sostanze stupefacenti* di cui all'art. 79 del d.P.R. n. 309 del 1990 e di *Istigazione, proselitismo e induzione al reato di persona minore* di cui all'art. 82 dello stesso Testo unico. Lasciati immutati i limiti edittali per i casi di droghe pesanti, la legge «Finì-Giovanardi», infatti, aveva determinato un'impennata di quelli concernenti le condotte, ivi tipizzate, qualora aventi ad oggetto droghe (ex) leggere. In particolare, la novella del 2006, quanto alla prima ipotesi criminosa, aveva segnato il passaggio da un compasso edittale che oscillava da uno a quattro anni ad uno con escursione dai tre ai dieci, e, quanto alla seconda fattispecie incriminatrice, precluso la riduzione di pena da un terzo alla metà in precedenza contemplata per le condotte di induzione, proselitismo e istigazione concernenti droghe (ex) leggere.

⁶¹ La sentenza è stata pubblicata in G.U. n. 11, 1° serie speciale, 5 marzo 2014.

⁶² Per una dettagliata ricostruzione delle ricadute della sentenza in commento, in questa sede solo a grandi linee illustrate, si rinvia, in particolare, a UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, *LE RICADUTE DELLA SENTENZA N. 32/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL TRATTAMENTO SANZIONATORIO IN MATERIA DI SOSTANZE STUPEFACENTI*, relazione n. 20, 5 marzo 2014; F. VIGANÒ-A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 l.u. stup.*, cit.; PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Primi adempimenti relativi alla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014. Conseguenze sulla disciplina penale in materia di sostanze stupefacenti*, su www.magistraturademocratica.it.

⁶³ Condivisibili sul punto le conclusioni di F. VIGANÒ-A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 l.u. stup.*, cit.; M. GAMBARDIELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, in *Arch. pen.* (web), Osservatorio sulla Corte di cassazione, 2014, 12 ss.

⁶⁴ In argomento, volendo, V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., 57 ss., 75.

Parimenti indiscutibile è, per converso, che, l'entrata in vigore della legge "Finì-Giovanardi" abbia fatto registrare, rispetto alle droghe cc.dd. leggere, un inasprimento della reazione sanzionatoria riservata alle fattispecie-base di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, con il passaggio da una cornice edittale dai due ai sei anni ad un delta punitivo dai sei ai venti anni.

Cosicché, assente, in questo caso, il rischio di ricadute *in malam partem* riconnesse alla reviviscenza delle precedenti disposizioni, gli imputati cui si rimproverino condotte aventi ad oggetto droghe non pesanti, poste in essere negli otto anni di vigenza della legge n. 49 del 2006, dovrebbero potersi giovare della dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultima, a partire dagli effetti di una eventuale maturazione della prescrizione, il cui termine sarà da calcolare alla stregua del previgente (e nuovamente in vigore) massimo edittale di sei anni.

Non ostante a tanto la mancata deduzione di specifici motivi (nella forma di quelli cc.dd. "aggiunti") per il caso di sopravvenienza della pronuncia di incostituzionalità alla presentazione di un eventuale ricorso, più problematica si prospetterebbe viceversa l'ipotesi in cui abbia a rilevare il nodo dei rapporti tra inammissibilità dello stesso e prescrizione del reato⁶⁵.

3.2.2. Se quanto esposto vale per le fattispecie-base di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, più articolate sono le considerazioni e le conclusioni da riservare alle (già) fattispecie circostanziate di cui al comma 5 del medesimo articolo.

A tale proposito, in effetti, sia rispetto alle droghe cc.dd. pesanti che a quelle cc.dd. leggere, occorre fronteggiare anche il problema dischiuso dalla recentissima scelta legislativa di deliberata autonomizzazione della richiamata circostanza attenuante ad effetto speciale *ex art.* 2 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 21 febbraio 2014, n. 10, problema la cui soluzione impone di considerare i tre segmenti temporali corrispondenti alla fase precedente alla legge "Finì-Giovanardi", alla fase *sub* vigenza della legge dichiarata incostituzionale ed, infine, alla fase attuale, verificando, per ciascuna di essa, quale sia la legge più favorevole tra quelle in tesi applicabili.

In particolare, ipotizzando come fugato ogni dubbio in ordine al profilo qualificatorio della fattispecie di cui al vigente comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990⁶⁶, se i fatti *sub iudice* sono stati commessi in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 49 del 2006, la valutazione di maggior favore dovrà essere condotta raffrontando le disposizioni di cui alla legge "Iervolino-Vassalli" e quelle del d.l. n. 146 del 2013.

E ci sembra che, a fronte del tempo trascorso, laddove si tratti di droghe pesanti, in tutti i casi, si dovrà concludere per l'applicazione della normativa più recente, tenendo conto soprattutto che i fatti per i quali si procede, (soltanto) alla luce della autonomizzazione della fattispecie e del relativo massimo edittale da quella contemplati, potranno considerarsi estinti per intervenuta prescrizione⁶⁷.

Al contrario, quanto ai fatti di lieve entità concernenti droghe leggere, la disciplina del '90 potrebbe rivelarsi in qualche ipotesi più favorevole dal punto di vista del trattamento sanzionatorio⁶⁸, specie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale sull'art. 69 c.p.⁶⁹

Quanto ai fatti perpetrati nell'arco temporale di vigenza della legge "Finì-Giovanardi", la verifica volta all'individuazione della *lex mitior* applicabile dovrà per converso annoverare

⁶⁵ Sullo specifico profilo, si rinvia a UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, "Le ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti", cit., 2, 5 ss.; M. GAMBARDILLA, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge "Finì-Giovanardi"*, in *Arch. pen.* (web), n. 1/2014, Osservatorio sulla Corte costituzionale, 1 ss.

⁶⁶ Hanno riconosciuto natura di fattispecie autonoma all'ipotesi di cui al novellato art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990: Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, ric. Cassanelli; sez. IV, 9 gennaio-17 febbraio 2014, n. 7363; sez. VI, 15 ottobre 2013-20 gennaio 2014, n. 2295; sez. VI, 24 gennaio-10 febbraio 2014, n. 6142; sez. IV, 21-31 gennaio 2014, n. 5032; sez. VI, 16 gennaio-3 febbraio 2014, n. 5143; sez. III, 14 gennaio-13 febbraio 2014, n. 6993; sez. III, 14 gennaio-13 febbraio 2014, n. 6992; sez. IV, 28 febbraio-5 marzo 2014, n. 10514; sez. III, 25 febbraio-7 marzo 2014, n. 11110. Quanto agli elementi che deporrebbero a favore della predetta qualificazione già UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, *Novità legislative: D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, Relazione n. III/01/2014, 7 gennaio 2014. Decisivo appare comunque il rilievo accordato alla *voluntas legislatoris*, ritenuta in grado di superare elementi pure suscettibili di una valorizzazione in senso contrario come, ad es., l'art. 380, co. 2, lett. h), c.p.p., che, nell'escludere l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza, continuava a qualificare espressamente come «circostanza» quella prevista dall'art. 73, co. 5. La citata disposizione del codice di rito è stata peraltro recentemente emendata dalla l. n. 10 del 2014, di conversione del d.l. n. 146 del 2013, che ha modificato la precedente locuzione in quella di «delitti» di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990 (vd. art. 2).

⁶⁷ Cfr., per es., Cass., sez. IV, 28 febbraio-5 marzo 2014, n. 10514, cit.

⁶⁸ In particolare, tale possibilità si schiuderebbe al cospetto di casi in cui la condotta abbia avuto ad oggetto droghe leggere e ricorra la sola attenuante del fatto di lieve entità o nei casi in cui la condotta abbia avuto ad oggetto droghe leggere e, in esito ad un bilanciamento con eventuali, concorrenti, circostanze aggravanti, il giudice accordi o abbia accordato prevalenza alla (ex) diminuzione di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990. Per un'esemplificazione, cfr. Trib. Avellino, sent. 11 febbraio 2014 n. 23, GUP Riccardi, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2014.

⁶⁹ Corte cost. n. 251/2012.

altresì le disposizioni da ultimo dichiarate incostituzionali e tener conto, in particolare, della circostanza che esse, in una all'ispessimento del trattamento sanzionatorio previsto per le ipotesi di lieve entità relative a droghe leggere, avevano contestualmente dischiuso, tanto per queste ultime quanto per quelle relative a droghe pesanti, l'inedita possibilità di un'alternativa radicale al carcere (ed alla sanzione pecuniaria) per effetto della prevista applicabilità, alle condizioni ivi contemplate, della sanzione di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Cosicché, specie in relazione a fatti meno lontani nel tempo, per i quali diventa recessiva la probabilità di constatare una prescrizione degli stessi anche alla stregua delle disposizioni di cui al d.l. n. 146 del 2013, e sempre che risulti impraticabile l'opzione di una sospensione condizionale della pena, le previsioni capaci di riverberarsi in termini di maggiore favore per gli imputati potrebbero risultare proprio quelle di cui al combinato disposto dei (già dichiarati incostituzionali) commi 5 e 5-bis dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990⁷⁰.

Per i fatti di lieve entità commessi dopo il 23 dicembre 2013, infine, l'unica normativa suscettibile di applicazione sarà l'art. 2 del d.l. n. 146, convertito dalla l. n. 10 del 2014, che, "salvato" dalla Corte costituzionale, non manca però di esibire significative criticità, peraltro già autorevolmente segnalate⁷¹, ancorché dalla Corte di Cassazione non reputate tali da offrire all'interprete un quadro complessivo «(di là dalla sempre possibile soggettiva opinabilità delle singole valutazioni), minato da un'irragionevolezza di tale irriducibilità da prospettare un presumibile conflitto, della norma introdotta dal citato art. 2, con il parametro costituzionale di cui all'art. 3 della Costituzione»⁷².

3.2.3. Tratteggiate le plausibili implicazioni sui procedimenti in corso scaturenti dalla caducazione delle norme oggetto di declaratoria, non si può non accennare in questa sede anche ai cc.dd. effetti di caducazione a catena che, come anticipato, spetterà al giudice ordinario rintracciare sulla base del criterio – di presupposizione – delineato in sentenza.

Su tale versante, una prima questione che si pone è quella relativa alla sorte del comma 5-ter, introdotto nel corpo dell'art. 73 del T.U. stupefacenti dal d.l. n. 78 del 2013, conv., con modif., in l. n. 94 del 2013.

Sul punto è sempre che non si ritenga di avallare ipotesi ricostruttive meno condizionate dal dato letterale, va registrato che esso, a dispetto della coeva previsione riformatrice del comma 5 (di cui al d.l. n. 146), non travolta, secondo il giudizio della Corte, dalla dichiarazione di incostituzionalità di quella riformata, contiene un rinvio esplicito ad una disposizione caducata (il comma 5-bis), che, per mutuare il linguaggio dei giudici costituzionali, lo avrebbe reso privo del suo oggetto e, pertanto, non più applicabile.

Non sarebbe revocabile in dubbio, tuttavia, che, trattandosi di materia comunque coperta dalla garanzia del *nullum crimen sine previa lege penali*, le possibili ricadute in *malam partem* riuscirebbero cauterizzate per effetto del divieto di retroattività, il quale imporrà l'applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nei casi previsti dal comma 5-ter, qualora il fatto sia stato commesso tra l'entrata in vigore della legge n. 94 del 2013 e la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale⁷³.

La sanzione sostitutiva, preclusa senz'altro nei confronti di chi avrà commesso il fatto successivamente a siffatta pubblicazione, risulterà viceversa interdetta, con ogni probabilità, anche nei confronti di chi lo avrà commesso prima del 20 agosto 2013 (data di entrata in vigore della legge n. 94 del 2013)⁷⁴, posto che non avrebbe potuto fare affidamento sulla più favorevole

⁷⁰ In relazione alle fattispecie di cui agli artt. 186 e 187 d.lgs. n. 285 del 1992, per le quali la l. n. 120 del 2010 (rispettivamente ai commi 9-bis e 8-bis) ha dischiuso analoga possibilità di accesso al lavoro di pubblica utilità, in precedenza non prevista dall'ordinamento, la giurisprudenza, per fatti ancora *sub iudice*, antecedenti al 29 luglio 2010, ha ritenuto in più occasioni, in base ad una valutazione in concreto, di dover individuare la disciplina più favorevole, suscettibile di applicazione retroattiva, proprio nelle previsioni più recenti, ancorché caratterizzate, queste ultime, da limiti edittali più severi. A favore di una tale soluzione e, ferma in ogni caso l'inammissibilità di commistioni tra la precedente disciplina sanzionatoria e quella successiva dettata dalla novella (così, per es., Cass., sez. IV, 20 dicembre 2013-20 gennaio 2014, n. 2380 e sez. IV, 15 novembre 2013-14 gennaio 2014, n. 1196), si sono espresse, da ultimo, Cass., sez. IV, 26 novembre 2013-14 gennaio 2014, nn. 1203, 1204 e 1205; sez. IV, 19 novembre 2013-16 gennaio 2014, n. 1755; sez. IV, 19 novembre-2 dicembre 2013, n. 47906; sez. IV, 19-22 novembre 2013, n. 46765; sez. IV, 7 novembre-4 dicembre 2013, n. 48539.

⁷¹ Cfr. F. VIGANÒ-A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, cit.; UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE, *Prime riflessioni sulla portata della sentenza della Consulta sulla Fini-Giovanardi*, su www.camerepenali.it; M. GAMBARDELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, cit., 9 ss.

⁷² Così, con ampia motivazione, ancora Cass., sez. IV, 28 febbraio-5 marzo 2014, n. 10514, cit., § 2.3.

⁷³ Cfr. ancora F. VIGANÒ-A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, cit.

⁷⁴ La sanzione sostitutiva del l.p.u. sarà ovviamente applicabile anche agli autori di fatti concomitanti al precedente periodo di vigenza del d.l.

disciplina di cui al comma 5-ter né giovare della applicazione retroattiva della disposizione a motivo della sua incostituzionalità. A tale proposito, nondimeno, varrebbe forse la pena di meditare se l'operatività della *lex mitior* possa reputarsi davvero inibita da una declaratoria non diretta, ma solo *conseguenziale*, specie laddove quest'ultima, come è nel caso che ci occupa, non sia (stata) determinata da altro che dalla peculiare e contingente tecnica di formulazione della fattispecie (*per relationem* a disposizione caducata).

Ancora, in tema di possibili caducazioni a catena o a cascata, diverse sono le perplessità che sorgono, alla luce del criterio suggerito dalla Corte, quanto alla perdurante vigenza di talune disposizioni, cui si ricollegerebbero, talora, conseguenze addirittura radicali in punto di (esonero da) responsabilità penale dell'autore dei fatti contestati.

Innanzitutto, dubbi si profilano in relazione agli artt. 75 e 75-bis del d.P.R. n. 309 del 1990⁷⁵, per come novellati ed introdotti dalla l. n. 49 del 2006, atteso che l'ambito di operatività della prima disposizione viene perimetrato a mezzo di un rinvio puntuale alle ipotesi di cui all'art. 73, co. 1-bis, e che, a sua volta, l'art. 75-bis rinvia al comma 1 dell'articolo precedente.

Limitandoci agli addentellati penalistici – si ricorderà che l'art. 75-bis, co. 6, ha introdotto, tra l'altro, una nuova fattispecie contravvenzionale per l'ipotesi di violazione degli obblighi e divieti del comma 1⁷⁶ –, pare di poter affermare che alla caducazione a catena dell'art. 75, co. 1, derivante dalla declaratoria di illegittimità dell'art. 73, co. 1-bis, non consegua il venir meno del disvalore penale del fatto⁷⁷. Sarebbe peraltro importante chiarire se ad una declaratoria non diretta, ma solo *conseguenziale*, possa riconnettersi, oltre all'effetto demolitorio, un effetto di reviviscenza, posto che solo a tali condizioni, al momento, potrebbe predicarsi una rilevanza (anche solo) amministrativa nei confronti, tra le altre, delle condotte di detenzione per uso personale (con ripercussioni forse, a quel punto, sull'intero art. 75-bis).

Ancora, pare arduo negare un 'effetto domino' sulle disposizioni della l. n. 38 del 2010 che avevano riformato l'(ormai *ex*) art. 73, co. 4, del d.P.R. n. 309 del 1990⁷⁸, mentre il venir meno dell'(ex) art. 73, co. 1-bis, lett. b), sarebbe conseguenza della declaratoria di incostituzionalità diretta dell'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, conv., con modif., in l. n. 49 del 2006.

Ma, a monte, è il fronte dei rapporti intercorrenti tra la normativa dichiarata incostituzionale (in specie l'art. 4-*vicies ter* del d.l. n. 272 del 2005, conv., con modif., in l. n. 49 del 2006) e la normativa secondaria emanata in attuazione della prima a connotarsi come problematico.

Sebbene a seguito della sdrammatizzazione della valenza presuntiva del superamento dei cc.dd. limiti-soglia, operata dalla Corte di cassazione, le questioni sul tappeto si presentino, *in parte qua*, in termini meno categorici⁷⁹, sul terreno della classificazione delle sostanze le implicazioni potrebbero essere di maggiore momento, posto che per talune di esse – cc.dd. sostanze di ultima generazione – si andrebbe incontro, se del caso, non ad una semplice ricollocazione, ma ad una secca 'de-tabellizzazione'⁸⁰, cui conseguirebbe, quanto alle condotte che le abbiano

n. 78 del 2013 (3 luglio-19 agosto 2013) e in tutti i casi contemplati dall'art. 3 di tale decreto, che, come si ricorderà, aveva moltiplicato – se non addirittura generalizzato – le possibilità di applicazione della sanzione sostitutiva, statuendo, a dispetto di quanto previsto nel provvedimento di conversione, che «la disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di altri reati commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale».

⁷⁵ Per un approfondimento di tali disposizioni si rinvia a F. CARDILE, *Gli illeciti amministrativi*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., 275 ss.

⁷⁶ L'art. 75-bis d.P.R. n. 309 del 1990 ha inoltre introdotto gravosissime misure di prevenzione (su tale qualificazione: cfr., ad es., Cass. sez. IV, 7 ottobre-24 novembre 2010, n. 41597) per detentori 'qualificati' di sostanze pur destinate ad un uso personale per l'ipotesi in cui, in relazione alle modalità o alle circostanze dell'uso, ne possa derivare un pericolo per la sicurezza pubblica (su cui cfr. le ficcanti osservazioni di M. DOMININI, *Danno e "offesa" nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, Milano, 2010, 76 e di C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, cit., 246 ss.).

⁷⁷ Alla stregua del criterio strutturale per il quale, in caso di cc.dd. modifiche mediate, si impone la distinzione tra *norme integratrici*, in grado, modificandosi, di incidere sulla fattispecie legale astratta e *norme non integratrici*, cui non è dato riconoscere tale capacità. Per questa impostazione si rinvia a G. L. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 246 ss.

⁷⁸ Sebbene a seguito della reviviscenza dell'originario art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 sia (ancora) rintracciabile un comma 4, circostanza che, alla stregua del criterio delineato in sentenza, porterebbe ad affermare che non sia venuto meno l'oggetto dell'art. 10, lett. s), l. n. 38 del 2010, non può in effetti non prendersi atto che tale ultima disposizione opera, all'evidenza, un rinvio recettizio e non meramente formale all'art. 73, co. 4, d.P.R. n. 309 del 1990 per come novellato nel 2006.

⁷⁹ E ciò anche in relazione alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite (S.U., 24 maggio-20 settembre 2012, n. 36258) in merito alle condizioni di configurabilità dell'aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80 del d.P.R. n. 309 del 1990. D'altra parte, quanto all'aggravante di cui all'art. 80, co. 2, seconda parte, verrebbero meno, a seguito della pronuncia in commento, le difficoltà di coordinamento affiorate per effetto della mancata novella, nel 2006, dei rinvii ivi operati (sul punto, cfr. A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, 231 ss.).

⁸⁰ Nel solo triennio 2010-2013 nella tabella I sono state aggiunte più di una ventina di sostanze e ricollocate in essa quattro sostanze in pre-

(avute) ad oggetto, una vera e propria *abolitio criminis*⁸¹.

Difficile, infatti, non parlare di presupposizione tra i decreti di completamento ed aggiornamento delle tabelle e le disposizioni caducate, dal momento che, per quanto riguarda i rapporti tra fonte primaria e fonte secondaria, assumerebbe rilievo dirimente la stessa procedura di adozione della normativa ministeriale, che, in quanto dichiarata incostituzionale, porta a ritenerla affetta da invalidità derivata e suscettibile di disapplicazione.

D'altronde, ricostruzioni alternative – per quanto apprezzabili⁸² – appaiono privilegiare approcci sostanzialistici che rischiano non solo di contraddire l'assunto di partenza⁸³, ma soprattutto di esporsi all'obiezione (o alla tentazione) di sostituire le ordinarie regole, che sovrintendono ai rapporti tra atti e ne definiscono le eventuali invalidità, con il criterio indicato nella pronuncia⁸⁴.

Pertanto, come è ovvio, la questione investirebbe anche la classificazione dei medicinali a base di sostanze stupefacenti o psicotrope, interagendo con gli effetti – che in questa sede non possono essere indagati *funditus* – scaturenti dalla declaratoria di incostituzionalità *diretta* delle disposizioni che avevano innovato le modalità di prescrizione, di registrazione e di conservazione degli stessi da parte degli operatori di settore⁸⁵.

Su tale versante, d'altronde, si sono avvertiti subito i maggiori problemi, posto che la dichiarazione di incostituzionalità, in modo probabilmente inaspettato⁸⁶, ha travolto, come si è ricordato, l'intero art. 4-*vicies ter*.

Tant'è che, a pochi giorni di distanza dalla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, è stato presentato un disegno di decreto-legge volto a reintrodurre le (stesse) tabelle e disposizioni (della legge "Finì-Giovanardi") caducate dalla pronuncia in commento⁸⁷.

Fermo ciò, a diversa conclusione – mancata incidenza (anche solo indiretta) della pronuncia sul precipuo segmento disciplinare – pare al contrario debba giungersi quanto alla recente normativa di contrasto ai cc.dd. precursori di droghe e alle disposizioni in tema di corresponsabilizzazione dell'ente collettivo per il reato di associazione finalizzata alla perpetrazione dei reati di cui agli artt. 70 e 73 del d.P.R. n. 309 del 1990⁸⁸.

cedenza inserite nella tabella II, sezione B: in argomento cfr. *New Drugs: Update e Piano di Azione Nazionale per la prevenzione della diffusione delle Nuove sostanze Psicoattive (NSP) e dell'offerta in internet*, 67 ss., consultabile su www.dronet.org.

In argomento, cfr. Cass., sez. IV, 22 febbraio-18 maggio 2006, n. 17230, Sepe, in cui si è concluso per l'inapplicabilità della più favorevole disciplina dettata dal Testo Unico per i precursori a condotte aventi ad oggetto "norefedina" o "fenilpropanolamina", sostanza già prevista dalla tabella I e, successivamente alla commissione dei fatti, spostata nella categoria dei "precursori" (caso richiamato anche A. Bassi, *Il nuovo sistema tabellare in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2011, 280).

⁸¹ Cfr. *supra* nt. 77.

⁸² Ci si riferisce, in particolare, alla posizione espressa in PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI LANCIANO, *Primi adempimenti relativi alla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014. Conseguenze sulla disciplina penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 16 s., secondo cui sarebbe preferibile fare "salva" la classificazione della sostanza come stupefacente o psicotropa e, in omaggio al principio del *favor rei*, considerarla in ogni caso come sostanza da tabella II o IV (soluzione, quest'ultima, che sarebbe da prediligere, a sua volta, rispetto a quella di una verifica, caso per caso, intesa ad apprezzare se, sulla base dei criteri dell'originario ed ora nuovamente in vigore art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990, la sostanza possa dirsi rientrare nelle tabelle I-III ovvero II-IV).

⁸³ Quello indicato in sentenza si connota come criterio prettamente formale, laddove l'impostazione in parola valorizza gli argomenti della similitudine del procedimento di cui agli artt. 2 e 13 «(non modificato *sostanzialmente* dalla l. n. 49/06)»; della tendenziale equivalenza della tabella I alle previgenti tabelle da I a IV (posto che nell'unica tabella I «si unificavano *sostanzialmente* le previgenti tabelle da I a IV»); della altrettanto tendenziale equivalenza dei criteri di classificazione previsti dall'art. 14 («*sostanzialmente* coincidenti con quello del testo previgente, anche questi *sostanzialmente* "unificati" con l'obiettivo di prevedere l'unica tabella I») (corsivi nostri).

⁸⁴ Quanto ai rapporti tra disposizioni caducate e successivi decreti ministeriali, in effetti, la verifica in ordine all'invalidità derivata della fonte subordinata per effetto della dichiarazione di incostituzionalità di quella primaria dovrebbe aver luogo secondo le consuete modalità.

⁸⁵ Per un quadro sintetico delle riforme che, negli anni, hanno interessato in particolare gli artt. 60 e 68 d.P.R. n. 309 del 1990 (e dunque l'obbligo di tenuta ed aggiornamento del registro di carico e scarico), vd., volendo, L. ROMANO, *Corte di cassazione, Sezione III pen., sentenza n. 8058 del 23 gennaio 2013-20 febbraio 2013, Pres. Mannino, Est. Orilia* (nota redazionale a), in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2013, 935 ss.

⁸⁶ Ne rappresenterebbe conferma il forte disorientamento suscitato, in particolare, tra i farmacisti e che ha portato la relativa associazione di categoria, prima ancora della pubblicazione della sentenza, ad inviare, oltre che [una circolare agli iscritti](http://www.sanita.ilsole24ore.com), una lettera al Ministero della Salute (consultabili entrambi su www.sanita.ilsole24ore.com).

⁸⁷ Nondimeno, in sede di Consiglio dei Ministri, a quanto si apprende, si sarebbe raggiunto l'accordo per un 'ripristino' della normativa ai soli fini amministrativi.

⁸⁸ Quanto alla richiamata disciplina, rimasta pertanto invariata, cfr., volendo, L. ROMANO, *La riformata disciplina dei precursori di droghe: il nuovo art. 70 del D.P.R. n. 309 del 1990*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera-V. Manes, Giuffrè, 2^a ed., 2012, 15 ss. e L. ROMANO, *L'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 1990 tra (recenti) pronunce giurisprudenziali ed innovazioni legislative*, ibidem, 123 ss. In materia di precursori va nondimeno registrata l'entrata in vigore, il 30 dicembre scorso, del Regolamento (UE) n. 1258/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, che modifica il Regolamento (CE) n. 273/2004, e del Regolamento (UE) n. 1259/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, che modifica il Regolamento (CE) n. 111/2005.

3.3. *Gli effetti sui procedimenti passati in giudicato*

Prospettati i possibili riverberi della sentenza sui procedimenti *sub iudice*, non ci si può esimere dal misurarsi con il tema delle eventuali ricadute su quelli già conclusi.

Sul punto va detto che, al netto delle ipotesi in cui siano rintracciabili gli estremi di una vera e propria *abolitio criminis*, resta invalicabile, in linea di principio, il limite del giudicato, posto che, nella stragrande maggioranza, dei casi si discute non del precetto e del giudizio di disvalore astratto della condotta, ma solo del trattamento sanzionatorio ad essa riservato.

Da tale prospettiva, non è forse casuale la scelta della Corte, che al punto 6 del Considerato in diritto, al riguardo, apre le proprie considerazioni con una chiara precisazione stipulativa: «Quanto agli effetti sugli imputati [...]» (e non sugli imputati e i condannati); anche se il riferimento ai soli imputati in effetti potrebbe trovare una esauriente spiegazione nel peculiare profilo trattato dai giudici costituzionali nel punto citato, quello ovverosia della non ostatività ad un esame nel merito della normativa impugnata di eventuali effetti *in malam partem* derivanti dalla decisione della Corte, effetti che, in nessun caso, come è ovvio, potrebbero riguardare coloro che siano già stati condannati in via definitiva.

In generale, va preso atto della duplicità di opzioni interpretative – circa le possibilità di incisione del giudicato per effetto di sopravvenienze altre rispetto a quelle, codificate, dell'*abolitio criminis* e della declaratoria di incostituzionalità di norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.) – che al momento percorre la giurisprudenza di legittimità e che è maturata a seguito di pronunce, molto recenti, le quali, come si sa, hanno acclarato l'illegittimità di componenti punitive⁸⁹ così come di automatismi sanzionatori⁹⁰ ovvero stigmatizzato regole di giudizio impeditive di una corretta traduzione, in termini di pena, del disvalore del fatto⁹¹.

Una duplicità di letture e di approdi che, merita sottolinearlo, ha portato da ultimo alla remissione alle Sezioni Unite della questione vertente sul «se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice [...], comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato»⁹².

Certo, il limite rappresentato dalla *res iudicata*, per quanto in questa sede interessa, sarebbe difficilmente aggirabile in particolare dal punto di vista della praticabilità: in effetti, la sostituzione delle cornici edittali finisce con l'implicare l'impiego di poteri cognitivi/commisurativi, in tesi, inattuabili per il giudice dell'esecuzione.

Quest'ultimo, d'altronde, è il profilo – ci sembra di poter affermare – che ha più condizionato le eterogenee prese di posizione delle Sezioni semplici, posto che, nell'ambito di un quadro pur variegato, la tesi più 'avanguardista' ha fatto breccia, in definitiva, in relazione a casi in cui la criticità rappresentata dai (peculiari) poteri del giudice dell'esecuzione poteva essere bypassata, in linea di massima, a mezzo di un mero scomputo del frammento additivo di pena discendente dall'applicazione della fattispecie circostanziale (come avvenuto nel caso dell'aggravante della clandestinità)⁹³, mentre la tesi contraria è stata ribadita al cospetto di ipo-

⁸⁹ Sull'aggravante della «clandestinità», Corte cost. n. 249 del 2010, su cui, tra gli altri, D. VICOLI, *Con la circostanza aggravante della clandestinità, cade anche il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, n. 5/2010, 3985 ss.

⁹⁰ Corte cost. n. 31 del 2012, su cui vd. M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, n. 1/2012, 380 ss. e L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *RIDPP*, n. 4/2012, 1585 ss.; Corte cost. n. 68/2012, su cui V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante al reato gemello*, in *Guida dir.*, n. 20/2012, 67 ss.; S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2012, 2393 ss.; C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giur. cost.*, n. 2/2012, 909 ss.

⁹¹ Corte cost. n. 251 del 2012, cit., su cui A. TESAURO, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente-pilota?*, in *Foro it.*, n. 9/2013, I, 2405 ss.; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta «lima» il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, n. 5/2013, 1755 ss.; C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012, 4057 ss.

⁹² Così, peraltro motivando ampiamente in senso contrario alla prefigurata possibilità, Cass., sez. I, 20 novembre 2013-31 gennaio 2014, n. 4725 (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014, con nota, dagli accenti fortemente critici, di G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione e dichiarazione di incostituzionalità di norma penale «non incriminatrice»: metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?*

⁹³ Cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 2011-13 gennaio 2012, n. 977, Hauohu, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2012, con nota di M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*; Cass., sez. I, 24 febbraio-22 maggio 2012, n. 19361, ivi, 29 maggio 2012, con nota di G.L. GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*; Cass., sez. I, 25 maggio-9 luglio 2012, n. 26899; Cass., sez. I, 12 giugno-16 ottobre 2012, n. 40464, in *www.neldiritto.it*, n. 1/2013, II, 122 ss., con nota di G. ROMEO, *Pena imputabile ad aggravante incostituzionale e sorte del giudicato di condanna*.

tesi in cui il giudice dell'esecuzione sarebbe (stato) chiamato ad apprezzamenti ampiamente discrezionali (come nel caso della declaratoria di illegittimità di cui all'art. 630 c.p.⁹⁴ e dell'art. 69 c.p. in relazione all'allora vigente art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990⁹⁵).

Tale conclusione – su uno sfondo in cui pur aggallano affermazioni che rendono più sfumato il quadro di riferimento⁹⁶ – riceverebbe conferma dalla vicenda dei cc.dd. "figli di un Dio minore", che, per l'aspetto che qui maggiormente interessa, poneva in effetti un problema di 'mera' sostituzione dell'ergastolo con i trent'anni di reclusione⁹⁷.

In un tale contesto⁹⁸, dunque, l'unica sottoipotesi in cui si potrebbe ipotizzare una doverosa retroapplicazione favorevole della nuova cornice edittale per i fatti coperti da giudicato concerne le (verosimilmente) poche condanne (concernenti droghe leggere) a pena superiore all'attuale massimo edittale: qui 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).

3.3.1 Va riconosciuto, tuttavia, che la soluzione risulterebbe inappagante, restando al fondo la medesima esigenza di giustizia e di eguaglianza che – in relazione alle cc.dd. droghe leggere – fa apparire intollerabile la pena custodiale fatalmente distribuita *ratione temporis* (esigenza che un peso tanto preponderante ha avuto proprio nella vicenda, poco sopra richiamata, dei cc.dd. fratelli minori di Scoppola).

Al riguardo, varrebbe sollevare – come del resto già fatto⁹⁹ – il problema dell'eventuale (peraltro prevedibile) prospettazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p. (e/o dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953)¹⁰⁰.

⁹⁴ Cfr. Cass., sez. I, 23 aprile-2 luglio 2013, n. 28468.

⁹⁵ Così Cass., sez. I, 20 novembre 2013-31 gennaio 2014, n. 4725 (ord.), cit.

⁹⁶ Si pensi a Cass., sez. I, 24 febbraio-22 maggio 2012, n. 19361, cit., con cui, nonostante non fosse direttamente desumibile dalla sentenza di condanna la frazione di pena imputabile all'aggravante della clandestinità, ritenuta nel caso di specie equivalente alle concorrenti attenuanti generiche, è stato disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice dell'esecuzione ai fini di una riduzione di pena nella misura ritenuta equa; a Cass., sez. I, 23 aprile-2 luglio 2013, n. 28468, cit., in cui è dato leggere che «la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione l'attualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un'incursione nel merito di causa che non sia *tout court* apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali»; a Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013-20 gennaio 2014, n. 2295, in cui, ancorché in sede di annullamento con rinvio limitatamente al bilanciamento ex art. 69, co. 4, c.p. della diminuzione di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, si rinviengono affermazioni che prospettano come plausibile una 'incisione' del giudicato (punto 4.3). Rileva e mette in evidenza tale aspetto G. ROMEO, *GIUDICATO PENALE E RESISTENZA ALLA LEX MITIOR SOPRAVENUTA: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2013, 9 ss.

⁹⁷ Cass., S.U., 24 ottobre 2013, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Ercolano (informazione provvisoria), che ha fatto seguito a Corte cost. n. 210 del 2013, su cui C. PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2013, 1430 ss., E. APRILE, *Sulle pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Scoppola*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, 4388 ss. Non è da escludere, peraltro, che indicazioni rilevanti anche per la questione esaminata in questa sede possano venire proprio dalle motivazioni delle Sezioni Unite sul caso "Ercolano", non ancora depositate (cfr. M. GAMBARDILLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, cit., 18 s.). Sull'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, cfr. Cass., sez. un., 19 aprile-10 settembre 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, 3966 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Overruling a favore della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza 'Scoppola'*, e di C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*; e, ancor prima, le riflessioni di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012, e di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte FIDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, ivi, 5 ottobre 2012.

⁹⁸ I due filoni interpretativi cui si è cennato vengono d'altronde richiamati da UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, *"Le ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti"*, cit., 16 ss.

⁹⁹ Cfr. M. GAMBARDILLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, cit., 18, che, respingendo l'interpretazione "estensiva" dell'art. 30, co. 4, della l. n. 87 del 1953 accolta nella recente giurisprudenza di legittimità, afferma che «la strada maestra resta quella dell'impiego della disciplina contenuta nell'art. 673 c.p. (in tema di revoca della condanna a seguito di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice): da estendere non attraverso una proibita qui applicazione analogica (manca infatti la lacuna normativa), ma attraverso una "sentenza additiva" della Corte costituzionale ovvero per mezzo di una modifica legislativa»; e, pur nell'ambito di una più ampia ed articolata riflessione, G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione e dichiarazione di incostituzionalità di norma penale 'non incriminatrice': metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?*, cit., 16, per il quale «residirebbe in astratto – *ça va sans dire* – la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p. nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione, nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale diversa da quella incriminatrice, adotti i provvedimenti conseguenti di modifica del giudicato».

¹⁰⁰ Inconferente appare, per converso, il riferimento all'art. 2 c.p., ancorché esso continui ad essere richiamato (da ultimo da Cass., sez. I, 23 aprile-2 luglio 2013, n. 28468, cit.) a sostegno della tesi dell'intangibilità del giudicato a fronte di dichiarazioni di incostituzionalità di norme diverse da quelle incriminatrici. Si oblitererebbe il dato, irrefragabile in ragione della data di promulgazione del codice penale, della riferibilità della disposizione alle sole ipotesi di successione nel tempo di leggi penali (per definizione, in assenza di una Costituzione rigida) *legittime*. Se, tuttavia, a Costituzione vigente, si ritenga, assente ogni distinguo in seno all'art. 2 c.p., di riferire il comma 4 anche al caso di successione

Due sarebbero tuttavia le difficoltà immediatamente rivenienti da una tale prospettiva.

Innanzitutto, la necessità – in relazione a *ratio* e funzioni del giudicato, non riducibili certo, in ambito penale, ad esigenze intrasistemiche di certezza del diritto¹⁰¹, ma improntate, per converso, anche ad esigenze di garanzia del condannato¹⁰² –, di perimetrare, nel modo più corretto, il *petitum*¹⁰³ e, prima ancora, probabilmente, di individuare le stesse previsioni costituzionali suppostamente violate dalle disposizioni appena menzionate.

A quest'ultimo riguardo, se da un lato campeggia, come si accennava in precedenza, un'istanza di eguaglianza che rinvia inevitabilmente all'art. 3 Cost.¹⁰⁴, dall'altro sembrerebbe pure pertinente il riferimento, in qualità di altrettanti parametri, agli artt. 25, comma 2, e 13, comma 2, Cost., posto che la punizione e la restrizione della libertà personale non potrebbero non avere luogo, rispettivamente, che in base a ovvero nei soli casi e modi previsti da una legge costituzionalmente *legittima* e giammai in forza di una legge costituzionalmente censurata¹⁰⁵; e verrebbe anche da sospettare, sul punto, che una pena "incostituzionale" sacrifici in modo intollerabile la finalità rieducativa imposta dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Una seconda difficoltà è viceversa correlata al rischio di una eventuale dichiarazione di inammissibilità della questione laddove giudicata «surrettiziamente intesa a conseguire un intervento interpretativo estraneo ai confini della giurisdizione costituzionale»¹⁰⁶. Tanto è avvenuto, in effetti, qualche anno fa, quando la Corte di cassazione ebbe a sollevare questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p. per violazione dell'art. 3 Cost. muovendo dalla mancata adesione all'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, in quegli anni affermatosi e prevalente, secondo cui la norma impugnata già riconosceva al giudice dell'esecuzione il potere di ordinare la sospensione condizionale della pena non concessa da quello della cognizione a causa di pregresse condanne per reati poi depenalizzati¹⁰⁷.

Nel nostro caso, tuttavia, potrebbero essere proprio le Sezioni Unite, già chiamate, come si è ricordato in precedenza, a risolvere il contrasto giurisprudenziale insorto, a investire la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., una volta acclarata – per

tra leggi, di cui una per avventura incostituzionale, coerentemente si dovrebbe giungere alla conclusione – molto problematica dal punto di vista sistematico – dell'applicabilità della *lex mitior*, in ipotesi incostituzionale, anche ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della stessa e non solo a quelli cc.dd. concomitanti. Ma, così argomentando, prima di ogni cosa, si attrarrebbe all'ambito della disciplina della successione di leggi penali nel tempo un fenomeno che successorio non è.

¹⁰¹ Ma, senz'altro, compresenti: cfr. O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.* n. 5/2012, 3464 ss.; R. BORSARI, *La «revisione europea» del giudicato penale*, in AA.VV., *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di C. Sarra-D. Velo Dalbrenta, Padova University Press, 2013, 123 ss., che ben compendia la doppia ragion d'essere del giudicato penale; G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, cit., e, in particolare, Id., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in questa Rivista, 16 aprile 2012.

¹⁰² Su tale aspetto, efficacemente, ma lasciando in ombra l'altra finalità dell'istituto, M.L. DI BITONTO, *Giudice dell'esecuzione e art. 13 CEDU (Argomenti a sostegno delle conclusioni del P.M. d'udienza disattese da Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano)*, in *Cass. pen.*, n. 6/2013, 2513 ss.

¹⁰³ Un'ipotesi in campo potrebbe essere quella di reclamare una sentenza 'additiva' volta a riconoscere al giudice dell'esecuzione la titolarità di poteri commisurativi che gli consentano la rimodulazione della pena inflitta sulla base di norma sostanziale, diversa da quella incriminatrice, dichiarata incostituzionale (di tale opinione, per es., M. GAMBARDILLA, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge «Finini-Giovanardi»*, cit., 7), da esercitare, se del caso, in ossequio ad un vincolo di proporzionalità con gli esiti cui, in punto di commisurazione della pena, sia addivenuto il giudice della cognizione.

Si pone il problema relativo alle *forme processuali* con le quali investire il giudice dell'esecuzione della questione e quello relativo ai criteri che il giudice dell'esecuzione dovrebbe utilizzare per intervenire sulla pena inflitta in applicazione della disciplina sfavorevole A. NATALE, *La Consulta boccia la Fini-Giovanardi. Ovvero: quando la gatta frettolosa fa i gattini ciechi. Ovvero: della miopia delle istituzioni*, su www.magistraturademocratica.it (corsivo originale).

¹⁰⁴ Che, però, a causa della sua peculiare struttura ermeneutica (non rigida) si presterebbe a facili 'elusioni', magari a mezzo di una 'validazione' sistematica tratta proprio dalla disciplina di cui all'art. 2 c.p.

¹⁰⁵ Questi, d'altronde, insieme all'art. 27, co. 3, Cost., i parametri invocati da Trib. Torino, (sez. III pen., 27 giugno 2011, Giud. Natale) nell'ordinanza di rimessione sfociata in Corte cost. n. 230/2012. Su quest'ultima, vd., tra gli altri e con diversità di accenti, O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, cit.; V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3-4/2012, 164 ss.; N. PERLO, *La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux: un «barrage contre le Pacifique»?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 95/2013, 717 ss.; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale («a prima lettura» di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.dirittoconparati.it, 15 ottobre 2012; e, volendo, V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionale all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 5/2012, 3474 ss.;

¹⁰⁶ Cfr. G. ROMEO, *Poteri del giudice dell'esecuzione e dichiarazione di incostituzionalità di norma penale non incriminatrice*, cit., 16.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., ord., n. 211 del 2011. La possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione venne poi consacrata da Cass., S.U., 20 dicembre 2005-6 febbraio 2006, n. 4687, su cui cfr. G. RANALDI, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, in *Giur. it.*, n. 3/2007, 727 ss. Meno probabile invece una dichiarazione di inammissibilità per assenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata sulla falsariga del paradigma argomentativo di Corte cost. n. 115 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, 836 ss. con nota di L. Russo.

assenza, ci pare, dei relativi presupposti¹⁰⁸ – l'impercorribilità di un'interpretazione analogica in chiave costituzionalmente orientata¹⁰⁹.

E, a quel punto, forse, all'orizzonte dei giuristi¹¹⁰ s'intravedrebbe la difficoltà di perorare la causa della "fissità" di un giudicato ormai privo di *auctoritas*.

¹⁰⁸ In realtà, come è noto, è proprio su tale versante che si fronteggiano le contrapposte tesi di coloro che reputano plausibile, oltre che dovuta, un'interpretazione estensivo-analogica dell'art. 673 c.p.p. (cfr., per es., le posizioni di M.L. DI BITONTO, *Giudice dell'esecuzione e art. 13 CEDU*, cit.; S. ZIRULLA, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità? L'efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità di fronte al giudicato penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2010) e coloro che opinano nel senso che il dato letterale sia ostativo ad una torsione ermeneutica, in chiave adeguatrice, della richiamata disposizione codicistica, in specie per l'assenza di lacuna normativa (M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 161 ss., 195 ss., Id., *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi"*, cit., 7).

¹⁰⁹ In generale, sulla problematica individuazione, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte, dei casi in cui il compito di interpretazione conforme spetti ai giudici comuni e di «quale sia invece l'area in cui permane il monopolio della Corte costituzionale», vd. M. BERTOLINO, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2013, 1253 ss.

¹¹⁰ Il riferimento è al titolo del contributo di G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, cit.