

Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*

di Cristiano Cupelli – Professore associato di Diritto penale, Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

ABSTRACT: Taking the cue from the order number 24 of 2017 delivered by the Italian Constitutional Court, the paper analyses the troublesome compatibility between the revival of a provision repealed by a law which has been declared unconstitutional, determining effects partially *in malam partem*, and the guarantee enshrined in Art. 25, par. 2, of the Italian Constitution, also in relation to the limits of the Constitutional Court and the prerogatives of the Italian Parliament in criminal matters.

SOMMARIO: 1. L’ordinanza n. 184 del 2017 della Corte costituzionale – 2. La questione. – 3. I tre piani della manifesta inammissibilità. – 4. Reviviscenza e riserva di legge in materia penale. – 4.1. Il presupposto dello scontro: gli effetti della sentenza n. 32 del 2014. – 4.2. La problematica compatibilità. – 4.3. Le differenze rispetto alla sentenza n. 5 del 2014. – 5. Una peculiare capacità di resistenza per la norma che rivive?

1. L’ordinanza n. 184 del 2017 della Corte costituzionale

L’ordinanza n. 184 del 2017, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità dell’articolo 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 sollevate dalla Corte di Cassazione¹, si segnala non solo quale momento di frizione nei rapporti fra giudici costituzionali e di legittimità ma soprattutto in quanto ripropone il tema della compatibilità tra la reviviscenza – con effetti (parzialmente) *in malam partem* – di una norma abrogata da una legge ritenuta incostituzionale e la *ratio* di garanzia sottesa all’art. 25, comma 2 Cost., intrecciando i limiti del sindacato di costituzionalità in materia penale e le prerogative della riserva di legge nella determinazione delle scelte di politica criminale.

* Questa *Nota* è destinata alla pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4/2017; ringrazio il Prof. Alessandro Pace per l’autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede. Il lavoro è stato referato dalla Direzione della Rivista.

¹ Un primo commento all’ordinanza in P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l’inoppugnabilità e conferma l’esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi «tamquam non essent» anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017, 1 ss.

2. La questione

La vicenda s'inquadra nel magmatico terreno del trattamento sanzionatorio delle sostanze stupefacenti², ricollegandosi agli effetti prodotti dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale³.

La Sesta Sezione penale della Cassazione, con un'articolata ordinanza di rimessione⁴, ha dubitato della legittimità costituzionale del menzionato art. 73, comma 1, nella parte in cui – a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – prevede oggi la pena minima edittale di anni otto di reclusione, in luogo di quella di sei anni, introdotta dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modifiche, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49.

L'asserito contrasto è ravvisato, in particolare, rispetto all'art. 25, comma 2 Cost. L'odierno minimo edittale non appare infatti il frutto di una scelta legislativa, ma della «re-introduzione» nell'ordinamento giuridico di una disposizione *in malam partem*, per effetto di una sentenza costituzionale, che violerebbe il principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., da ritenere prevalente rispetto all'art. 77, comma 2, Cost., in nome del quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005.

Secondo i giudici *a quibus*, pur potendo le sentenze costituzionali «essere considerate quali vere e proprie fonti del diritto penale», esse, nella gerarchia delle fonti, non sono equiparabili a norme costituzionali, dovendo piuttosto essere assimilate a leggi ordinarie; con l'effetto che «l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale», in virtù della quale «gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legislatore parlamentare». Alla luce di ciò, «lo scrutinio di costituzionalità – sebbene suscettibile di riverberare in una decisione *in malam partem* – sarebbe consentito solo e soltanto con riguardo alle norme penali di

² Da ultimo, affronta i molteplici risvolti problematici – anche in chiave di compatibilità costituzionale – della disciplina penale degli stupefacenti M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma 2017, *passim*.

³ Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.; nella riflessione penalistica, sugli effetti (soprattutto intertemporali) della sentenza, v., per tutti, V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. «Fini-Giovanardi»: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014; M. GAMBARDELLA, *La sequenza «invalidità» e «reviviscenza» della legge all'origine del «nuovo» sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.* 2014, 1132 ss.

⁴ Cass. pen., Sez. VI, ord. 13 dicembre 2016 (dep. 12 gennaio 2017), n. 1418, in *Cass. pen.* 2017, 556 ss., con note di M. GAMBARDELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, ivi, 568 ss. e P. MILAZZO, *La Corte di Cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all'esame della Corte costituzionale: fra riserva di legge penale, vizi del procedimento legislativo e giudicato costituzionale*, ivi, 1444 ss.; un commento all'ordinanza anche in C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe «pesanti»? Tre questioni all'esame della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 67 ss.

favore in senso stretto, e cioè a quelle che introducono una disciplina speciale rispetto a una disciplina generale» ma non già nelle ipotesi di norme generali favorevoli, quale dovrebbe essere considerato l'art. 73, comma 1.

3. I tre piani della manifesta inammissibilità

Ferma e stringata la replica che la Corte costituzionale condensa nell'ordinanza in commento.

Schematizzando, il percorso motivazionale si articola su tre piani, tutti protesi verso la manifesta inammissibilità della questione:

a) anzitutto, per un *deficit* di rilevanza (ai sensi dell'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953, n. 87), dal momento che la questione concerne un contenuto normativo legato al compimento di un atto processuale inserito in una fase successiva a quella in cui versa il giudizio *a quo*⁵;

b) inoltre, per una «intima contraddittorietà della motivazione, in quanto da un lato il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale costituirebbero fonti del diritto equiparate alla legge e, dall'altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.»;

c) infine, poiché integra un improprio tentativo di impugnazione, diretto a «contestare l'affermazione della sentenza n. 32 del 2014 (...) sulla ripresa dell'applicazione della normativa precedente a quella dichiarata costituzionalmente illegittima ex art. 77 Cost. data l'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi», in violazione dell'art. 137, comma 3, Cost. (secondo cui «[c]ontro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione»); tentativo peraltro fondato «su una motivazione contraddittoria e illogica», dal momento che «lo stesso giudice *a quo* vorrebbe far salvi gli effetti *in bonam partem* della medesima sentenza n. 32 del 2014, connessi alla ripresa di vigore della precedente disciplina sanzionatoria sui fatti non lievi riguardanti le cosiddette droghe leggere».

4. Reviviscenza e riserva di legge in materia penale

Al di là del tono assertivo e assai poco conciliante delle argomentazioni, la questione, così come prospettata, stimola talune osservazioni, con particolare riferimento alla scelta operata dai giudici

⁵ Da una parte, infatti, si legge nell'ordinanza n. 184 del 2017, la Cassazione non sarebbe chiamata a dare applicazione della norma sanzionatoria censurata, «la quale verrà in rilievo nella successiva fase del giudizio di rinvio davanti al giudice di merito, alla cui cognizione dovrà essere eventualmente rimessa la determinazione della pena a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado, impugnata per inosservanza o erronea applicazione di legge e contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche e alla riqualificazione del fatto»; dall'altra, poi, «laddove la prospettiva decisoria del giudice *a quo* fosse quella del rigetto o della inammissibilità del ricorso», non potrebbe «in alcun modo venire in discorso il punto relativo al trattamento sanzionatorio, che neppure costituisce oggetto di devoluzione da parte del ricorrente».

costituzionali in relazione all'effetto derivante dalla dichiarazione d'illegittimità della norma abrogante e alle ricadute sul sistema delle fonti.

4.1. Il presupposto dello scontro: gli effetti della sentenza n. 32 del 2014

In quest'ottica, occorre tornare al *presupposto* della vicenda, e cioè alla più volte evocata sentenza n. 32 del 2014.

Come si ricorderà, in tale pronuncia la Corte costituzionale, accogliendo i dubbi sollevati dalla Terza Sezione penale della Cassazione⁶ in merito alla compatibilità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 - entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49⁷ - con l'art. 77, comma 2 Cost., ha rilevato l'estraneità - rispetto all'oggetto, alle finalità e alla *ratio* dell'originale decreto-legge - delle norme inserite in sede di conversione. È stata così censurata l'assenza di ogni nesso d'interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate - con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefacenti, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere - e quelle originarie del decreto-legge, ritenendo le prime, in difetto del nesso logico-giuridico richiesto dall'art. 77, comma 2 Cost., adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittime.

Nel caso di specie si combinavano alcuni tra i fattori patologici che alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo nell'utilizzo degli atti aventi forza di legge: il ricorso, nella fase di conversione in legge, a un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto eterogeneo rispetto al decreto, supportato dal voto di fiducia, con elisione del dibattito in aula sul testo da approvare e conseguente vanificazione della potenzialità garantista del confronto parlamentare. Le criticità denunciate nella pronuncia sono state rapportate alla fase che rappresenta - per chi annovera il decreto-legge tra le fonti del diritto penale - il momento di 'recupero' della compatibilità con la riserva, quella cioè della *conversione in legge*.

Il passaggio significativo è quello volto a riconnettere i vizi *in procedendo* (individuati nella disomogeneità degli emendamenti e nel ricorso a maxi-emendamenti, voto di fiducia e voto bloccato) non solo all'interruzione del «legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere e i provvedimenti provvisori con forza di legge», ma anche alle frizioni con la garanzia di effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali. Opzioni che peraltro, nella circostanza, risultano fortemente intrise di *politicalità*:

⁶ Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, in *Cass. pen.* 2013, 3405 ss.

⁷ Come è noto, il primo articolo ha modificato l'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 di tale norma, ha parificato ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste dalle tabelle II e IV di cui al previgente art. 14 a quelle delle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni, mentre il secondo ha sostituito gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle.

richiamando le parole della Corte, infatti, con gli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* si è operata una «innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni, sia sotto quello sanzionatorio», realizzando una «penetrante e incisiva riforma coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica», che «avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge *ex art. 72 Cost.*».

Tutto ciò va evidentemente rapportato alle specificità della riserva di legge in materia penale, quale presidio della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali, all'esito di un percorso dialettico assicurato da taluni essenziali crismi procedurali, idonei a imporre legittimamente restrizioni al bene primario della libertà personale. In questa prospettiva, non paiano coerenti le scelte penali adottate in sede di conversione, mediante emendamenti disomogenei, per di più introdotti con voto bloccato dalla questione di fiducia.

4.2. La problematica compatibilità

Tornando alla questione sollevata nell'ordinanza in commento, le pur convincenti conclusioni della sentenza n. 32 del 2014 su ruolo e peso della riserva di legge non attenuano i dubbi in merito al meccanismo ripristinatorio che la Corte costituzionale riconduce alla dichiarazione d'incostituzionalità. La reviviscenza della normativa in materia di stupefacenti abrogata dalla legge ritenuta viziata, comporterebbe, infatti, il ripristino – con riferimento al minimo editale per le c.d. 'droghe pesanti' – di un trattamento penale più gravoso rispetto a quello introdotto dalla legge ritenuta incostituzionale⁸.

⁸ Con riferimento all'ammissibilità e ai limiti della reviviscenza di una norma abrogata da norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima, il dibattito, nella dottrina costituzionalistica, è vivo (una ricostruzione, in termini generali, in A. CELOTTO, voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Roma 1998, 5 e A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione. La reviviscenza di norme abrogate*, Torino 1988, 9 ss.; più di recente, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano 2012, 398 ss. e, da ultimo, N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino 2017, 147 ss.). La tesi che nega in radice tale possibilità fa perno, essenzialmente, da un lato sulla presunta *definitività dell'effetto abrogativo*, che lo renderebbe, quale rapporto esaurito, non rimuovibile neppure dalla successiva declaratoria di incostituzionalità (F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da leggi dichiarate incostituzionali*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova 1972, 662 ss.; P. A. CAPOTOSTI, *Problemi relativi alla definizione dei rapporti tra testi unici di leggi e disposizioni normative preesistenti*, in *Giur. cost.*, 1969, 1409), e, dall'altro, sulla natura della legge dichiarata incostituzionale, ritenuta solo invalida e pertanto idonea ad aver prodotto l'effetto abrogativo (F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano 1962, 976).

Sembra, però, riscuotere oggi maggiori consensi la tesi secondo cui, per decidere della reviviscenza della norma abrogata, occorre distinguere *caso per caso*, tenendo conto cioè delle *ragioni* attinenti alla caducazione, ovvero sia del tipo di vizio nello specifico rilevato (in questa direzione, seppure con percorsi argomentativi non coincidenti, tra gli altri, A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 48 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1429 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *A proposito di due leggi in frode alla Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1973, 453; L. GUGLIELMI,

Il dubbio principale riguarda la compatibilità della reviviscenza con la stessa idea forte della riserva di legge valorizzata nella pronuncia. Mettere in discussione siffatta compatibilità, tuttavia, non implica un impedimento al sindacato della Corte, *(ri)legittimando* la creazione di zone franche dell'ordinamento; semplicemente, limitando in tali casi il fenomeno, si potrebbe restituire al legislatore il compito di riempire il vuoto normativo derivante dall'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità (se del caso con l'attivazione delle procedure abbreviate di cui all'art. 72, comma 2 Cost.)⁹.

Nella sentenza n. 32 la Corte costituzionale – pur senza testualmente parlare di «reviviscenza»¹⁰ – non pare, almeno all'apparenza¹¹, nutrire incertezze sulla possibilità di far rivivere la normativa

Dichiarazione di illegittimità costituzionale e reviviscenza di leggi abrogate, in *Annali dir. pubbl. Roma*, 1969-70, 1970, 375 ss).

Va segnalata, inoltre, la posizione di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, *La formazione delle leggi*, tomo I, 2, Bologna – Roma, 2005, p. 654 ss., il quale – muovendo dall'ipotesi di abrogazione (per via referendaria) della disposizione meramente abrogativa di altra disposizione meramente abrogativa (e cioè non accompagnata da espressa nuova disciplina della materia) – si interroga sul riconoscimento o meno della reviviscenza e sui relativi limiti, ritenendo che essa, «determinandosi *ex nunc*, non comporti il venir meno di tutti gli effetti prodotti dalla legge meramente abrogativa poi abrogata, poiché tale legge ha comunque determinato l'inefficacia della legge precedente, almeno nel periodo intercorrente tra la propria entrata in vigore e la propria abrogazione» (657).

Secondo taluno, poi, non dovrebbe neppure parlarsi, a stretto rigore, di reviviscenza allorché la norma abrogatrice sia da considerarsi del tutto nulla-inesistente, e dunque inefficace *ab origine*. In tal caso, peraltro, l'accertamento della nullità-inesistenza della norma sopravvenuta non potrebbe ritenersi compatibile con la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale, in ragione della paradossale sovrapposizione della «cessazione» dell'efficacia di una norma che non ha mai avuto efficacia (G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli 2012, spec. 255 ss.). Ad opposte conclusioni, nel senso della sicura reviviscenza della norma abrogata da legge *nulla-inesistente* (in quanto tale incapace di produrre alcun effetto sostanziale, tanto meno quello abrogativo), E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1974, 213 ss. Pone in rilievo le incongruenze del sintagma «legge nulla-inesistente» - riconducibile al pensiero di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano 1964, 231 ss. (ripreso, fra gli altri, da F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. II, Milano, 1970, 297 ss.) – A. PACE, *La legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 2010, 5101 ss. e ID., *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, ivi, 2011, 1708 ss. (ma già in precedenza in ID., *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civili della Pubblica Amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, ivi, 1962, 1229 ss.), «perché o un atto è nullo (e quindi invalido ma esistente) oppure inesistente. Non può essere le due cose insieme, tanto più quando l'ordinamento attribuisce rilevanza a tale distinzione (che altrimenti avrebbe un'importanza meramente empirica)»; nello stesso senso, anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 258.

⁹ Un'ampia tematizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, con riferimento anche alle dinamiche – e alle sottese problematiche – della pubblicazione delle sentenze di accoglimento «nell'era digitale», in A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Giur. cost.*, 2014, 4831 ss.

¹⁰ Si parla infatti dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, *torna a ricevere applicazione ovvero riprende applicazione*.

¹¹ A voler essere maliziosi, è forse possibile cogliere, tra le righe della sentenza, qualche margine di dubbio, se è vero che si è sentita l'esigenza di paventare – a supporto della soluzione prospettata – il rischio, qualora «non si

abrogata. L'opzione politico-criminale di fondo – questo è l'argomento – rimane comunque appannaggio del potere legislativo¹², dal momento che non è la Corte, ma la precedente legge abrogata – rivivendo – a (tornare a) governare la materia degli stupefacenti, posto che «la decisione della Corte (...) non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore».

L'assunto, nella sua apparente linearità, non convince del tutto. E il caso degli stupefacenti ne offre un'esemplificazione lampante: la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era con tutta evidenza orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti: assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata a una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata. Così la Corte, dichiarando l'illegittimità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* per un vizio di carattere *formale* - che investe non la razionalità dei contenuti punitivi, ma solo la modalità procedurale con la quale sono stati assunti – finisce, sancendo la reviviscenza, per intaccare anche la *sostanza*. A conferma dello stravolgimento della logica punitiva, si possono considerare le complessive *difficoltà di gestione*, anche interpretative, insorte a seguito della reviviscenza, riconducibili alla riapplicazione di norme da tempo abrogate e quindi espressione di differenti contesti socio-politici e di superate esigenze repressive.

In definitiva, non sembra sufficiente, come ritiene invece la Corte, l'ancoraggio a un momento puramente formale – il richiamo a un qualunque atto legislativo – per salvaguardare le prerogative della riserva di legge in una materia, quella penale, nella quale, come è ben noto, il profilo di garanzia della fonte di produzione legislativa è funzionalizzato all'esistenza di un consenso espresso sulla sostanza della scelta politica, nei modi e nei termini della dialettica parlamentare. È indubbio che l'esistenza di un vizio *in procedendo*, riguardando la modalità della scelta politico-criminale (quella modalità *viziata* che comprime le prerogative parlamentari), possa determinare l'elusione, nella sostanza, della stessa finalità garantista della riserva di legge; coerentemente, non potrà dirsi sufficiente il rispetto del solo piano formale (richiamando una precedente «disciplina stabilita dal legislatore») per ritenere automaticamente salvaguardata anche la legalità sostanziale, qualora essa, come nel caso scrutinato, non corrisponda più all'attuale volontà politica del legislatore.

4.3. Le differenze rispetto alla sentenza n. 5 del 2014

In questa chiave di lettura, va inquadrata l'insistenza della Cassazione nel segnalare – nell'ordinanza di rimessione del dicembre 2016 – le differenze fra la sentenza n. 32 e la di poco

determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990», di una possibile illegittimità costituzionale, per violazione, *ex artt.* 11 e 117 Cost., di obblighi di penalizzazione comunitaria.

¹² In questo senso, M. GAMBARDELLA, *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.*, fasc. 1/2014, 7.

precedente sentenza n. 5 del 2014¹³, nella quale era stata dichiarata l'illegittimità per violazione dell'art. 76 Cost. (carenza della necessaria delega) dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici. In questo caso, infatti, l'incostituzionalità, collegata a un abuso perpetrato dal potere esecutivo, è stata riconosciuta sul presupposto che la norma favorevole fosse stata emanata *in assenza di potere legislativo*, senza, di conseguenza, alcun margine d'invocabilità del principio della riserva di legge in materia penale. L'effetto *in malam partem* che ne era inevitabilmente derivato si poneva dunque *non in contrasto* con la riserva di legge, quanto a *salvaguardia* della stessa.

Chiarisce in merito la Corte costituzionale che «se si escludesse il sindacato sugli atti legislativi adottati dal governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti». Con la conseguenza 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 (...) non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale», il quale «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 «strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale» e «non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*». In caso contrario, ci si esporrebbe al rischio «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, comma 2 Cost.».

A prescindere dai possibili risvolti, quindi, l'esito della pronuncia è quello di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare. Del resto, come si sa, i limiti del sindacato della Corte attengono al rispetto delle prerogative del potere legislativo nelle scelte politico-criminali e non possono essere estesi alle scelte compiute dall'esecutivo: scelte che peraltro – nel caso di eccesso di delega – sono effettuate in contrasto con quelle del Parlamento o, quantomeno, *a sua insaputa*.

Diversamente, nel caso oggetto dell'ordinanza annotata e prima ancora della sentenza n. 32 del 2014, la norma di cui al citato art. 4-bis è stata introdotta dal Parlamento quale disposizione aggiuntiva (seppure disomogenea e viziata) rispetto a quelle presenti nel decreto legge da convertire in legge. In altri termini, la norma (generale favorevole) non è stata adottata da parte del Governo senza delega, ma pur sempre dal Parlamento, sebbene viziata sul piano procedurale e dunque in

¹³ La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, ivi, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, ivi, 3587 ss.

contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost.: a fronte di una declaratoria d'incostituzionalità, gli effetti non possono che essere differenti.

Il punto centrale della distinzione si coglie nel riflesso del vizio procedimentale sul fondamento di garanzia della riserva di legge. In caso di carenza di delega, l'effetto *in malam partem* è del tutto disancorato da qualsivoglia scelta politico-criminale del Parlamento. Nel caso della reviviscenza a seguito di vizio nel procedimento di conversione in legge, invece, l'effetto è svincolato da tale garanzia, in considerazione del fatto che è comunque ravvisabile – seppure viziata – una deliberazione del Parlamento, in considerazione di un assetto politico-criminale diverso (e parzialmente più favorevole) rispetto a quello ripristinato dalla Corte costituzionale¹⁴.

5. Una peculiare capacità di resistenza per la norma che rivive?

Un'ultima chiosa su uno snodo preliminare. Alla luce di quanto sin qui sostenuto, integra davvero, come ritenuto dalla Corte costituzionale, un «improprio tentativo d'impugnazione, in violazione dell'art. 137, terzo comma Cost.», della sentenza n. 32 del 2014?

Pur se la motivazione dell'ordinanza da cui si è partiti, nella sua perentorietà, è addirittura *tranchant*, qualche perplessità residua e si lega al fatto che il giudice *a quo*, nel prospettare la questione, non pare contestare – e dunque impugnare – la sentenza n. 32 del 2014 e il suo oggetto, né tantomeno revocare in dubbio la persuasività della sanzione dell'illegittimità per i ravvisati vizi procedimentali. Sembra invece individuare nella norma sanzionatoria che fissa oggi il limite edittale minimo dell'art. 73, come scaturita dalla pronuncia d'incostituzionalità un vizio 'genetico' e una lesione 'sostanziale' dell'art. 25 Cost.: questo appare il vero oggetto della doglianza.

In sostanza, l'intervento della Corte era stato invocato non con riferimento alla revisione di una precedente pronuncia, sulla quale è sceso il giudicato costituzionale, quanto piuttosto in una diversa richiesta di scrutinio costituzionale¹⁵, al metro dei principi del diritto penale, di una *norma attualmente e pienamente vigente*, che concerne il trattamento sanzionatorio del reato previsto dall'art. 73, comma 1 e che rivive nell'ordinamento per effetto della sentenza n. 32.

¹⁴ Su tali presupposti la Cassazione ha ravvisato – nell'ordinanza di rimessione – un possibile contrasto tra principi costituzionali: da un lato, la riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, comma 2; dall'altro, le disposizioni che regolano la formazione delle fonti normative, tra le quali assume rilievo – in questo caso – l'art. 77, comma 2 Cost. Con la precisazione che il principio fissato nell'art. 25, comma 2, «mentre non ha ragione di essere invocato nel caso dell'esercizio extra delega della funzione legislativa da parte del Governo - organo costituzionale privo di un potere normativo "originario", essendo ammesso ad esercitare soltanto un potere legislativo "derivato" da quello parlamentare -, in quanto, in tale ipotesi, non v'è, in effetti, un esercizio del potere legislativo su cui poggiare detta riserva, deve essere affermato in tutta la sua pienezza, o comunque prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante, allorché si tratti dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento, cioè dell'organo investito secondo Costituzione del potere di introdurre le norme penali nel sistema giuridico» (§ 9.3).

¹⁵ Sulla possibilità di prospettare nuovamente questioni di legittimità costituzionale su una disposizione già dichiarata incostituzionale, A. PACE, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, «riconsiderazione» del decisum?*, in *Giur. cost.*, 2001, 715 ss.

Del resto, non può certo ritenersi che la reviviscenza di una norma abrogata produca, come conseguenza ulteriore, la sottrazione della relativa disciplina – quale “zona grigia” dell’ordinamento – al vaglio della Corte, a meno di non volere riconoscere alla *norma che rivive* una peculiare capacità di resistenza *persino* al sindacato di costituzionalità¹⁶.

¹⁶ Capacità di resistenza peraltro implicitamente negata dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 7 giugno – 13 luglio 2017, n. 179 (cfr. *retro*), sempre relativa al trattamento sanzionatorio dell’art. 73, comma 1 del d.P.R. n. 309 del 1990, ove, nel dichiarare inammissibile le questioni di legittimità sottoposte al suo esame, conclude con un «pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell’art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990».