

Collana Studi e Ricerche 56

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti

Marco Gambardella



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2017

Copyright © 2017

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

ISBN 978-88-9377-007-1

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi microfilm, film, fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi. L'editore è a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per eventuali involontarie omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti e/o delle foto.

All Rights Reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopy, recording or any other information storage and retrieval system, without prior permission in writing from the publisher. All eligible parties, if not previously approached, can ask directly the publisher in case of unintentional omissions or incorrect quotes of sources and/or photos.

In copertina: *Dioniso seduto che porge un kantharos*. Interno di un piatto attico a figure nere di Psiax, circa 520-500 a.c. (provenienza Vulci, Italia), British Museum (foto di Marie-Lan Nguyen).

*Ogni uomo, e ogni vita,
contiene in sé molto più
di quello che esprime*

(GIUSEPPE SERMONTI,
Una scienza senz'anima,
Lindau, 2008)

Indice

Introduzione	1
1. La sentenza n. 32 del 2014 e l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge "Fini Giovanardi"	9
1.1. Il modello del proibizionismo e i recenti tentativi di riforma. Il testo dell'Intergruppo parlamentare	9
1.2. L'evoluzione storica della legislazione sugli stupefacenti	15
1.3. La parificazione tra droghe "leggere" e "pesanti" con la legge "Fini-Giovanardi"	18
1.4. La reviviscenza delle norme abrogate	22
1.5. Reviviscenza e riserva di legge in materia penale	26
1.6. L'illegittimità costituzionale dell'art. 75-bis t.u. stup. in tema di misure di prevenzione atipiche	31
2. La nuova incriminazione del fatto di lieve entità	37
2.1. La trasformazione della circostanza in autonoma figura di reato	37
2.2. La declaratoria di incostituzionalità e la sopravvivenza della nuova figura di reato <i>ex art. 73 comma 5</i>	44
2.3. Il dubbio di costituzionalità sull'attuale comma 5 dell'art. 73	46
2.3.1. La pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 23/2016)	49
2.4. La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità	53

2.5. L'associazione finalizzata a fatti di lieve entità (art. 74, comma 6)	55
3. Le condotte sanzionate dall'art. 73 t.u. stup. La "non punibilità" dell'uso personale. L'aggravante dell'ingente quantità	59
3.1. Il ripristino <i>in peius</i> della cornice sanzionatoria del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup.	59
3.2. Le condotte sanzionate in via alternativa dall'art. 73 t.u. stup. La droga c.d. "parlata"	63
3.3. La contemporanea detenzione di sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse	66
3.4. L'uso personale di sostanze stupefacenti	71
3.5. La coltivazione per uso personale	77
3.6. La circostanza aggravante dell'ingente quantità e gli effetti della sentenza costituzionale n. 32 del 2014	79
3.7. Annullamento e ripristino della tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006	85
4. I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati	91
4.1. I "fatti concomitanti" alla vigenza della norma favorevole incostituzionale. I "fatti pregressi". I "fatti successivi"	91
4.2. Reintroduzione del trattamento sanzionatorio più favorevole e annullamento delle sentenze di condanna	95
4.3. La mancata verifica di una vicenda di successione di leggi	96
4.4. Fatti di lieve entità e <i>lex mitior</i>	99
4.5. La continuazione tra reati in cui le violazioni-satellite concernono droghe "leggere"	102
5. I ricorsi per cassazione: inammissibilità, prescrizione, patteggiamento	111
5.1. Inammissibilità del ricorso e illegalità della pena	111
5.2. Inammissibilità del ricorso e legge sopravvenuta favorevole	116

5.3. Ripristino della disciplina favorevole e prescrizione	119
5.4. Le sentenze di patteggiamento antecedenti alla pronuncia di incostituzionalità n. 32 del 2014	122
5.4.1. L'orientamento che esclude l'illegalità della pena	125
5.4.2. Le Sezioni unite "Jazouli" del 2015	127
5.5. La nuova tipologia di pronunce della Settima sezione della Corte di cassazione	130
6. Gli effetti della disciplina favorevole sulle condanne irrevocabili	133
6.1. I "fatti" riguardanti la disciplina degli stupefacenti e già giudicati con pronuncia definitiva	133
6.2. La distinzione tra il fenomeno dell'abrogazione e quello dell'annullamento di una norma per illegittimità costituzionale	136
6.3. Incostituzionalità di norma penale "non incriminatrice" e immutabilità del giudicato	141
6.4. La vicenda dei cosiddetti "fratelli minori di Scoppola"	145
6.5. La pronuncia della Corte costituzionale n. 210 del 2013	152
6.6. Il problema della rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio <i>a quo</i>	156
6.6.1. La preclusione per il giudice dell'esecuzione di impugnare disposizioni primarie già applicate in fase di cognizione	161
6.7. La sentenza delle Sezioni unite "Ercolano"	166
6.8. Le Sezioni unite "Gatto" e il definitivo superamento dell'intangibilità del giudicato	168
6.9. La nuova lettura dell'art. 30 l. n. 87 del 1953 è frutto di "creazione" e non già di "interpretazione" giurisprudenziale	178
7. La rideterminazione della pena in fase esecutiva	187
7.1. Legalità della pena e giudicato	187
7.2. Pena illegale e invalidità della legge	192
7.3. Pena incostituzionale, pena illegale in senso stretto, pena non più vigente	195

7.4.	La rimodulazione in sede esecutiva della pena illegale derivante da giudizio ordinario	198
7.5.	L'illegalità della pena applicata con la sentenza di patteggiamento irrevocabile	204
7.6.	Le Sezioni unite "Marcon" e la rinnovazione dell'accordo in sede esecutiva attraverso la disciplina dell'art. 188 disp. att.	209
	7.6.1. Gli esiti del caso "Marcon"	214
7.7.	La riparazione del danno da errore del legislatore?	215
8.	Il ripristino delle tabelle degli stupefacenti e la rilevanza penale dei fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014	219
8.1.	Il d.lg. n. 36 del 2014 e il ripristino delle tabelle caducate	219
8.2.	La tesi della parziale <i>abolitio criminis</i>	223
8.3.	La nozione legale di sostanza stupefacente	226
8.4.	La deroga alla retroattività <i>in mitius</i>	233
8.5.	La rimessione alle Sezioni unite	237
8.6.	Le Sezioni unite "De Costanzo" decidono per l'irrilevanza penale delle sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle successivamente all'entrata in vigore della legge "Fini-Giovanardi"	239
8.7.	La questione risolta dalle Sezioni unite "De Costanzo" osservata da una diversa angolazione	243
9.	La normativa internazionale e eurounitaria. I vincoli per il legislatore interno	247
9.1.	Premessa. La scomparsa delle decisioni-quadro e la loro disciplina transitoria	247
	9.1.1. La proposta di Direttiva in materia di <i>illicit drug trafficking</i>	252
9.2.	Il controllo di costituzionalità delle norme interne che contrastano con atti normativi europei privi di efficacia diretta	256
	9.2.1. La distinzione tra effetti <i>in bonam</i> e <i>in malam partem</i> delle pronunce costituzionali	261

9.3. Gli obblighi di penalizzazione europei e la sentenza costituzionale n. 32 del 2014	268
9.4. Il nuovo delitto per fatti di lieve entità e la perdurante unificazione tra droghe leggere e droghe pesanti	272
9.5. I limiti edittali nel fatto di lieve entità e la decisione-quadro del 2004	276
9.6. La preclusione di sentenze additive in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata (Corte cost. n. 23/2016)	282
9.6.1. I limiti edittali di pena dell'art. 73 comma 1, la decisione-quadro del 2004 e l'art. 49 Carta UE	285
9.7. La detenzione e la coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale alla luce degli atti internazionali e comunitari	287
9.7.1. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità in rapporto alla normativa sovranazionale	292
9.8. Il sistema tabellare. L'aggiornamento degli elenchi a seguito dell'evoluzione in ambito internazionale	298
Bibliografia	305

Introduzione

Il lavoro prende le mosse dalle conseguenze scaturite da alcuni importanti e recenti avvenimenti, che hanno inciso in profondità – seppure in maniera non del tutto organica – sulla materia degli stupefacenti.

Ora, le novità che si sono avute a proposito del testo unico n. 309 del 1990, hanno dato luogo a numerose questioni di ordine interpretativo. E le soluzioni fornite dalla giurisprudenza (talvolta “a Sezioni unite”) e dalla dottrina a tali cruciali questioni, si sono riverberate in modo decisivo sull’assetto complessivo del sottosistema penale degli stupefacenti.

Lo specifico ordinamento degli stupefacenti appare tuttavia ancora in movimento, non completamente assestato: basti pensare al recente disegno di legge volto a introdurre un sistema di legalizzazione delle droghe leggere; o alla necessità di apprestare strumenti di tutela più efficaci per combattere, nel campo del narcotraffico, le organizzazioni criminali dotate di forti connotazioni transnazionali.

Prima di realizzare ulteriori modifiche normative, sembra però necessaria una più attenta riflessione. Una riflessione volta ad evitare in futuro situazioni di *caos* nella prassi giudiziaria, come quelle appena prodottesi a seguito di tali recenti avvenimenti. Va infatti indagato intorno all’esistenza, in materia di produzione e traffico di stupefacenti, di eventuali limitazioni alla discrezionalità legislativa derivanti da fonti sovranazionali. A mo’ di esempio: nella decisione-quadro 2004/757/GAI si sottolinea come per stabilire “l’entità della pena” bisognerebbe tener conto, tra l’altro, della “natura” degli stupefacenti oggetto di traffico o produzione illecita (quinto “considerando”); sempre nella decisione-quadro del 2004, in tema di sanzioni, si

richiedono poi agli Sati membri pene detentive maggiormente rigorose per gli «stupefacenti più dannosi per la salute» (art. 4); inoltre, dalle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia traspare la necessità di una misura sanzionatoria (seppure non per forza penale) in caso di detenzione per consumo personale dello stupefacente.

Occorre poi chiarire se sia necessario prevedere – là dove si decida di modificare ancora il sistema degli stupefacenti – una “disciplina transitoria”. In questa delicata materia, le riforme legislative dovrebbero sempre essere accompagnate da specifiche indicazioni normative, affinché sia evitato che si producano esiti non valutati a fondo e dei quali a volte nemmeno la Corte costituzionale può farsi carico.

Come è noto, tutto ha avuto origine dalla questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto i mutamenti apportati all'art. 73 t.u. stup. dalla c.d. legge “Fini-Giovanardi” (d.lg. n. 272 del 2005 convertito con modificazioni dalla l. n. 49 del 2006). Con la sentenza n. 32 del 2014 la Corte ha dichiarato incostituzionale la disciplina immessa dalla legge n. 49 del 2006, ripristinando le norme da quest'ultima legge abrogate, che differenziavano sotto il profilo del trattamento sanzionatorio le droghe “leggere” dalle droghe “pesanti” (c.d. legge “Iervolino-Vassalli”).

In realtà, il Parlamento ha usato nel 2006 in modo improprio il potere che la Costituzione gli assegna al fine di convertire un decreto legge. Il Parlamento ha inserito infatti nella legge di conversione emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del decreto legge, spezzando così il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione istituito dall'art. 77, comma 2, Cost.

Le nuove norme introdotte in sede di conversione dalla legge n. 49 del 2006 (c.d. “Fini-Giovanardi”) hanno riguardato aspetti fondamentali della materia degli stupefacenti (la parificazione della risposta punitiva tra droghe “leggere” e “pesanti”), emendando l'originario contenuto del decreto legge n. 272 del 2005, che concerneva invece le misure finanziarie e di polizia per garantire l'effettivo e sicuro svolgimento delle Olimpiadi invernali di Torino!

La mancanza di un contenuto omogeneo tra la legge di conversione parlamentare e il decreto legge governativo ha determinato un vizio di formazione del provvedimento di conversione, interrompendo la necessaria sequenza delineata dall'art. 77, comma 2, Cost. Si è configurata una assoluta carenza dei

presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione, che ha implicato un vizio così radicale della legge di conversione tale da impedire l'effetto abrogativo della precedente normativa.

Vi è stato un chiaro "errore" del legislatore parlamentare, che non rispettando la funzione tipica della legge di conversione, ha agito in una situazione di carenza di potere. Come vedremo, l'errore ha determinato l'illegittimità costituzionale delle norme inserite dalla legge di conversione e il riconoscimento della non-abrogazione della previgente disciplina "sanzionatoria" in materia di stupefacenti. Tutto ciò a distanza di circa otto anni, con gli immaginabili "danni" subiti da soggetti condannati in conseguenza di una pena illegale, inflitta sulla base di una normativa sugli stupefacenti mai entrata validamente in vigore: condanne talvolta definitivamente espiate, in cui pertanto il trattamento sanzionatorio è stato interamente eseguito nei confronti del reo.

Inoltre, il sistema degli stupefacenti è stato profondamente innovato con la trasformazione della circostanza attenuante del "fatto di lieve entità" in ipotesi autonoma di reato (d.lg. n. 146 del 2013). Nell'ottica più generale di riduzione della presenza nella popolazione carceraria di soggetti tossicodipendenti, si è cercato in pratica di evitare che, rispetto a fatti di limitata rilevanza, possa trovare applicazione – per effetto dell'esito sfavorevole del giudizio di comparazione tra circostanze – il quadro sanzionatorio più afflittivo stabilito per la figura criminosa ordinaria. La nuova autonoma incriminazione per i fatti di lieve entità, tuttavia, accorpa ancora sotto la medesima cornice edittale le condotte riguardanti sia le sostanze stupefacenti "leggere" sia quelle "pesanti".

Il quadro normativo è stato, infine, modificato a seguito dell'emanazione del d.lg. n. 36 del 2014 (convertito con modificazioni dalla l. n. 79 del 2014); provvedimento adottato per ovviare ai problemi che si sono nel frattempo posti in tema di sostanze stupefacenti. In particolare, si sono reintrodotte le tabelle venute meno per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, aggiornandole con l'inclusione delle circa 500 nuove droghe (perlopiù sintetiche) aggiunte a partire dal 2006 tramite i decreti del Ministero della salute. Qui le Sezioni unite "De Costanzo", muovendo dalla nozione "legale" di stupefacente, hanno statuito che

la novella del 2014, rinnovando l'inserimento delle sostanze nelle tabelle, ha creato nuove incriminazioni che non possono operare retroattivamente altrimenti si violerebbe l'art. 25, comma 2, Cost.

E intanto, come accennato, si profila all'orizzonte del dibattito, non solo giudiziario ma anche politico, il nodo della "legalizzazione delle droghe leggere": si è infatti costituito un folto "Intergruppo parlamentare", che ha stilato una proposta di legge per la legalizzazione della coltivazione e della detenzione personale di *cannabis* e dei suoi derivati.

Da questo complesso quadro, dunque, sono sorte una serie di questioni sulle quali si è dovuta impegnare sia la giurisprudenza che la dottrina, al fine di trovare soluzioni coerenti e costituzionalmente compatibili.

Problemi si sono posti soprattutto con riferimento agli effetti della declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale "non incriminatrice", giacché la sentenza costituzionale n. 32/2014 ha annullato norme (penali) che disciplinavano il trattamento sanzionatorio, e non già norme incriminatrici in senso stretto.

Oltretutto, la citata pronuncia costituzionale ha determinato, in relazione all'art. 73, comma 1, t.u. stup., il ripristino *in malam partem* del minimo della pena detentiva di 8 anni di reclusione anteriormente vigente – al posto di quello, introdotto con la novella del 2006, di 6 anni di reclusione –, lasciando aperta la questione (non affrontata dalla Consulta nella sentenza n. 32/2014) dell'eventuale violazione del principio della riserva di legge parlamentare.

Quanto ai fatti concernenti la disciplina degli stupefacenti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non ancora definitivamente giudicati, essi devono beneficiare senza dubbio del trattamento punitivo più favorevole. Ai "fatti concomitanti" bisogna perciò applicare ancora la norma dichiarata incostituzionale se "in concreto" più favorevole. E proprio per le condotte aventi ad oggetto le droghe "pesanti", la reviviscenza delle norme abrogate dalla legge del 2006 – a seguito della pronuncia costituzionale n. 32/2014 – ha comportato la reintroduzione di un quadro sanzionatorio meno favorevole per il reo; restando così ferma per queste condotte la disciplina incostituzionale.

Nei confronti di fatti già giudicati con pronuncia di condanna definitiva, e che beneficiano di una disciplina sanzionatoria *in mitius* per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014, si è posta la fondamentale questione della rideterminazione della pena in via esecutiva.

Tra i problemi da risolvere spicca quello dell'individuazione dello "strumento processuale" per rimodulare il trattamento sanzionatorio in senso favorevole al reo, in presenza di una condanna passata in giudicato (per una condotta, ad esempio, relativa a droghe "leggere"). Non c'è dubbio che il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti non è in grado qui di limitare l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità, trattandosi pur sempre di una norma che incide sul diritto fondamentale della libertà personale. È comunque una competenza del giudice dell'esecuzione, che ha il potere di influire sul contenuto del titolo esecutivo, conformando la pena a quanto stabilito dalla sentenza costituzionale.

La necessaria rideterminazione della pena in sede esecutiva, al cospetto di una condanna irrevocabile (anche di patteggiamento) avente ad oggetto droghe "leggere", ha implicato uno sforzo definitorio rispetto al concetto di "pena illegale". Sussistendo uno stretto legame tra il superamento dell'intangibilità del giudicato e il principio di legalità della pena, tale da escludere che una pena la quale non trovi fondamento nella legge, pure se inflitta con sentenza irrevocabile, possa avere esecuzione. E per le Sezioni unite (sentenze "Marcon" e "Jazouli") la pena va pertanto reputata illegale pure se ricompresa all'interno dei limiti edittali stabiliti dall'originaria formulazione della disposizione rivissuta per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014.

Ma problemi nuovi già si affacciano alle porte.

E così il lavoro nella parte conclusiva analizza la normativa sovranazionale (Convenzione unica sugli stupefacenti di New York del 30 marzo 1961, Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 1971, Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti di Vienna del 1988), al fine di verificare le eventuali limitazioni poste da questi atti internazionali al legislatore nazionale; anche con riferimento all'ammissibilità di una piena legalizzazione (eliminando le sanzioni amministrative) della detenzione per uso personale della *cannabis*.

Peculiare importanza in tale ambito va assegnata alla decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 25 ottobre 2004 (2004/757/GAI), nella quale sono state fissate le norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. È discusso se alla menzionata decisione-quadro si possa riconoscere lo *status* di parametro interposto di costituzionalità in grado di prescrivere obblighi di criminalizzazione europei.

È stata poi avanzata dalla Commissione europea nel 2013 una proposta di Direttiva in materia di *illicit drug trafficking* volta a modificare, per quanto riguarda la definizione di "stupefacenti", la citata decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, estendendone l'ambito di operatività alle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive). La proposta di Direttiva ha come obiettivo di ampliare l'applicazione delle disposizioni di diritto penale dell'Unione in materia di traffico illecito di stupefacenti alle nuove sostanze psicoattive, le quali provocano gravi danni alla salute, rischi sociali e di sicurezza. Il testo del progetto di Direttiva è collegato con la proposta di Regolamento sulle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive) avanzata dalla Commissione ai sensi dell'art. 114 TFUE. Il Regolamento disciplina, tra l'altro, le uniformi restrizioni al commercio delle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive) in base ai livelli di rischio (in termini sociali, di salute e sicurezza) di tali sostanze.

E per chiudere l'introduzione, una riflessione finale.

Ciò che più colpisce osservando da vicino i recenti sviluppi della materia degli stupefacenti sono le grandissime difficoltà poste nella prassi giudiziaria dalla sentenza della Consulta n. 32 del 2014; soprattutto per i suoi "naturali" effetti retroattivi: pene illegali inflitte con sentenze passate in giudicato, droghe sintetiche non più "tabellizzate" che danno luogo a condotte non più rilevanti penalmente, ecc. L'intervento della Corte costituzionale era d'altronde non solo inevitabile, ma anche auspicabile per il chiaro vizio formale di cui era portatrice la legge di conversione n. 49/2006.

Qui non pare, tuttavia, praticabile un'attività di regolazione degli effetti temporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale. È pur vero che le sentenze della Corte costituzionale possono avere effetti solo *pro futuro*: come insegna la sentenza costituzionale n. 10/2015, che ha limitato la retroattività della pronuncia di accoglimento. Non c'è dubbio

che il Giudice delle leggi, nella sua attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale, può comprimere gli effetti retroattivi delle decisioni ablativo per assicurare il contemperamento degli interessi in gioco, quando uno o più valori costituzionali resterebbero irrimediabilmente compromessi (sent. n. 10/2015, § 7).

Eppure, la principale difficoltà nel nostro caso – per bloccare la retroattività delle conseguenze della sentenza costituzionale – è rappresentata dal vizio formale della sequenza decreto legge → legge di conversione, che ha determinato l'inefficacia dell'effetto abrogativo: la legge del 2006 non si è posta come valida *lex posterior* in grado di delimitare nel tempo la vigenza delle norme sostituite.

La Corte costituzionale in queste ipotesi non potrebbe circoscrivere gli effetti sul piano temporale delle sue decisioni di accoglimento, determinando così un'efficacia solo "per il futuro" della pronuncia. Infatti, la retroazione degli esiti della sentenza ablativa permette qui di ripristinare la previgente normativa che torna a spiegare i suoi effetti.

E certamente per evitare le nefaste (ma inevitabili) conseguenze della pronuncia di illegittimità costituzionale n. 32/2014, non si sarebbe dovuto fare affidamento sulla scelta della Consulta di modulare gli effetti nel tempo della sua pronuncia. Il percorso praticabile sembrerebbe invece un successivo intervento del legislatore con provvedimenti normativi, che inseriscano deroghe alla normale retroattività delle sentenze di accoglimento. Come quando il legislatore tramite il d.lg. n. 36 del 2014 ha immesso nelle nuove tabelle allegate le circa 500 sostanze che erano state caducate dalla citata sentenza costituzionale n. 32/2014, in modo esplicito dichiarando la produzione di effetti per il passato.

Occorrono allora disposizioni transitorie che inseriscano deroghe alla retroattività della *lex mitior* (che trova la sua fonte qui nella decisione della Corte costituzionale), in questi casi da reputare legittime, perché fondate su un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco di rilevanza costituzionale. Una ponderazione che disvela non tanto un maggior "peso" del valore sottostante alla deroga, ma piuttosto l'assenza di "peso", il vuoto nel caso di specie rispetto all'interesse qui antagonista: cioè la garanzia della "certezza" sottesa al principio di irretroattività sfavorevole. Il soggetto *illo tempore* ha infatti liberamente scelto di non adeguarsi alla legge penale, e di conseguenza di andare incontro agli effetti penali delle sue azioni.

1. La sentenza n. 32 del 2014 e l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge "Fini Giovanardi"

Sommario: 1.1. Il modello del proibizionismo e i recenti tentativi di riforma. Il testo dell'Intergruppo parlamentare. – 1.2. L'evoluzione storica della legislazione sugli stupefacenti. – 1.3. La parificazione tra droghe "leggere" e "pesanti" con la legge "Fini-Giovanardi". – 1.4. La reviviscenza delle norme abrogate. – 1.5. Reviviscenza e riserva di legge in materia penale. – 1.6. L'illegittimità costituzionale dell'art. 75-bis t.u. stup. in tema di misure di prevenzione atipiche.

1.1. Il modello del proibizionismo e i recenti tentativi di riforma. Il testo dell'Intergruppo parlamentare

Il modello del "proibizionismo" è a tutt'oggi il paradigma che orienta le scelte di politica legislativa in materia di stupefacenti. Esso parrebbe imposto al nostro Paese (almeno in parte) dalle Convezioni internazionali in tema di stupefacenti, le quali ci obbligano a prevedere come reato le condotte di "produzione", "commercio" e "traffico" illegali di sostanze stupefacenti, lasciando invece rispetto al "consumatore" la facoltà di scegliere tra la repressione penale e le misure diverse dalla sanzione criminale (ad esempio, il trattamento medico-terapeutico o socio-riabilitativo)¹.

¹ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994, p. 21 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, p. 1 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale*, Giuffrè, 1979, p. 111 ss.; G.C. AMATO – G. FIDELBO, *I reati*

La normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti si ispira ad una strategia volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore e del trafficante. L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba rivolgersi principalmente nei confronti dei narcotrafficanti, dovendosi scorgere di regola nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo².

La *ratio* delle incriminazioni in materia di stupefacenti è di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale. Proprio attraverso la cessione al consumatore è, infatti, realizzata la circolazione della droga ed è alimentato tale mercato che mette in pericolo i beni oggetto di tutela penale: individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché del normale sviluppo delle giovani generazioni³. Si tratta in pratica di reati plurioffensivi, in cui la "salute pubblica" (quale risultante della sommatoria della salute dei singoli individui) assume un ruolo privilegiato nell'ambito dell'oggettività giuridica, affiancata dai beni giuridici della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico⁴.

in materia di stupefacenti, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Giappichelli, 2012, p. 271 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, 2015, p. 41 ss. Cfr. poi Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27.

² In tal senso, esplicitamente, v. Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di L. ROMANO; in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE.

³ Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kreml, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 1 ss. Sul *business* planetario rappresentato dal narcotraffico, cfr. N. GRATTERI - A. NICASO, *Oro bianco*, Mondadori, 2015.

⁴ Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333. Cfr. poi S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012, p. 44 ss.; D. CARRA, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 646 ss. In senso critico A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, E.S.I., 2016, p. 155 ss. Muovono poi una serrata critica ai beni giuridici protetti così come individuati dalla giurisprudenza, in relazione alle droghe leggere A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *California*

Nel nostro ordinamento la nozione di stupefacente ha natura "legale": nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi o tabelle appositamente predisposte e allegate al testo unico degli stupefacenti⁵.

E lo stesso vale per i semi di canapa, visto che nelle tabelle non sono indicati, sicché il possesso di semi viene assorbito nel reato di coltivazione. Si tratta di un atto preparatorio non punibile, in quanto non idoneo in modo inequivoco alla consumazione di un determinato reato, non potendosi dedurre l'effettiva destinazione dei semi; né ciò può configurare istigazione all'uso di sostanze stupefacenti ex art. 82 t.u. stup., perché l'istigazione deve avere ad oggetto le sostanze stupefacenti dell'allegato, al più potrebbe costituire un'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.) a coltivare *cannabis*⁶.

Ma è necessario accertare in concreto altresì la capacità drogante della sostanza, e non solo perciò la corrispondenza al tipo preso in considerazione nella apposita tabella?⁷

In questo senso, si è sostenuto che per rispettare il principio costituzionale di offensività, occorre accertare la quantità di principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente oggetto di contestazione attraverso un esame tossicologico. Cosicché, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 t.u. stup. è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante⁸. Non potrebbe, ad esempio, ravvisarsi il reato previsto dall'art. 73 t.u. stup. quando la sostanza ceduta, pur botanicamente compresa nelle tabelle,

dreamin'. Per una legalizzazione della *cannabis* e dei suoi derivati, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 9 ss.; precisandosi inoltre che in uno Stato ispirato a principi liberali, ogni "paternalismo" in tema di uso di *cannabis* da parte degli adulti dovrebbe essere bandito (p. 13 ss.).

⁵ Cfr. ampiamente il Cap. VIII (§ 3).

⁶ Si veda in tal senso Cass., sez. un., 18 ottobre 2012, n. 47604, Bargelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 253550.

⁷ Cfr. la ricostruzione di M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 19 ss.

⁸ Cass., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6928, in *C.E.D. Cass.*, n. 252036; Cass., sez. IV, 19 novembre 2008, n. 6207, *ivi*, n. 242860.

sia priva di qualsivoglia efficacia farmacologica e perciò inidonea a produrre l'effetto drogante a causa della percentuale insufficiente di principio attivo⁹.

Tuttavia, le Sezioni unite penali sembrerebbero aver smentito quest'ultima impostazione, affermando che la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto¹⁰. Il raggiungimento della soglia drogante non sarebbe dunque necessario per la configurazione della fattispecie criminosa di detenzione a fini di spaccio, stante la natura legale della nozione di sostanza stupefacente¹¹; né comunque per stabilire l'effettiva natura stupefacente di una sostanza bisognerebbe ricorrere ad una perizia tossicologica¹².

Recentemente, sull'esempio dei Paesi che per primi sono passati a un sistema di piena regolamentazione legale della produzione, vendita e consumo della *cannabis*, si è costituito in Italia un Intergruppo parlamentare per la "legalizzazione della *cannabis*" e dei suoi derivati. L'Intergruppo ha presentato in Parlamento una proposta di legge, nella quale si stabilisce il principio della detenzione lecita, per le persone maggiorenni, di una certa quantità di *cannabis* per uso ricreativo (5 grammi innalzabili a 15 grammi in privato domicilio); non sottoposta quindi ad alcuna autorizzazione, né ad alcuna comunicazione a enti o autorità pubbliche (cfr. tuttavia quanto osservato nel cap. IX § 7 riguardo alla detenzione e alla coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale alla luce degli atti internazionali e comunitari)¹³.

⁹ Cass., sez. IV, 12 gennaio 2000, n. 3584, in *C.E.D. Cass.*, n. 215876.

¹⁰ Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kreml, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073.

¹¹ Cass., sez. IV, 3 luglio 2009, n. 32317, in *C.E.D. Cass.*, n. 245201; Cass., sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, *ivi*, n. 249702.

¹² Cass., sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, in *C.E.D. Cass.*, n. 249703; Cass., sez. VI, 26 settembre 2013, n. 43226, *ivi*, n. 257462.

¹³ Si veda il sito: www.cannabislegale.org. In proposito, cfr. per un ampio esame della proposta di legge G. CIVATI, *Cannabis. Dal proibizionismo alla legalizzazione*, Fandango, 2016, p. 47 ss. V. inoltre J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale, Riforme 2008-2015*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2015, p. 560 ss. In dottrina, in senso favorevole alla proposta di legge dell'Intergruppo, si è affermato che, al fine di

Nella proposta di legge è prevista la possibilità di coltivare piante di *cannabis*, fino a un massimo di cinque, in forma sia individuale che associata. È altresì consentita la detenzione del prodotto ottenuto dalle piante coltivate. Per la coltivazione in forma associata, è necessario costituire una associazione senza fini di lucro, sul modello dei *cannabis* “social club” spagnoli, cui possono associarsi solo persone maggiorenni e residenti in Italia, in numero non superiore a cinquanta. Ciascun *cannabis* social club può coltivare fino a cinque piante di *cannabis* per ogni associato.

Il progetto di legge istituisce il regime di monopolio per la coltivazione delle piante di *cannabis*, la preparazione dei prodotti da essa derivati e la loro vendita al dettaglio. Per queste attività sono autorizzati dall’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli anche soggetti privati.

Sono escluse esplicitamente dal regime di monopolio la coltivazione in forma personale e associata della *cannabis*, la coltivazione per la produzione di farmaci, nonché la coltivazione della canapa esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali. Come per l’alcol, dalla legalizzazione della *cannabis* non deriva tuttavia l’attenuazione delle norme e delle sanzioni previste dal Codice della strada per la guida in stato di alterazione psico-fisica¹⁴.

La proposta di legge della “legalizzazione della *cannabis*” – secondo i suoi sostenitori – avrebbe un effetto positivo non solo sui costi della macchina dello Stato, ma altresì sul sistema giudiziario (deflazione del carico giudiziario e liberazione di risorse disponibili delle forze dell’ordine e magistratura impegnate invece sul fronte delle “droghe leggere”), sulla popolazione carceraria (un detenuto su quattro entra in carcere perché condannato o accusato di reati in materia di stupefacenti), sulla sanità (riducendo i costi del sistema sanitario nazionale). Inciderebbe in particolare sul versante della

evitare il fallimento della cessazione del proibizionismo relativamente alle droghe leggere, la scelta migliore pare quella dell’attribuzione allo Stato del monopolio sulla produzione e sulla commercializzazione della *cannabis*, attraverso una “legalizzazione” della stessa, e non una vera e propria “liberalizzazione” (A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *California dreamin’*, cit., p. 17 ss.).

¹⁴ Cfr. ancora il sito: www.cannabislegale.org.

criminalità organizzata, cui sottrarrebbe ingenti risorse economiche legate agli introiti del narcotraffico¹⁵. Riguardo al “testo dell’Intergruppo” si è inoltre sottolineato come resta comunque sanzionato penalmente il piccolo spaccio di *cannabis*, anche per quantità inferiori ai 5 grammi; in tema di coltivazione di piante di *cannabis*, poi, non sarà in ogni caso possibile mettere in vendita il proprio “raccolto”¹⁶.

Dall’inizio del 2017 è stata prevista la commercializzazione della c.d. “*cannabis* a scopi terapeutici”: prodotta e confezionata dallo stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze; la “*cannabis* terapeutica” sarà distribuita nelle farmacie di tutto il Paese per le terapie antalgiche sotto lo stretto controllo medico.

Non potendosi affrontare qui il complesso tema oggetto della proposta di legge dell’Intergruppo parlamentare – per le sue implicazioni non solo politiche, ma anche socio-economiche – deve essere tuttavia verificata la compatibilità della proposta di legalizzazione della *cannabis* con le Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961 (cfr. Cap. IX). Quest’ultime sembrerebbero imporre agli Stati contraenti, quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale, l’applicazione quantomeno di misure di carattere amministrativo¹⁷.

¹⁵ Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., p. 22 ss. Nella Relazione alla Proposta di legge dell’Intergruppo parlamentare si è osservato che «la legalizzazione della *cannabis* in Italia, oltre a consentire un risparmio dei costi legati alla repressione penale del fenomeno e a riassorbire buona parte dei profitti criminali del mercato nero, genererebbe un gettito fiscale assolutamente consistente ... parte di queste risorse potrebbero essere destinate a interventi di natura preventiva e riabilitativa rivolti ai consumatori di droghe e ai tossicodipendenti».

¹⁶ Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., p. 48 ss. In dottrina si è posto in luce come mediante il referendum dell’8 novembre 2016 in California si è introdotta una legalizzazione della produzione, del commercio e del consumo di *marijuana*. La riforma californiana, già attuata anche in altri stati USA, fa riflettere sull’opportunità di introdurre anche da noi una legalizzazione della *cannabis* e suoi derivati. Gli Autori ritengono che l’approvazione della Prop. 64 in California, insieme a ciò che già è successo e che sta succedendo in altri stati degli USA, rappresenti un importante stimolo per procedere anche in Europa, e per quanto ci concerne in Italia, ad una legalizzazione della *cannabis* e dei suoi derivati (A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *California dreamin’* cit., p. 8 ss.).

¹⁷ In tal senso espressamente Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27. Cfr. inoltre G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Giappichelli, 2012, p. 271 ss., p. 292 ss.

1.2. L'evoluzione storica della legislazione sugli stupefacenti

Il primo intervento penalistico in materia di stupefacenti nel nostro ordinamento si ebbe con la legge 18 febbraio 1923 n. 396, che diede attuazione ai principi affermati nella "Convenzione dell'oppio"¹⁸ (sottoscritta dall'Italia a L'Aja il 23 gennaio 1912 e recepita poi con regio decreto legge 9 febbraio 1922, n. 335). La legge del 1923 stabilì sanzioni penali non solo per chi avesse venduto, somministrato o detenuto al fine di vendita o si somministrazione cocaina, morfina, loro composti o derivati, ed in genere qualsiasi "sostanza velenosa" avente azione stupefacente, ma anche per gli assuntori di sostanze stupefacenti che avessero preso parte a "convegni in fumerie" adibite all'uso degli stupefacenti (art. 10)¹⁹.

Quanto al codice penale del 1930, nella sua versione originaria, ribadì la scelta di non prevedere la punibilità del consumo di stupefacenti in quanto tale, legando l'infrazione della sanzione alle sole ipotesi in cui tale fenomeno avesse avuto riflessi negativi sull'ordine pubblico. Il codice si occupò della materia degli stupefacenti per mezzo di quattro specifiche figure di reato.

L'art. 446 c.p. incriminava il soggetto che fa commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti, nonché colui che le somministra o le procura ad altri in modo clandestino o fraudolento; l'art. 447 c.p. sanzionava penalmente l'agevolazione dolosa dell'uso delle sostanze stupefacenti: punendo non solo chi adibisce un locale, pubblico o privato, a convegno di persone che vi accedano per darsi all'uso di sostanze stupefacenti, ma anche (con una pena più lieve) colui che accede nei locali per usare le droghe; l'art. 729 c.p. vietava l'abuso di sostanze stupefacenti, incriminando la

¹⁸ La Convenzione internazionale sull'oppio (firmata a L'Aja il 23 gennaio 1912) fu il primo trattato internazionale di controllo dei traffici di droga. Il trattato nel 1919 ottenne validità mondiale essendo incorporata nel Trattato di Versailles. Sull'origine del controllo internazionale degli stupefacenti, cfr. L. SBOLCI, voce *Stupefacenti (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1230 ss.

¹⁹ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 47; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, Utet, 2015, p. 7 ss.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 487 ss.

condotta della persona che, in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero in circoli privati, è colta in stato di grave alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti; l'art. 730 c.p. puniva (e punisce ancora) la somministrazione, da parte di soggetto autorizzato al commercio di medicinali, a minori di anni sedici di sostanze velenose o stupefacenti anche su prescrizione medica²⁰.

La legge 22 ottobre 1954, n. 1041, introdusse poi una disciplina organica della materia degli stupefacenti, lasciando però in vita le fattispecie criminose presenti nel codice penale. Furono emanate specifiche previsioni concernenti la coltivazione, l'acquisto, la vendita, la cessione, l'importazione, l'esportazione, il transito, la detenzione e la prescrizione abusiva. Ma soprattutto fu sanzionata penalmente la mera detenzione di sostanze stupefacenti, anche quella finalizzata all'uso personale; si equiparò in tal modo il consumatore di droga al produttore e allo spacciatore, a prescindere sia dalle caratteristiche soggettive di consumatore occasionale o abituale sia della quantità oggettiva della sostanza detenuta²¹.

La legge 22 dicembre 1975, n. 685, mirò in seguito a un riordino complessivo della materia, abrogando anzitutto le incriminazioni di cui agli artt. 446 e 447 e 729 del codice penale. La detenzione di stupefacenti venne ancora considerata in ogni caso come fatto penalmente illecito, ma la legge contemplò al suo interno una causa di non punibilità rappresentata dalla "modica quantità" di sostanza detenuta. In presenza della causa di non punibilità il soggetto detentore-consumatore non era assoggettato a pena, ma poteva essere coattivamente sottoposto (per mezzo di un provvedimento giurisdizionale) al ricovero ospedaliero ovvero a cure ambulatoriali o domiciliari. Il fallimento della legge perlopiù fu addossato proprio alla causa di non punibilità della "modica quantità", che aveva contribuito a creare un'area di impunità nell'attività di spaccio: era di regola sufficiente che il piccolo spacciatore frazionasse lo stupefacente oggetto della sua attività illecita in base al parametro

²⁰ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 47 ss.; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 8 ss.

²¹ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 35; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 9; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 48 ss.

della “modica quantità” per porsi infatti al riparo della sanzione penale²².

Nell’ottica di una maggiore severità nella lotta contro la produzione il traffico e il consumo degli stupefacenti, fu emanata la legge 26 giugno 1990, n. 162, che operò numerose modifiche e integrazioni nel tessuto della legge del 1975 senza però sostituirla integralmente. Si rese così necessario un riordino dell’intera normativa, compiuto con l’adozione di un Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, comunemente noto come legge “Iervolino-Vassalli”).

La nuova disciplina individuò un criterio “quantitativo obiettivo” per identificare la fattispecie di detenzione sanzionata penalmente. Si trattava cioè del dato quantitativo della “dose media giornaliera” (d.m.g.), che sostituì la nozione di “modica quantità” adottata dalla legge del 1975. La “dose media giornaliera”, la cui quantificazione competeva ad un decreto del Ministero della sanità, diventò così il discrimine tra detenzione penalmente punibile e detenzione non penalmente sanzionata²³.

Da più parti furono mosse critiche a tale soluzione legislativa, reputandola una arbitraria e irragionevole presunzione assoluta di spaccio, in quanto si obiettò che la prassi mostra che non è dato escludere che i tossicodipendenti ricorrano all’accumulazione di sostanze stupefacenti in quantità superiore al parametro della “dose media giornaliera” per il soddisfacimento del fabbisogno quotidiano.

Il sistema così delineato resistette tuttavia alle censure di legittimità costituzionale. Ad avviso della Consulta, infatti, l’incriminazione di detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale in misura superiore alla “dose media giornaliera” trova il suo fondamento nell’esigenza di limitare l’accumulo di droga per uso personale al fine di contrastarne l’illecito traffico, evitando così che una parte della sostanza detenuta possa essere venduta o ceduta a terzi e inoltre costringendo lo spaccio a parcellizzarsi al massimo

²² F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 36 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 50 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., p. 221 ss.

²³ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 38 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 51 ss.

rendendone perciò più difficile la pratica. Precisandosi, inoltre, che le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale purché non siano irrazionali o arbitrarie²⁴.

Le critiche al parametro della “dose media giornaliera” condussero al referendum del 18 e 19 aprile 1993, il cui esito positivo determinò appunto l’abrogazione del divieto di uso personale di sostanze stupefacenti in dose non superiore a quella della media giornaliera, consentendo in sostanza di ritenere penalmente illecita solo la detenzione di droga per uso non personale.

Il risultato referendario fu ratificato dal d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, che modificò il testo unico del 1990 nel solco di quanto scaturito dalla consultazione referendaria²⁵.

1.3. La parificazione tra droghe “leggere” e “pesanti” con la legge “Fini-Giovanardi”

Con le innovazioni della legge “Fini-Giovanardi” del 2006, il legislatore, irrigidendo il già severo modello proibizionista, aveva assoggettato alla medesima dura risposta sanzionatoria le figure criminose concernenti le “droghe leggere” (in sostanza i derivati della *cannabis*) e quelle riguardanti le “droghe pesanti” (principalmente l’eroina e la cocaina). Trattamento sanzionatorio che, viceversa, il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990 aveva delineato in modo largamente diversificato, mediante la previsione di una cornice editale di maggiore o minore severità in relazione alla specifica natura della sostanza stupefacente presa in considerazione²⁶.

La legge del 2006 aveva in pratica eliminato la distinzione risalente alla riforma del 1975 tra droghe “leggere” e “pesanti”, includendo in un’unica tabella tutti gli stupefacenti non suscettibili di

²⁴ Cfr. Corte cost., 27 marzo 1992, n. 133.

²⁵ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 101 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 53 ss.; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 12 ss.

²⁶ Cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 151 ss.; N. CIRILLO, *La disciplina penale degli stupefacenti. La realtà normativa*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di G. Balbi, A. Esposito, Giappichelli, 2011, p. 175 ss.

impiego terapeutico; e pertanto senza più ricollegare alcuna conseguenza alla diversa tipologia di effetti e al diverso grado di dipendenza fisica e di tolleranza alle diverse sostanze. L'equiparazione delle differenti tipologie di sostanze stupefacenti aveva, inoltre, determinato un'ingente crescita del numero delle persone detenute in carcere per delitti in materia di stupefacenti²⁷.

La questione di legittimità costituzionale, come è noto, è stata ritenuta fondata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost., per l'accertato difetto di omogeneità tra le disposizioni del decreto legge (d.lg. n. 272 del 2005) e quelle introdotte dalla legge di conversione (l. n. 49 del 2006)²⁸. La Corte ha osservato, infatti, che nel caso sottoposto al suo vaglio sono presenti plurimi indici che rendono manifesta l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto legge. Le disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, denotano appunto la loro evidente

²⁷ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 58 ss.; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti*, in *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera e V. Manes, Giuffrè, 2012, p. 66 ss.; D. NOTARO, *Fra Corte costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 19 ss.; C. RUGA RIVA, *Stupefacenti e doping*, in *Diritto penale, parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 168 ss.; A. ESPOSITO, *La disciplina penale degli stupefacenti: un'analisi sul campo. Rilievi introduttivi*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di G. Balbi, A. Esposito, Giappichelli, 2011, p. 163 ss.

²⁸ M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento* al volume n. 9/2014, p. 5 ss.; G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti - A. Marandola - G. Varraso, Cedam, 2014, p. 9 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014, p. 49 ss.; A. VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio in tema di stupefacenti*, Giappichelli, 2014, p. 3 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 69 ss.; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, Giappichelli, 2015, p. 21 ss.; E. MAZZANTI, *Punti fermi e questioni in sospenso nella recente evoluzione del diritto penale in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 528 ss.; G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 881 ss.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 525 ss.; A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 11 ss.

estraneità rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto legge in cui sono state inserite ²⁹.

Come si è scritto, in un decreto legge di cinque articoli riguardanti perlopiù le Olimpiadi invernali di Torino, sono stati inseriti, in sede di conversione di legge, ventitré articoli di una proposta legislativa in materia di stupefacenti da tempo in discussione in Parlamento, attraverso un maxi-emendamento con apposizione della fiducia. «Si chiude, così, la bocca al Parlamento, con il consenso del Parlamento, e vengono aggirati i poteri presidenziali»³⁰.

A seguito della decisione della Corte costituzionale n. 32 del 2014, le norme contenute nella legge “Fini-Giovanardi”, che determinavano l’equiparazione sotto il profilo del trattamento sanzionatorio tra le sostanze stupefacenti leggere a quelle pesanti – oggetto della declaratoria d’incostituzionalità per violazione dell’art. 77, comma 2, Cost. – hanno cessato la loro precaria efficacia, e non sono più applicabili dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia (art. 136 Cost.; art. 30 l. n. 87 del 1953)³¹.

Il riacquisito, anche se indirettamente, rilievo della distinzione tra droghe “leggere” e droghe “pesanti” ha determinato in definitiva che per l’illecita detenzione di hashish e marijuana non siano più applicabili le medesime pene comminate per gli oppiacei e la cocaina,

²⁹ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, p. 505 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*; *ivi*, 2014, p. 1903, con nota di B. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*. Per un approfondito esame della vicenda, cfr. G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, *cit.*, p. 14 ss.; V. MANES – L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti della democrazia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 2 ss., i quali sottolineano come il motivo di censura accolto dalla Corte attiene ad un profilo di democrazia procedurale, e agli equilibri istituzionali sottesi alla decretazione d’urgenza, fortemente compromessi dall’uso improprio del decreto legge così come dall’abuso del procedimento di conversione. Lo spirito della decisione attinge perciò alla sostanza stessa della forma di governo parlamentare, e di conseguenza offre risposte a taluni interrogativi tuttora aperti in punto di “democrazia penale”. In chiave critica, circa il sempre più frequente ricorso allo strumento della delega legislativa in materia penale, cfr. l’ampio studio di C. CUPELLI, *La legalità delegata*, E.S.I., 2012, p. 15 ss., p. 130 ss.

³⁰ Così S. CASSESE, *Dentro la Corte, Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015, p. 239 ss.

³¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, p. 381 ss.; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2013, p. 137 ss.

ma le più miti pene stabilite dal comma 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 nella sua formulazione originaria³².

L'immediata inapplicabilità vale anche per i procedimenti penali iniziati quando le disposizioni da cui si ricavano le norme in questione ancora non erano state riconosciute invalide dal Giudice delle leggi. La disapplicazione nei processi delle norme dichiarate incostituzionali, attenendo a situazioni anteriori alla decisione della Corte, permette di postulare una sorta di retroattività degli effetti della pronuncia d'incostituzionalità³³.

Si tratta qui di un'invalidità originaria delle disposizioni oggetto della declaratoria di incostituzionalità: disposizioni che la pronuncia della Corte costituzionale ha fatto venir meno *ex tunc* – con efficacia retroattiva, quindi – come se i testi di legge annullati non fossero mai venuti alla luce³⁴.

“Ripristinando” oltretutto in tale ambito la previgente disciplina con la relativa distinzione giuridica e di pena tra droghe “pesanti” e droghe “leggere”; distinzione che la legge “Fini-Giovanardi” aveva invece soppresso, parificando a fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste nelle diverse tabelle.

In conseguenza della sentenza della Consulta in materia di stupefacenti, non si devono – in linea di massima – più applicare tali norme, che si traggono dalle disposizioni invalide, in un processo penale anche se già instaurato, bensì occorre impiegare le norme contenute nelle disposizioni che “rivivono”. Con la necessità, pertanto, di pronunciare le nuove decisioni giurisdizionali sulla scorta della disciplina che discende dalla sentenza costituzionale di accoglimento.

In pratica, le norme espresse dalle disposizioni annullate in forza della pronuncia di incostituzionalità non devono più essere applicate in alcun caso, e neppure a rapporti sorti anteriormente alla pronuncia e tuttora pendenti, nel solco del divieto per i giudici di dare

³² Cfr., per ampie considerazioni, Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4317 ss.

³³ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 348 ss.

³⁴ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 306 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, 2012, p. 240 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2014, p. 151 ss.

applicazione a leggi dichiarate incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali preesistenti.

1.4. La reviviscenza delle norme abrogate

Appare utile per verificare i reali esiti della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, prendere in esame le relazioni temporali fra quest'ultima e le trasformazioni – tramite il d.lg. n. 146 del 2013 – del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. da circostanza attenuante del “fatto di lieve entità” a figura autonoma di reato.

Ora, prima della conversione in legge del decreto n. 146 del 2013, si è avuta notizia attraverso un comunicato stampa (12 febbraio 2014) che la Corte costituzionale nella camera di consiglio del medesimo giorno, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. che regola la procedura di conversione dei decreti legge – degli artt. 4-bis e 4-vicies ter d.lg. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della l. 21 febbraio 2006, n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli artt. 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Nelle more della pubblicazione di tale declaratoria di illegittimità costituzionale, il d.lg. n. 146 del 2013 è stato convertito con modificazioni dalla l. n. 10 del 21 febbraio 2014; modificazioni consistite in pratica nella mitigazione per la nuova incriminazione del fatto di lieve entità (comma 5) del trattamento sanzionatorio (cfr. Cap. II, § 1).

La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale (depositata il 25 febbraio 2014) è stata infine pubblicata nella *Gazzetta ufficiale* del 5 marzo 2014 (n. 11, 1ª Serie Speciale).

In particolare, la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità sollevata dalla terza sezione della Corte di cassazione. Quest'ultima dubitava infatti della costituzionalità dell'art. 4-bis cit. nella parte in cui modificando l'art. 73 del testo unico sulle sostanze stupefacenti, attraverso la sostituzione dei commi 1 e 4 dell'art. 73, ha in pratica parificato ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dal previgente art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III; e di conseguenza ha innalzato le sanzioni per le prime dalla pena della reclusione da due a sei anni e

della multa da euro 5.164 ad euro 77.468 a quella della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 26.000 ad euro 260.000. Inoltre, la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*vicies ter*, commi 2, lettera a), e 3, lettera a), n. 6 nella parte in cui ha sostituito gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, e in particolare includendo la *cannabis* e i suoi prodotti nella prima di tali tabelle³⁵.

Senonché la Corte, avendo dichiarato incostituzionale integralmente gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l.g. n. 272 del 2005, ha annullato tutte le norme ricavabili da tali disposizioni mediante interpretazione. Tra le quali vanno annoverate le norme espresse dal comma 5 dell'art. 73 nel testo inserito dalla legge "Fini-Giovanardi", anch'esso caducato dalla pronuncia della Corte perché introdotto attraverso il travolto art. 4-*bis* citato. Ha precisato la Corte in proposito che «trattandosi di un vizio di natura procedurale, che peraltro ... si evidenzia solo ad un'analisi dei contenuti normativi aggiunti in sede di conversione, la declaratoria di illegittimità costituzionale colpisce per intero le due disposizioni impugnate»³⁶.

La Corte costituzionale ha affermato esplicitamente che la disciplina sugli stupefacenti nella formulazione precedente alla novella del 2006 deve tornare ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo. Infatti, la presenza dell'accertato vizio procedurale per l'assenza del richiesto nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni del decreto legge e quelle inserite dalla legge di conversione per l'evidente disomogeneità tra le stesse (art. 77, comma 2, Cost.), deve far ritenere che le disposizioni impugnate siano state adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione. E tale situazione di carenza di potere rende le disposizioni emanate (oggetto di impugnazione) affette da un vizio radicale nella loro formazione, rendendole inidonee a innovare l'ordinamento e di

³⁵ Cfr. Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 25554, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3405, con nota di C. CUPELLI.

³⁶ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit., § 4.5. del *considerato in diritto*.

conseguenza a determinare l'abrogazione della precedente normativa³⁷.

Oltretutto, ha chiosato la Corte che, il ripristino dell'applicazione delle norme incriminatrici previste dalla versione antecedente alle modifiche del 2005, è confermato pure dalla presenza di obblighi sovranazionali di penalizzazione in materia di traffico illecito di stupefacenti, che impongono agli Stati membri dell'Unione europea di sanzionare penalmente alcune tipologie di condotte intenzionali, fatto salvo il consumo personale (decisione-quadro n. 2004/757/GAI del 2004)³⁸.

In definitiva, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma abrogatrice per vizi di forma o procedurali, ha comportato l'inefficacia dell'effetto abrogativo e il conseguente ripristino della norma abrogata³⁹.

Si è prodotto, pertanto, il fenomeno della c.d. "reviviscenza": l'annullamento di una norma abrogatrice ha comportato la riviviscenza della norma che da questa era stata abrogata. La norma abrogata riacquista così pieno vigore ed efficacia a seguito dell'annullamento della norma abrogatrice per illegittimità costituzionale⁴⁰.

³⁷ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit. Al riguardo, cfr. E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 52 ss.; M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 11 ss.

³⁸ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit. Sull'*obiter dictum* dell'esistenza di obblighi di penalizzazione di fonte europea, cfr. le considerazioni di V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi"*, cit., p. 13 ss.

³⁹ Sul fenomeno della riviviscenza, nella dottrina penalistica, cfr. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, Momboso, 2012, p. 286 ss. E più in generale, cfr. G. GIACOBBE, voce *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989, p. 195 ss.; A. CELOTTO, voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1998, p. 1 ss.; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2011, p. 90 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 32 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009, p. 76 ss.; V. MARCENÒ, *La legge abrogata*, Giappichelli, 2013, p. 42 ss.

⁴⁰ In questo senso, secondo la giurisprudenza della Corte, per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma abrogativa, ridiventa operante la norma abrogata: Corte cost., 23 aprile 1974, n. 107, in *Rep. C. cost.*, 1974-1975, p. 244; Corte cost., 23 aprile 1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, p. 582.

A tale proposito, sembrerebbe più appropriato – sempre collocandola all'interno del fenomeno della reviviscenza delle norme abrogate – designare questa vicenda come specifica ipotesi in cui persiste la vigenza della norma, giacché quest'ultima non ha mai perso vigore stante la mancanza di efficacia abrogativa sin dall'origine della *lex posterior*⁴¹. Come precisato dalla Corte nella sentenza n. 32 del 2014 la legge di conversione, affetta da vizio radicale nella sua formazione, è inidonea ad innovare l'ordinamento e, perciò, anche ad abrogare la precedente normativa (§ 5).

Ed è proprio nell'ipotesi di annullamento di una norma abrogatrice da parte del giudice costituzionale che si coglie l'esatto ambito di operatività generale e automatico del fenomeno della reviviscenza di norme abrogate.

Tale prospettiva è stata convalidata da un'importante pronuncia della Corte costituzionale nel giudizio sull'ammissibilità di referendum abrogativo, nel quale le richieste referendarie avevano in sostanza come scopo l'abrogazione della legge n. 270 del 2005 in materia di disciplina elettorale, al fine di ripristinare la legislazione elettorale in precedenza vigente (inserita nel 1993)⁴². Nella decisione si è individuato nell'ipotesi di "annullamento" di una norma espressamente abrogatrice, da parte del giudice costituzionale, il campo di applicazione dell'istituto della reviviscenza di norme abrogate.

La Corte ha escluso, invece, l'ipotesi della reviviscenza di norme a seguito di "abrogazione referendaria", avendo il *referendum* carattere esclusivamente abrogativo; essa ha, inoltre, ritenuto di regola non ammissibile il ripristino di norme quale conseguenza di una "abrogazione legislativa", salvo che sia dettata una specifica previsione in tal senso⁴³.

Quanto poi nello specifico al comma 5 dell'art. 73 nella redazione della legge "Fini-Giovanardi", abrogata a decorrere dal 24 dicembre

⁴¹ Cfr. C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza*, cit., p. 510, il quale si ricollega ad una distinzione di ipotesi teorizzata da A. CELOTTO, voce *Reviviscenza degli atti normativi*, cit., p. 5 ss.

⁴² Corte cost., 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. cost.*, 2012, p. 85 ss., con osservazioni di R. GUASTINI.

⁴³ Corte cost., 24 gennaio 2012, n. 13, cit.

2013, producendo la declaratoria di incostituzionalità i suoi effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia (il 6 marzo 2014), si è trattato quindi dell'annullamento di una norma già abrogata. Vicenda ben possibile⁴⁴: conosciamo invero il precedente della sentenza n. 193 del 1985; e quello dell'assimilabile ipotesi della incostituzionalità di una norma di favore intermedia abrogata (il c.d. caso delle "ceneri di pirite", sent. n. 28 del 2010⁴⁵).

L'annullamento della norma di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella versione introdotta dalla legge "Fini-Giovanardi" del 2006 ha dunque riportato in vita fino alla sua "sostituzione" (ossia fino al 24 dicembre 2013, entrata in vigore del d.lg. n. 146) la previgente disciplina della legge "Iervolino-Vassalli" del 1990: reviviscenza della disposizione che conteneva la circostanza attenuante speciale, la quale è oltretutto legge più favorevole sotto il profilo sanzionatorio rispetto alla successiva del 2006. Sussiste infatti una notevole differenza riguardo alle droghe "leggere", per le quali la legge "Iervolino-Vassalli" del 1990 commina la reclusione da sei mesi a quattro anni, mentre la posteriore del 2006 dichiarata invalida prevede la pena della reclusione da uno a sei anni. Per le droghe "pesanti", la pena è senza variazione: la reclusione – per entrambi i testi normativi (1990 e 2006) – è stabilita nella reclusione da uno a sei anni⁴⁶.

1.5. Reviviscenza e riserva di legge in materia penale

Un'ulteriore tematica, completamente ignorata dalla Corte costituzionale (n. 32/2014) nella sua motivazione e che sicuramente avrebbe meritato almeno un approfondimento, è costituita dai rapporti tra le sentenze costituzionali di accoglimento (ablative e additive) e la riserva parlamentare di legge in ambito penale.

⁴⁴ Cfr., al riguardo, L. CARLASSARE, *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Giuffrè, 2006, p. 129 ss.

⁴⁵ Corte cost., 28 gennaio, 2010, n. 28, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1133 ss., con nota di A.M. MAUGERI.

⁴⁶ Così Cass., sez. VI, 20 marzo 2014, n. 14293, in *www.cortedicassazione.it*.

Bisogna pertanto chiedersi se, nonostante il vizio di illegittimità costituzionale della disciplina normativa che almeno formalmente *illo tempore* ha abrogato la previgente regolamentazione, sia possibile un effettivo controllo di legittimità costituzionale sulla stessa. Si pone qui il tema più generale della reviviscenza della norma penale abrogata e della sua relazione con il rispetto del principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.)⁴⁷.

In che limiti, cioè, si possa ritenere ammissibile una declaratoria di incostituzionalità della norma abrogatrice che produca la reviviscenza della norma penale abrogata, senza tuttavia incidere sulle scelte politico-criminali attribuite dall'art. 25, comma 2, Cost. in via esclusiva al legislatore.

Invero, le scelte di politica-criminale sono state orientate in tale settore nel senso dell'equiparazione a fini sanzionatori tra droghe "leggere" e "pesanti": parificazione che è stata dissolta con il ripristino della precedente disciplina improntata ad una logica repressiva del tutto diversa⁴⁸.

A tal fine, la Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2014 avrebbe dovuto soprattutto porsi la questione che, sotto il profilo sanzionatorio, il ripristinato comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. commina adesso quale limite edittale minimo la pena di 8 anni di reclusione, ben più afflittiva di quella caducata la quale era stabilita dalla novella del 2006 in 6 anni di reclusione. Soltanto per questa porzione di sindacato, si è trattato dunque di un controllo di costituzionalità con esiti *in malam partem*; e siffatto controllo sembrerebbe non ammissibile perché in contrasto con il principio costituzionale della riserva di legge, qui valore prevalente nel bilanciamento tra principi costituzionali (cfr. altresì il Cap. III, § 1).

In linea più generale, il non corretto uso del potere di conversione del decreto da parte delle Camere (ex art. 77, comma 2, Cost.), si è sostanziato in una situazione di carenza di potere dell'azione del Parlamento, che ha reso inidoneo il provvedimento legislativo del

⁴⁷ Sui limiti di ammissibilità della declaratoria di incostituzionalità della norma abrogatrice che produce la reviviscenza della norma incriminatrice abrogata, cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 122, p. 131 ss.

⁴⁸ Cfr. C. CUPELLI, *Incstituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza*, cit., p. 511, che esprime considerazioni in proposito parzialmente critiche.

2006 a innovare nell'ordinamento e di conseguenza ad abrogare validamente la precedente normativa; e dunque non preclude – nella parte in cui beninteso non sia *in malam partem* – il sindacato di costituzionalità, non ledendo le prerogative che la Costituzione ha riservato al legislatore-parlamento nell'esercizio della potestà normativa penale⁴⁹.

La vicenda in materia di traffico di stupefacenti presenta d'altronde alcune analogie con altre due recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 5 del 2014 e n. 46 del 2014). In tali pronunce il vizio di costituzionalità non ha riguardato, tuttavia, la mancanza di un contenuto omogeneo tra il decreto legge governativo e la legge di conversione parlamentare, bensì l'esercizio della funzione legislativa delegata al Governo (ad esempio, la carenza della necessaria delega legislativa in capo al Governo) ovvero l'emanazione di una legge regionale che avrebbe reso lecita in Sardegna un'attività edilizia contrastante con gli strumenti urbanistici penalmente repressa nelle altre parti del territorio nazionale.

Nella prima decisione si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2268 d.lg. n. 66 del 2010 (codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui, al n. 297 del comma 1, ha abrogato la disposizione relativa al reato di associazione di carattere militare per scopi politici (d.lg. n. 43 del 1948), sul presupposto di una carenza della necessaria delega legislativa⁵⁰.

⁴⁹ In proposito, si è osservato 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. –, 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 legge, ossia del principio che da sempre incarna un tradizionale *impasse* per l'ammissibilità delle questioni con ricadute peggiorative ed un ostacolo ben più coriaceo di quello rappresentato dalle garanzie intertemporali in sede di rilevanza della questione nel giudizio *a quo*» (così V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”*, cit., p. 20 ss.).

⁵⁰ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1164 ss.

Ad avviso della Corte costituzionale il difetto di delega ha comportato, in tale ipotesi, un esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa. L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si è posta infatti in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., che attribuisce in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante⁵¹. La citata sentenza n. 5/2014 in tema di associazioni paramilitari si differenzia tuttavia da quella in materia di stupefacenti, perché nella prima la Corte costituzionale non si è esplicitamente pronunciata sull'effetto di riviviscenza delle norme invalidamente abrogate, non assumendo quindi alcuna posizione al riguardo.

Nella seconda decisione, la Consulta ha statuito che la preclusione di pronunce di segno sfavorevole per il reo – la quale mira a salvaguardare il monopolio del Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, stabilito dal principio della riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost. – non opera in presenza di interventi normativi posti in essere da soggetti non legittimati, perché non rappresentativi dell'intera collettività nazionale: quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare, ovvero un Consiglio regionale che pretenda di “neutralizzare” le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio in materia di reati urbanistici. In simili evenienze, l'eventuale decisione *in malam partem* della Corte non solo non collide con la previsione dell'art. 25, comma 2, Cost., ma vale, anzi, ad assicurarne il rispetto⁵².

A proposito del controverso ma cruciale tema sopra accennato della riviviscenza e del rispetto della riserva di legge, è intervenuta in seguito la Corte di cassazione. Ebbene, la Sesta sezione della Corte – in relazione ad un “fatto successivo” alla sentenza n. 32/2014 – ha

⁵¹ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, cit.

⁵² Corte cost. 13 marzo 2014, n. 46, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di C. RUGA RIVA.

sollevato la questione di costituzionalità avente ad oggetto la pena edittale minima di otto anni di reclusione prevista dall'art. 73, comma 1, t.u. stup., quale risultato della declaratoria di incostituzionalità (sent. n. 32/2014), anziché quella di sei anni di reclusione. Ad avviso della suprema Corte tale pena minima edittale (sfavorevole) "rivissuta" contrasta, infatti, con il principio costituzionale della riserva di legge in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.) (cfr. Cap. III, § 1)⁵³.

Secondo la Cassazione non può ritenersi consentita la pronuncia d'incostituzionalità *in malam partem* che interessi la norma con la quale il legislatore (con la novella del 2006) sia intervenuto a modificare in senso favorevole la risposta sanzionatoria: nello specifico riducendo il minimo della pena detentiva da otto a sei anni di reclusione. L'intervento del Giudice costituzionale *in malam partem* non è infatti ammesso in presenza di un vizio procedurale integrato dal Parlamento nella formazione della fonte del diritto.

Ha chiarito inoltre la Corte di cassazione che il principio di riserva di legge fissato nell'art. 25, comma 2, Cost., mentre non ha ragione di essere invocato nel caso dell'esercizio *extra delega* della funzione legislativa da parte del Governo (organo costituzionale il quale non ha un potere normativo "originario", ma solo "derivato" da quello parlamentare), in quanto in tale ipotesi non v'è in effetti un esercizio del potere legislativo 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 nel sistema le norme penali⁵⁴.

Il Collegio ha ritenuto poi che dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 28 del 2010 e n. 5 del 2014) emerga con nettezza la non assimilabilità della situazione in cui una norma sia emanata dal Governo *extra delega* a quella in cui la norma sia emanata dal Parlamento, seppure con un procedimento viziato.

⁵³ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017.

⁵⁴ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017.

In particolare, il principio di riserva di legge in materia penale non può arretrare quando la disposizione penale favorevole “generale” o “comune” costituisca il frutto dell’esercizio del potere legislativo in materia penale da parte del Parlamento; dunque da parte dell’organo che, secondo la Costituzione, è deputato alla formazione delle leggi e legittimato, dall’art. 25, comma 2, Cost., a legiferare in materia penale. Ed invero, nel caso in cui il Parlamento abbia esercitato il potere in violazione delle disposizioni, pure di rilievo costituzionale, che ne regolano le modalità ed i limiti, come appunto quella di cui all’art. 77, comma 2, Cost., nel necessario giudizio di bilanciamento fra i principi di rango costituzionale, quello dell’art. 77, comma 2, Cost. non può non essere recessivo rispetto al confliggente principio dell’art. 25, comma 2, Cost., in quanto strettamente connesso alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali del cittadino⁵⁵.

1.6. L’illegittimità costituzionale dell’art. 75-bis t.u. stup. in tema di misure di prevenzione atipiche

A distanza di poco più di due anni la Corte costituzionale ha ripreso le argomentazioni sviluppate nella sent. n. 32 del 2014 per dichiarare l’illegittimità costituzionale nella sua integralità anche dell’art. 4-*quater* d.lg. n. 272 del 2005 (conv. con modif. nella l. n. 49 del 2006), il quale aveva inserito – esclusivamente in sede di conversione – l’art. 75-*bis* d.P.R. n. 309 del 1990 (provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica)⁵⁶.

⁵⁵ Così esplicitamente ancora Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017, secondo cui nel caso in oggetto, la norma di cui all’art. 4-*bis* l. n. 49 del 2006 è stata introdotta dal Parlamento quale disposizione aggiuntiva rispetto a quelle presenti nel decreto legge da convertire in legge. La norma generale favorevole è stata emanata, non da parte del Governo *extra* delega, cioè sostanzialmente in mancanza di potere legislativo, bensì dal Parlamento, organo costituzionale cui spetta in via esclusiva di legiferare in materia penale, pur commettendo un vizio procedurale di rilievo costituzionale (in quanto contrastante con l’art. 77, comma 2, Cost.), che ha consentito di percorrere una sorta di corsia preferenziale per l’approvazione delle medesime e di ottenere un’accelerazione del procedimento di formazione normativa.

⁵⁶ Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2760 ss., con osservazioni di E. APRILE.

Il legislatore del 2006 aveva collocato in un'unica disposizione (art. 75-*bis*) una serie di norme concernenti sia l'applicazione di misure di prevenzione personali atipiche, sia la reazione sanzionatoria alla trasgressione di tali misure⁵⁷.

In pratica, l'art. 75-*bis* t.u. stup. prevedeva la possibilità di assoggettare a determinate (atipiche) misure di prevenzione personali⁵⁸ i soggetti tossicodipendenti che avevano commesso illeciti amministrativi in materia di sostanze stupefacenti ai sensi dell'art. 75 t.u. stup., allorché, in relazione alle modalità e alle circostanze dell'uso, dalla condotta potesse derivare pericolo per la sicurezza pubblica. Il tossicodipendente interessato dalla misura di polizia poteva essere soltanto una persona che risultasse già condannata, anche non definitivamente, per reati contro la persona, reati contro il patrimonio, reati previsti nel testo unico degli stupefacenti o dalle norme sulla circolazione stradale.

Si trattava pertanto di una misura disposta dal questore nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi, e applicata in assenza della commissione di un reato (la detenzione di sostanze stupefacenti è ad uso personale); la convalida della misura era poi affidata al giudice di pace (a meno che il soggetto non sia minorenni, rispetto al quale era competente invece il tribunale per i minorenni)⁵⁹.

La disciplina legislativa dell'atipica misura di prevenzione ha dato luogo a critiche: si è segnalata la vaghezza e genericità dei presupposti applicativi, la particolare afflittività dei provvedimenti

⁵⁷ Per la suprema Corte, le misure previste dall'art. 75-*bis* d.P.R. n. 309 del 1990 sono inquadrabili nella categoria delle misure di prevenzione, come è reso palese dalla natura delle prescrizioni che possono essere imposte, che ricalcano quelle previste dalla l. n. 1423 del 1956, art. 5 (Cass., sez. VI, 6 luglio 2011, n. 35227, Murno, in *C.E.D. Cass.*, n. 250840).

⁵⁸ Le misure di prevenzione atipiche di cui al primo comma dell'art. 75-*bis* consistono: nell'obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso la Polizia o i Carabinieri; nell'obbligo di rimanere nella propria abitazione; nel divieto di frequentare locali pubblici; nel divieto di allontanamento dal comune di residenza; nell'obbligo di comparire presso un ufficio di polizia in orario scolastico; nel divieto di condurre autoveicoli o motoveicoli.

⁵⁹ Nella giurisprudenza di legittimità si è ritenuto che avverso il decreto con cui il giudice di pace convalida il provvedimento del questore assunto a norma dell'art. 75-*bis*, è esperibile il solo ricorso per cassazione, trattandosi di misura limitativa della libertà personale, e solo per violazione di legge, analogamente a quanto previsto in tema di misure di prevenzione, alle quali il citato provvedimento è assimilabile (Cass., sez. IV, 7 ottobre 2010, n. 41597, Perna, in *C.E.D. Cass.*, n. 248445).

che limitano fortemente la libertà dei soggetti interessati; inoltre, essendo una materia attinente alla libertà personale, si è affermato che sarebbe stata giustificata la scelta di assegnare la competenza per la convalida della misura al giudice ordinario⁶⁰.

L'inosservanza anche di una sola di siffatte misure di prevenzione personali integrava la contravvenzione prevista al comma 6 dell'art. 75-bis t.u. stup.; tale illecito penale era punito con l'arresto da 3 a 18 mesi⁶¹. Da notare che la previsione di sanzioni penali detentive per l'inottemperanza della misura di polizia introduceva, seppure indirettamente, il carcere per il semplice consumatore di stupefacenti⁶².

In via preliminare la Corte costituzionale ha ampliato il *thema decidendum*, rideterminandolo. Invero il giudice *a quo* – investito della richiesta di emissione di un decreto penale di condanna per il reato ex art. 75-bis, commi 1 lett. a e 6, contestatogli per aver contravvenuto al provvedimento emesso nei suoi confronti dal Questore di Napoli – ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 4-quater che ha introdotto esclusivamente in sede di conversione l'art. 75-bis, contenente una contravvenzione per l'inosservanza di misure di prevenzione nei confronti di tossicodipendenti (istituite con la medesima disposizione).

A tale proposito, il Giudice delle leggi ha osservato che il dispositivo dell'ordinanza di rimessione deve essere letto unitamente alla sua motivazione, dalla quale si evince chiaramente che le censure sollevate dal rimettente attengono a un vizio dell'intero art. 4-quater; vizio dipendente dalla disomogeneità del suo contenuto rispetto a quello dell'originario decreto legge. Il contenuto normativo della disposizione impugnata è rappresentato, dunque, dall'inestricabile collegamento tra la previsione di particolari misure di prevenzione nei confronti di persone tossicodipendenti e di una contravvenzione

⁶⁰ G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 298 ss.

⁶¹ Cfr. A. MONTAGNI, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti, Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, Utet, 2010, p. 687, il quale osserva come le sanzioni penali conseguenti all'inosservanza delle prescrizioni di natura amministrativa, già previste dall'art. 76, comma 12, d.P.R. n. 309 del 1990 erano state eliminate a seguito dell'abrogazione referendaria di detto art. 76, ai sensi dell'art. 1 d.P.R. n. 171 del 1993.

⁶² G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 298.

per il caso della loro inosservanza. Conseguentemente, deve ritenersi che l'oggetto della questione di legittimità costituzionale è costituito dal citato art. 4-*quater* nella sua integralità⁶³.

Ad avviso della Corte costituzionale anche qui vi è disomogeneità tra la disposizione impugnata inserita solo in sede di conversione (art. 4-*quater*) e l'originario decreto legge (n. 272 del 2005), il quale all'art. 4 in tema di recupero dei tossicodipendenti recidivi contempla una norma di natura processuale ed esecutiva il cui fine è quello di impedire l'interruzione dei programmi di recupero dalla tossicodipendenza di determinate categorie di recidivi. Le considerazioni sviluppate con la citata sentenza n. 32 del 2014, che hanno indotto a censurare la disomogeneità delle disposizioni aggiunte dagli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* rispetto all'originario decreto-legge, valgono – secondo la Corte costituzionale – pertanto altresì per la disposizione di cui all'art. 4-*quater* ⁶⁴.

Per la Consulta, la disposizione di cui all'art. 4-*quater*, prevedendo anche norme a carattere sostanziale, svincolate da intenti di recupero del tossicodipendente, e orientate a finalità di prevenzione di pericoli per la sicurezza pubblica, ha un obiettivo e un contenuto del tutto estraneo rispetto a quello del decreto legge, evidenziando così una violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. per difetto del requisito dell'omogeneità, in assenza di qualsivoglia nesso funzionale tra le disposizioni del decreto-legge e quelle introdotte, con emendamento, in fase di conversione⁶⁵.

Ebbene per effetto della sentenza costituzionale n. 94 del 2016, che non ha delimitato il *thema decidendum* alla sola ipotesi contravvenzionale di cui al comma 6, l'intera disposizione di cui all'art. 75-*bis* t.u. stup. è stata dichiarata incostituzionale; e di conseguenza da tale disposizione non sarà più possibile ricavare alcuna norma valida. Non solo dunque il reato è stato caducato, ma

⁶³ Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94, cit.

Va segnalato in proposito che se fosse stato dichiarato incostituzionale solo il reato di inosservanza della misura di polizia, sarebbero rimaste valide le norme relative alle singole misure. La trasgressione della misura avrebbe potuto essere sanzionata attraverso la previsione generica di cui all'art. 650 c.p.

⁶⁴ Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94, cit.

⁶⁵ Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94, cit.

anche tutte le singole misure di prevenzione personali contenute nel citato art. 75-*bis* sono venute meno con effetti *ex tunc*. L'esito della pronuncia è perciò quello di una necessaria revoca, ex art. 673 c.p.p., di tutte le sentenze definitive pronunciate sulla base della contravvenzione dichiarata incostituzionale; e dell'automatica caducazione di tutte le misure di prevenzione personali disposte dal Questore sulla scorta della disciplina di cui all'art. 75-*bis* t.u. stup. annullato con effetti retroattivi.

2. La nuova incriminazione del fatto di lieve entità

Sommario: 2.1. La trasformazione della circostanza in autonoma figura di reato. – 2.2. La declaratoria di incostituzionalità e la sopravvivenza della nuova figura di reato *ex art. 73 comma 5* – 2.3. Il dubbio di costituzionalità sull'attuale comma 5 dell'art. 73. – 2.3.1. La pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 23/2016). – 2.4. La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. – 2.5. L'associazione finalizzata a fatti di lieve entità (art. 74, comma 6).

2.1. La trasformazione della circostanza in autonoma figura di reato

Passiamo ora all'analisi più da vicino di un'altra recente innovazione (legislativa) che ha inciso in modo significativo sul sistema degli stupefacenti: la modifica dell'art. 73, comma 5, t.u. stup. Quest'ultima disposizione introduceva una circostanza attenuante "speciale" dei delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990; circostanza "ad effetto speciale" perché comportava una diminuzione della pena superiore ad un terzo (cfr. art. 63, comma 3, c.p.)¹. La *ratio*

¹ In giurisprudenza è stato precisato che, pure a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-bis, l. n. 49 del 2006, l'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle

della circostanza attenuante veniva ravvisata nell'esigenza di accordare una particolare attenuazione della dimensione offensiva del fatto concreto, il quale – per le sue caratteristiche relative ai “mezzi”, alle “modalità” o alle “circostanze dell'azione” ovvero alla “qualità e quantità delle sostanze” droganti – si rilevi come minimamente pericoloso rispetto al risultato della diffusione degli stupefacenti tra i possibili assuntori².

L'art. 2, comma 1, lett. a) d.lg. n. 146 del 2013 ha sostituito infatti il comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. così come era previsto nella legge “Fini-Giovanardi”. Il novellato art. 73 comma 5 cit. ha introdotto in sostanza una nuova incriminazione (sanzionata – in un primo momento – con la reclusione da uno a cinque anni), la cui fattispecie ricalca quella della previgente e sostituita circostanza attenuante speciale del “fatto di lieve entità”³.

La fattispecie prevista dal comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge, costituisce ormai un'autonoma ipotesi di reato e non più una circostanza attenuante ad effetto speciale; e pertanto non sono più applicabili nei suoi confronti i criteri di bilanciamento delle circostanze previsti dal comma 4 dell'art. 69 c.p.⁴.

Nonostante la trasformazione da circostanza attenuate in ipotesi autonoma di reato, i caratteri costitutivi del fatto di lieve entità sono nondimeno rimasti gli stessi. Esso è configurabile nelle ipotesi di

sostanze) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva (Cass., sez. un., 24 giugno 2010, n. 35737, Rico, in *C.E.D. Cass.*, n. 247910).

² Cfr. G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Laurus Robuffo, 2006, p. 167 ss.

³ Cfr. per un primo commento G. TOSCANO, *Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità*, in *Leg. pen.*, n. 4, 2014, p. 351 ss.

⁴ Così Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, Verderamo, in *Archivio penale web*, con nota di M. GAMBARDELLA; Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 2295/2014, Dhiab Ayari, in *C.E.D. Cass.*, n. 257767; in senso analogo Cass., sez. IV, 11 febbraio 2014, n. 11525, Sotgiu, *ivi*, n. 258189; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 5143, Skiri Mourad, *ivi*, n. 258773. In dottrina, v. ad esempio A.M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990. Dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 142; E. MAZZANTI, *Punti fermi e questioni in sospenso nella recente evoluzione del diritto penale in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 531 ss.; G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 886 ss.

minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio⁵.

Non appare irragionevole fondare il giudizio sulla lieve entità del fatto anche sulla natura dello stupefacente, essendo così astrattamente possibile riconoscere la lieve entità in presenza di condotte relative alle sole droghe "leggere" (ad esempio, derivati della *cannabis*); e ciò sembra avvalorato ancor più dopo la sentenza costituzionale n. 32 del 2014, che ha mutato il quadro normativo distinguendo il trattamento sanzionatorio tra droghe "leggere" e "pesanti"⁶. Inoltre, ai fini del riconoscimento dell'ipotesi lieve, quando ricorre la contestuale detenzione spazio-temporale di sostanze stupefacenti di diversa natura, deve eseguirsi un'unica e complessiva valutazione della condotta illecita⁷.

Si è poi ritenuto che il fatto di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73, in presenza di indici concreti che denotino la minima offensività della condotta (qualità, quantità, mezzi, modalità e circostanze dell'azione), è configurabile nel caso in cui le quantità di droga oggetto del reato siano rilevanti solo virtualmente, perché non

⁵ Cfr. Cass., sez. III, 19 marzo 2014, n. 27064, Fontana, in *C.E.D. Cass.*, n. 259664; Cass., sez. VI, 28 gennaio 2014, n. 9892, Bassetti; Cass., sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 15020, Bushi. In dottrina, cfr. G. TOSCANO, *Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità*, cit., p. 355.

⁶ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 282 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, n. 22643, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1664, secondo cui ai fini della sussistenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità è possibile attribuire rilievo non soltanto alla maggiore o minore purezza della sostanza, ma anche alla natura della stessa.

⁷ Cass., sez. III, 4 dicembre 2014, n. 6824, Masella, in *C.E.D. Cass.*, n. 262483. Tuttavia secondo Cass., sez. III, 5 giugno 2015, n. 26205, Khalfi, *ivi*, n. 264065, la lieve entità non è configurabile nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, a prescindere del dato quantitativo, per la maggiore offensività della condotta al bene tutelato della salute pubblica. In seguito, in senso contrario, Cass., sez. IV, 3 novembre 2016, n. 48850, Barba, in *C.E.D. Cass.*, n. 268218, la quale ha affermato che in caso di detenzione di quantità non rilevanti di stupefacente, la diversa tipologia della sostanza non può di per sé costituire ragione sufficiente ad escludere l'ipotesi di lieve entità di cui al comma 5 art. 73, qualora le peculiarità del caso concreto siano indicative di una complessiva minore portata dell'attività svolta dallo spacciatore.

destinate a circolare e ad essere immesse sul mercato, in quanto oggetto di consegna controllata in attività sotto copertura svolta da agenti delle forze di polizia⁸.

Successivamente il legislatore ha modificato il trattamento sanzionatorio del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup., in sede di conversione del d.lg. n. 36 del 2014 (l. n. 79 del 2014), mitigandolo (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da 1.032 a 10.329 euro). Si è ritornati alla medesima cornice edittale per i fatti di lieve entità relativi alle droghe "leggere" prevista dalla legge Iervolino-Vassalli, estendendola così anche alle droghe "pesanti" per le quali il testo unico in origine stabiliva la pena da uno a sei anni di reclusione.

Il nuovo limite massimo di pena (quattro anni) per i fatti di cui al comma 5 consente ancora l'arresto in flagranza (art. 381, comma 1, c.p.p.) e il conseguente giudizio direttissimo, ma preclude la misura cautelare della custodia in carcere. Sussiste inoltre la possibilità di chiedere la "sospensione del processo con messa alla prova" ai sensi degli artt. 168-bis e ss. c.p.; e ricorrendone i presupposti legali può operare la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.⁹. In particolare, su quest'ultimo punto, si è chiarito che la fattispecie di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sono fattispecie strutturalmente e teleologicamente non coincidenti, poiché, mentre ai fini della concedibilità della prima il giudice è tenuto a valutare i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione nonché la quantità e la qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa, ai fini del riconoscimento della causa di non

⁸ Cfr. Cass., sez. III, 15 gennaio 2016, n. 31415, in *C.E.D. Cass.*, n. 267515, in una fattispecie relativa al reato di importazione di sostanze stupefacenti di diversa qualità e per quantitativi anche ingenti, che erano stati, tuttavia, sequestrati subito dopo l'ingresso nel territorio nazionale per essere ceduti solo in piccole quantità "campione", in vista della successiva attività investigativa di individuazione degli acquirenti.

⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 1 ss.; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 3, la quale nota come l'impossibilità di ricorrere alla custodia cautelare in carcere, potrebbe avere quale effetto collaterale la qualificazione del fatto ai sensi del comma 1 piuttosto che del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup.; A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 56 ss.

punibilità devono essere considerate le modalità della condotta, il grado di colpevolezza da esse desumibile e l'entità del danno o del pericolo ed altresì il carattere non abituale della condotta¹⁰.

L'autonomia della figura è inoltre facilmente ricavabile dall'iniziale clausola di riserva ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), la quale presuppone logicamente che il fatto preso in considerazione dal comma 5 cit. costituisca già di per sé un illecito penale; e dall'univoca relazione di accompagnamento del decreto legge. In quest'ultima si afferma testualmente che trattandosi di un intervento teso a ridurre l'accesso al carcere, si è resa ipotesi autonoma di reato la fattispecie circostanziale prevista dal comma 5 art. 73 t.u. stup., in modo da sottrarla al giudizio di comparazione fra circostanze¹¹.

Sul piano della tecnica normativa, va poi aggiunto che le modalità di tipizzazione del fatto corrispondono a quelle usate all'articolo 74, comma 6, t.u. stup., la cui fattispecie configura – secondo la giurisprudenza di legittimità – un'ipotesi delittuosa autonoma rispetto a quella ordinaria di cui al comma 1 dello stesso articolo¹².

Anche secondo la dottrina, la modifica normativa è volta – oltre che alla riduzione del massimo della pena detentiva – a trasformare la condotta in esame da circostanza attenuante a figura autonoma di reato, allo scopo precipuo di sottrarla al bilanciamento delle circostanze e, in particolare, al caso assai frequente del concorso con l'aggravante della recidiva, per evitare che il più mite trattamento

¹⁰ Cass., sez. IV, 15 luglio 2016, n. 48758, in *C.E.D. Cass.*, n. 268258.

¹¹ Cfr. M. GAMBARELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 10 ss.; G. TOSCANO, *Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità*, cit., p. 354.

¹² In dottrina, si è criticata la scelta del legislatore di rendere autonoma la fattispecie mantenendo però lo stesso soggetto attivo, l'identica condotta, l'identico oggetto materiale e l'identico elemento soggettivo; e differenziandosi solo per elementi secondari e accidentali (ad es.: qualità e quantità delle sostanze, mezzi, modalità e circostanze dell'azione), che stanno intorno al reato ma non ne definiscono la struttura (cfr. A. LEOPIZZI, *Minima Poenalia. Stupefacenti: questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, in *Giust. pen.*, 2014, II, c. 141 ss.; in senso analogo v. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 74 ss., p. 277 ss.).

sanzionatorio possa essere vanificato con il ritorno alle pene stabilite dalla figura base¹³.

Si è detto inoltre che la trasformazione dell'ipotesi del traffico di stupefacenti di lieve entità da circostanza attenuante ad ipotesi autonoma di reato sembra peraltro del tutto in linea con le recenti affermazioni della Corte costituzionale che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 69 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. (ai sensi della modifica apportata dalla l. n. 251 del 2005, c.d. legge "ex Cirielli"), ha messo in evidenza come «le disposizioni di cui al primo e al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 rispecchiano due situazioni enormemente diverse dal punto di vista criminologico, in quanto al comma 1 è prevista la condotta del grande trafficante, che dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di sostanze stupefacenti senza mai esporsi in luoghi pubblici, laddove al comma 5 è contemplata la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo "sulla strada" la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti»¹⁴.

Dal punto di vista del sistema normativo, la nuova ipotesi di reato si pone in rapporto di specialità rispetto alle fattispecie delittuose in materia di traffico di stupefacenti previste nei commi precedenti. Rispetto a queste ultime si configura una relazione di "specialità sincronica sopravvenuta". Un rapporto di specialità, cioè, tra norme che coesistono nel sistema penale.

Beninteso il rapporto di specialità deve essere instaurato sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 con le norme incriminatrici contenute nell'art. 73 nella formulazione della legge "Fini-Giovanardi"; dopo – come vedremo meglio in

¹³ A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, § 6; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 75 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4043, con osservazioni di C. BERNASCONI. V. inoltre A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri*, cit., § 6; A.M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990*, cit., p. 136 ss.

seguito – nella versione scaturente dalla ripristinata legge “Iervolino-Vassalli”. La specialità sincronica – la relazione di genere a specie tra norme – può anche “sopravvenire”, come nel nostro caso: nel senso che la norma speciale è stata “aggiunta” alla norma generale. In questa ipotesi, si ha in pratica l'introduzione di una norma incriminatrice speciale senza l'eliminazione della corrispondente norma incriminatrice generale. Nel caso di specie, la norma incriminatrice speciale in materia di traffico di stupefacenti per fatti di lieve entità ha sottratto la disciplina di alcuni tipi di comportamenti, prima puniti attraverso la norma generale in forma circostanziata.

L'area incriminatrice non si è ridotta, poiché la porzione sottratta alla norma incriminatrice generale nella sua forma circostanziata, è confluita nella nuova norma incriminatrice speciale. Pertanto, la specialità sincronica sopravvenuta non attiene al fenomeno dell'*abolitio criminis* parziale né tanto meno integrale, a differenza della specialità diacronica dove l'avvicendamento nel tempo di due norme in relazione di genere a specie conduce al fenomeno della limitata abrogazione normativa.

Opera nel nostro caso la disciplina del comma 4 dell'art. 2 c.p.: la nuova incriminazione speciale più favorevole si applica ai procedimenti penali in corso; mentre, le sentenze di condanna passate in giudicato restano ferme: nessuna possibilità di incidere sulle stesse, giacché non residua alcuno spazio per vicende di tipo abolitivo (nemmeno abrogazione parziale)¹⁵.

Proprio perché il legislatore ha introdotto una norma incriminatrice che ha determinato l'instaurazione di una relazione di specialità (in cui la nuova figura di reato è speciale), appare non opportuno o quantomeno problematico l'inserimento della clausola di riserva iniziale che esclude l'applicazione della ipotesi di lieve entità qualora il fatto “costituisca più grave reato”: il fatto storico che integra il nuovo comma 5 integra logicamente anche la norma generale la quale ha un trattamento sanzionatorio più grave, e dunque il campo di operatività in concreto della nuova disposizione

¹⁵ Cfr. M. GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, p. 198 ss.

di cui al comma 5 cit. potrebbe risultare di complicata e incerta identificazione. A meno che non si opti – al fine di evitare ciò – per l'*escamotages* già sperimentato dalla giurisprudenza nei rapporti tra gli artt. 316-ter e 640-bis c.p.: in cui si è ravvisato un rapporto di sussidiarietà e non di specialità, al fine di dotare appunto di una area di applicazione in concreto il delitto di indebita percezione di erogazioni pubbliche¹⁶.

2.2. La declaratoria di incostituzionalità e la sopravvivenza della nuova figura di reato ex art. 73 comma 5

La dichiarazione di incostituzionalità del comma 5 nella formulazione della legge "Fini-Giovanardi", non ha determinato effetti diretti sulla validità della nuova incriminazione oggi prevista al medesimo comma e inserita dal d.lg. n. 146 del 2013 (conv. con modif. dalla l. n. 10 del 2014)¹⁷. E dunque appare del tutto condivisibile l'affermazione immediatamente contenuta nelle prime decisioni della suprema Corte, secondo cui il comma 5 cit. non si può in alcun modo ritenersi travolto dalla pronuncia della Consulta¹⁸.

Sulla questione la Corte costituzionale in motivazione ha preso chiaramente posizione, affermando che «risulta evidente che nessuna incidenza sulle questioni sollevate possono esplicare le modifiche apportate all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 dall'art. 2 d.lg. 23 dicembre 2013, n. 146 [...] dal momento che le modifiche, intervenute *medio tempore* ... sono tali da non influire sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente in ordine alla formazione della legge di conversione n. 49 del 2006, con riguardo a disposizioni differenti. Inoltre, gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568, Carchivi, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3213, con nota di P. TROJANO.

¹⁷ In tal senso è orientata la Relazione dell'Ufficio del Massimario, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute*, cit., p. 23 ss.

¹⁸ Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, cit. In tal senso, cfr. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13903, in *Diritto penale contemporaneo*.

disposta con il decreto-legge n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest'ultima» (§ 3 del *considerato in diritto*)¹⁹.

D'altronde l'incostituzionalità dell'equiparazione tra droghe "pesanti" e droghe "leggere" nell'art. 73 t.u. stup. è stata dichiarata per un profilo formale (un vizio procedurale) e non sostanziale relativo alla irragionevolezza di aver parificato il trattamento sanzionatorio delle differenti tipologie di sostanze stupefacenti e psicotrope in ragione della loro diversa pericolosità; e dunque il legislatore potrebbe nuovamente inserire l'equiparazione tra le droghe "leggere" e quelle "pesanti".

Il profilo dell'indipendenza delle disposizioni caducate dalla sentenza della Corte rispetto alla nuova figura di reato di traffico di stupefacenti per fatti di lieve entità, può essere ulteriormente irrobustito mediante un altro argomento, al fine di avvalorare l'affermazione del Giudice delle leggi che ha espressamente "salvato", da un'ipotizzabile "disapplicazione a cascata", la nuova incriminazione di cui al comma 5 cit. In effetti, nessuna continuità normativa può essere colta tra la previgente circostanza attenuante e la nuova incriminazione. Mentre, quest'ultima si pone in continuità normativa con le figure criminose contemplate ai commi precedenti dell'art. 73 t.u. stup., attraverso – come detto – la relazione di specie a genere, dando luogo ad una ipotesi di concorso apparente (secondo lo schema della specialità sincronica sopravvenuta).

Non si è introdotta una nuova circostanza che modifica la previgente: vi è stata dunque una frattura tra la norma penale espressa dal precedente comma 5 e la nuova norma la quale è di natura incriminatrice. Tale ultima norma – lo si ripete – si pone in un rapporto "sottrattivo" con gli attuali illeciti penali delineati nei precedenti commi del medesimo art. 73 t.u. stup.: è norma derogante, che sottrae un gruppo o una classe di casi e perciò riduce lo spazio di applicazione delle norme incriminatrici "derogate".

Annullata, come accennato, dalla Corte costituzionale la norma già abrogata dal legislatore senza una vera e propria sostituzione con

¹⁹ C. cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit.

una norma esprimente una omogenea o eterogenea circostanza attenuante, “rivive”, fino all’entrata in vigore del d.lg. n. 146 del 2013 e del suo nuovo comma 5 (24 dicembre 2013), la previgente circostanza attenuante speciale della legge “Iervolino-Vassalli”²⁰.

Ma si badi bene la nuova incriminazione è espressione dell’esercizio di una potestà normativa autonoma rispetto a prima: non è una sostituzione, ma una frattura. Il nuovo art. 73 comma 5 non rinvia a nessun precedente testo: è una nuova e possibile scelta del legislatore, nell’ambito della sua ordinaria potestà legislativa.

I vizi inficianti la validità della nuova norma incriminatrice, non possono dipendere dal vizio procedurale, *ex art. 77, comma 2, Cost.*, cui era affetta la previgente disposizione attenuativa della risposta penale contemplata al comma 5 dell’art. 73 t.u. stup. Ormai superata dalla autonoma introduzione della nuova incriminazione del fatto lieve: non bisogna farsi ingannare dal medesimo contenuto tra la circostanza e l’incriminazione: c’è stata una discontinuità, una frattura segnata dall’avvicendamento tra una circostanza e una figura autonoma di reato. Alla luce di siffatte considerazioni, alle condotte di traffico e spaccio di sostanze stupefacenti di lieve entità commesse dopo la modifica intervenuta con il d.lg. n. 146 del 2013 va applicata la disciplina inserita con tale provvedimento legislativo (e successive variazioni) che ha previsto l’autonoma e speciale figura di reato.

E di ciò ha preso atto anche il legislatore, il quale con il citato d.lg. n. 36 del 2014, in sede di conversione in legge, ha nuovamente sostituito il comma 5 dell’art. 73 per modificare *in melius* il trattamento sanzionatorio.

2.3. Il dubbio di costituzionalità sull’attuale comma 5 dell’art. 73

Una volta riconosciuto che tale incriminazione, nonostante l’intervento ablativo compiuto dalla Corte costituzionale, sia tuttora

²⁰ Non c’è dubbio che qui ricorre una ipotesi in cui la Corte costituzionale ha annullato una norma non più vigente dal punto di vista temporale, perché già precedentemente abrogata dal legislatore (cfr. M. GAMBARELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 9 ss.; in tal senso v. inoltre A.M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990*, cit., p. 144).

in vigore, si apre allora lo spazio per dubitare della legittimità costituzionale dell'attuale comma 5 dell'art. 73 t.u. stup.²¹. Anche perché proprio nella motivazione della sent. n. 32 del 2014, si chiarisce che resta «impregiudicata la valutazione di questa Corte in relazione ad eventuali ulteriori impugnative aventi ad oggetto altre disposizioni della medesima legge» (§ 4.5. del *considerato in diritto*).

Ora – a differenza di quanto affermato nella giurisprudenza di legittimità²² e soprattutto dalla Corte costituzionale che, come vedremo nel § successivo, ha stimato inammissibile la questione – la norma incriminatrice che si ricava dal comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. potrebbe essere reputata invalida, perché affetta da irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*: è stata emanata sul presupposto di una certa disciplina (equiparazione tra sostanze stupefacenti “leggere” e “pesanti”), la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima seppure per vizio formale. La nuova incriminazione per i fatti di lieve entità – che accorpa sotto un'unica cornice edittale le condotte concernenti sia le droghe “leggere” che quelle “pesanti” – non appare quindi “coerente” con l'attuale sistema penale degli stupefacenti, che distingue quanto al trattamento sanzionatorio tra tipologie di sostanze stupefacenti; e su tale distinzione differenzia nettamente il trattamento sanzionatorio delle condotte criminose previste nei commi precedenti al quinto²³. Dubbi sulla ragionevolezza della previsione, che sono aumentati oltretutto a seguito della conversione in legge del d.lg. n. 36 del 2014: in tale sede, infatti, il Parlamento ha ripristinato la distinzione del quadro sanzionatorio tra droghe “leggere” e droghe “pesanti” con riguardo agli illeciti amministrativi di cui all'art. 75 t.u. stup.²⁴.

Un ulteriore aspetto di incoerenza formale era dato dagli artt. 13 e 14 t.u. stup. nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, che

²¹ Cfr. in tal senso A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 3 ss.

²² Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, cit.; Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13903, cit.

²³ Cfr., per l'eventualità che il comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella formulazione uscente dal d.lg. n. 146 del 2013 sia irragionevole *ex art. 3 Cost.*, A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute*, cit., p. 3 ss.; M. GAMBARDILLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 17 ss.

²⁴ L. ROMANO, *La riforma della normativa*, cit., p. 4 ss.

legittimavano il sistema unificato delle sostanze stupefacenti²⁵. Le due disposizioni sono state infatti demolite a seguito della citata sentenza n. 32 del 2014, facendo rivivere così la precedente disciplina. E pertanto sono venute meno le disposizioni che raggruppavano in due tabelle le sostanze stupefacenti, ripristinandosi le previe sei tabelle previste dall'originario testo del d.P.R. n. 309 del 1990. Tale incoerenza formale ha creato però altresì delicati problemi di ricostruzione della fattispecie legale: perché le tabelle raggruppanti le sostanze stupefacenti – secondo lo schema delle c.d. norme penali in bianco – concorrono a delineare la condotta penalmente rilevanti di siffatte tipologie di reati (cfr. § 7). Oltretutto l'art. 75 t.u. stup. in tema di illeciti amministrativi richiamava le due tabelle caducate a seguito della sentenza n. 32 della Corte costituzionale²⁶. A questi elementi di incoerenza ha cercato in qualche modo, come si dirà dopo, di mettere riparo il legislatore emanando il già menzionato d.lg. n. 36 del 2014 (cfr. Cap. VIII).

La norma di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella versione scaturita a seguito del d.lg. n. 146 del 2013 appariva inoltre irragionevole, perché la nuova figura di reato speciale per fatti di lieve entità era sanzionata – a seguito della sentenza della Corte costituzionale – con una pena certamente inferiore a quella della figura generale contemplata al comma 1 dello stesso articolo per le sostanze stupefacenti “leggere”, ma in realtà con limiti edittali quasi sovrapponibili (da due a sei anni di reclusione, per le ipotesi criminose base; da uno a cinque anni, per le ipotesi criminose di lieve entità). Indiziando così il mini-sistema degli stupefacenti di carenza di proporzione dal punto di vista “relativo”: per la mancanza di congruenza tra il fatto di reato di traffico di stupefacenti di lieve entità e la sua pena, valutata la congruenza in relazione comparativa con la gravità della pena comminata per le ipotesi base di reato aventi ad oggetto sostanze stupefacenti²⁷.

²⁵ In proposito, cfr. S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 555 ss.

²⁶ Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute*, cit., p. 32.

²⁷ Sulla distinzione tra la proporzione considerata in modo “assoluto” oppure “relativo”, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 30 ss.

Adesso, con il nuovi limiti edittali più favorevoli introdotti dalla legge di conversione del d.lg. n. 36 del 2014 per i fatti di lieve entità (reclusione da sei mesi a quattro anni), risulta in parte stemperata la questioni di costituzionalità concernente il principio di proporzione²⁸.

Qualora poi la Corte reputasse in futuro incostituzionale il comma 5 dell'art. 73 nella formulazione scaturita dal d.lg. n. 146 del 2013 (e successive modifiche), riviverebbe il comma 5 di cui alla legge "Iervolino-Vassalli" che, pur se *illo tempore* abrogato (in modo inefficace) dalla legge "Fini-Giovanardi", ritornerebbe in vigore essendo stata dichiarata incostituzionale, ed eliminata dunque *ex tunc*, tale ultima disciplina con la sent. n. 32 del 2014.

Il citato comma 5 nella versione della legge "Iervolino-Vassalli" si porrebbe, pertanto, come norma "ripristinata" da applicare anche per i fatti commessi sotto la vigenza del d.lg. n. 146 e della legge n. 10 del 2014 (facendo salva per le condotte "concomitanti" concernenti le droghe pesanti la possibilità di applicare la più favorevole norma incriminatrice annullata).

Ma per una soluzione astrattamente opposta, si rinvia alle considerazioni finali del prossimo paragrafo.

2.3.1. La pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 23/2016)

Con ordinanza del 5 febbraio 2015, il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione alla decisione quadro

²⁸ Da notare che il Tribunale di Nola aveva immediatamente sollevato incidente di costituzionalità dell'art. 73 comma 5 t.u. stup. per violazione dell'art. 3 Cost. con ordinanza dell'8 maggio 2014. Ad avviso del giudice rimettente, se da un lato per il congiunto effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale della sentenza n. 32 del 2014 e dell'entrata in vigore del d.lg. n. 146 del 2013, la disciplina sanzionatoria delle condotte aventi per oggetto sostanze stupefacenti risulta differenziata in base alla natura della sostanza per i fatti di non lieve entità e unificata per tutte le sostanze in relazione ai fatti di lieve entità. Dall'altro lato, non si ritiene tuttavia individuabile una finalità razionale tale da giustificare l'unificazione del trattamento sanzionatorio per i soli fatti di lieve entità, considerandosi così leso il canone di "uguaglianza formale e sostanziale" di cui all'art. 3 Cost. La Corte costituzionale però sulla scorta della modifica legislativa intervenuta con il d.lg. n. 36 del 2014 conv. con modif. dalla l. n. n. 79 del 2014 ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, al fine di valutare la questione alla luce del mutato quadro normativo (Corte cost., ord. 26 marzo 2015, n. 53).

del Consiglio dell'Unione europea 25 ottobre 2004, n. 2004/757/GAI e all'art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, come sostituito dall'art. 1, comma 24-ter, lettera a), d.lg. 20 marzo 2014, n. 36. Per quanto concerne l'analisi della questione riguardante la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per mancata attuazione della citata decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004, n. 2004/757/GAI, anche in riferimento all'art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali della UE, si rimanda al capitolo finale dove il tema sarà affrontato all'interno di una più ampia prospettiva. Si esamina subito qui la prima questione relativa alla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, nella parte in cui non distingue – nel trattamento sanzionatorio – tra fatti di lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti di cui alla tabella I e fatti di lieve entità concernenti sostanze stupefacenti appartenenti alla differente tabella II dell'art. 14 d.P.R. n. 309 del 1990.

Ad avviso del Giudice remittente, la disciplina oggetto di censura violerebbe, in primo luogo, il principio di ragionevolezza: vigerebbe, infatti, un trattamento sanzionatorio differenziato a seconda delle sostanze per le ipotesi di non lieve entità, mentre analoga proporzione non sarebbe rispettata nell'ipotesi di lieve entità del fatto, così determinando una irragionevole asimmetria punitiva.

Alla predetta "irragionevolezza estrinseca" si aggiungerebbe la "disomogeneità intrinseca" del disvalore del reato, non potendosi ritenere che il fatto di lieve entità commesso con cosiddette "droghe pesanti" sia parificabile a quello commesso con cosiddette "droghe leggere", stante il «diverso spessore dell'interesse tutelato». Ciò determinerebbe, secondo il Tribunale, anche una violazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale, ex art. 3 Cost.

Secondo il Tribunale, inoltre, sarebbe violato l'art. 27, comma 3, Cost., in quanto la previsione di una sanzione unica per condotte diverse non garantirebbe la finalità rieducativa della pena, né sarebbe conforme al principio di proporzionalità codificato all'art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali della UE²⁹.

²⁹ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 comma 5 t.u. stup.; insindacabile la scelta*

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, ritenendo che il giudice *a quo* abbia domandato alla Corte un intervento additivo in materia penale, in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate³⁰.

La Corte rammenta infatti la sua costante giurisprudenza, sulla base della quale sono inammissibili questioni formulate con un *petitum* che, per l'ampiezza della sua portata additiva, non si configura come unica soluzione costituzionalmente obbligata. Tanto più in materie rispetto alle quali è stata riconosciuta ampia discrezionalità del legislatore.

Per la Corte costituzionale siamo in presenza di una materia rispetto alla quale deve riconoscersi un ampio margine di libera determinazione al legislatore, posto che si chiede alla Corte di intervenire sulla configurazione del trattamento sanzionatorio di condotte individuate come punibili. Tale conclusione è altresì avvalorata dalla considerazione che, a seguito delle recenti modifiche normative e in base al "diritto vivente" consolidatosi su di esse, il fatto di lieve entità di cui al testo censurato dell'art. 73, comma 5, t.u. stup. costituisce una fattispecie autonoma di reato, e non più una circostanza attenuante del fatto non lieve, come si riteneva nel vigore del testo previgente alle modifiche introdotte dapprima nel 2013 e poi nel 2014.

Pertanto, in considerazione dell'autonomia della fattispecie qui in esame affermatasi nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, non sussiste più alcuna esigenza di mantenere una simmetria sanzionatoria tra fatti di lieve entità e quelli non lievi. Anche sotto questo profilo, dunque, non vi è ragione di ritenere che il legislatore sia vincolato a configurare intervalli edittali differenziati a seconda della natura della sostanza, nel caso di reati di lieve entità³¹.

legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere. Ad avviso del remittente, tale violazione si appalesa in modo più grave nel caso dei minorenni, per i quali le sanzioni previste potrebbero oggettivamente precludere benefici – quali la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale o l'applicazione di sanzioni sostitutive ex art. 30 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 – finalizzati a non interrompere i processi educativi in corso e a favorire la rapida uscita dal circuito criminale.

³⁰ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

³¹ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

Secondo la Corte costituzionale, poi, quanto alla misura della pena, il rimettente si limita ad affermare la necessità di una differenziazione dell'intervallo edittale, senza però indicare quale sarebbe quella costituzionalmente obbligata.

Nessun elemento può ricavarsi, in proposito, dall'invocato art. 49, § 3, della Carta dei diritti UE, che si limita a codificare il principio di proporzionalità della pena, il quale – al pari del principio di ragionevolezza, che nella giurisprudenza costituzionale è spesso richiamato unitamente ad esso – non permette alla Corte costituzionale di determinare autonomamente la misura della pena, ma semmai di emendare le scelte del legislatore in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento.

Inoltre, la Corte costituzionale non potrebbe sostituirsi al legislatore, in nome del principio di ragionevolezza e proporzionalità della pena, a fronte di disposizioni che – come quella in giudizio – lasciano al giudice un margine di valutazione sufficientemente ampio da permettergli di graduare proporzionalmente la pena anche in ragione della natura della sostanza. Va ricordato, infatti, che al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando, in tali casi, al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale.

In definitiva, per la Corte, la questione di costituzionalità mira ad ottenere un intervento additivo e manipolativo, per la riconfigurazione del sistema sanzionatorio dei fatti di lieve entità; richiesta che esorbita dai poteri spettanti al giudice delle leggi, tanto più che la novella ha lasciato ragionevoli spazi di discrezionalità al giudice per tradurre in pene minori, nell'ambito di un medesimo intervallo edittale, la minore gravità del fatto di lieve entità quale risulti anche dalla natura della sostanza³².

Un ultimo e autonomo argomento della Corte costituzionale deve essere nondimeno esaminato.

Ad avviso del Giudice delle leggi, il *vulnus* costituzionale lamentato dal rimettente non sarebbe rimediabile con una mera

³² Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, t.u. stup. il cui unico effetto sarebbe quello di eliminare del tutto l'ipotesi di lieve entità. Infatti, a differenza della questione decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, nel giudizio in esame non viene lamentato un vizio procedurale della legge, sicché deve escludersi, nel caso di specie, ogni "reviviscenza" (*rectius*: "ripresa di applicazione") delle disposizioni precedenti, che possa colmare il vuoto determinato da una eventuale pronuncia meramente ablativa della Corte costituzionale³³.

Ebbene, la Corte costituzionale sembrerebbe limitare il fenomeno della *reviviscenza* alle ipotesi in cui nella pronuncia di accoglimento viene colto un vizio formale: nella sequenza decreto legge → legge di conversione, oppure nell'eccesso di delega (cfr. sent. n. 94 del 2014). Smentendo altresì quanto sostenuto nell'ultima parte del paragrafo precedente, dove si è affermato che, in presenza di una eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 73, comma 5, t.u. stup., verrebbe ripristinato il comma 5 nella versione della legge "Iervolino-Vassalli".

Come si è accennato nel cap. I, la *reviviscenza* di norme abrogate non deve essere limitata ai vizi procedurali della legge, ma va considerata vicenda a spettro più ampio: vi rientrano in genere le ipotesi di annullamento di una norma abrogatrice da parte del Giudice costituzionale (cfr. sent. n. 13 del 2012)³⁴. Si verifica infatti il ripristino della norma abrogata a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge che l'aveva abrogata³⁵.

2.4. La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità

Opportunamente, la Corte costituzionale nella sent. n. 32 del 2014 (ultima parte § 6 del *considerato in diritto*) si è preoccupata di chiarire

³³ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

³⁴ Cfr. per un quadro aggiornato G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2015, p. 392 ss.

³⁵ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009, p. 76 ss.; A. CELOTTO, voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1998, p. 4 ss.

quali norme non sono più applicabili a seguito della dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*. In pratica, pur premettendo che rientra nei compiti del giudice comune, il “criterio interpretativo” viene individuato dalla Consulta nella presenza nel testo della disposizione di un rinvio agli articoli oggetto della pronuncia ablatoria³⁶.

Alla luce di tale criterio, bisogna ritenere non più vigente, in via diretta, il comma 5-*bis* dell’art. 73 t.u. stup. introdotto dalla legge “Fini-Giovanardi” nel 2006, che testualmente prevedeva nelle ipotesi di cui al comma 5 la possibile applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, perché travolto dalla declaratoria di incostituzionalità n. 32 del 2014, essendo stata la disposizione del comma 5-*bis* immessa dall’art. 4-*bis* della legge “Fini-Giovanardi”.

Di conseguenza, occorre reputare non più operativo pure il comma 5-*ter* dell’art. 73 t.u. stup., che estendeva ad ulteriori ipotesi l’area di operatività della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità di cui al comma 5-*bis* del citato art. 73, poiché il comma 5-*ter* era privo ormai di “oggetto” e pertanto senza più possibilità di trovare applicazione.

Come si dirà meglio nel prosieguo, tuttavia, sul piano intertemporale la legge penale ritenuta incostituzionale continua ad applicarsi ai “fatti concomitanti” alla sua vigenza qualora sia in concreto più favorevole³⁷.

Per ovviare a tale caducazione della sanzione sostitutiva, il legislatore con la legge di conversione del d.lg. n. 36 del 2014 ha reintrodotta il comma 5-*bis* dell’art. 73 e quindi la possibilità di applicare la sanzione del lavoro di pubblica utilità al posto delle pene detentive e pecuniarie per le ipotesi criminose di cui al comma 5 dell’art. 73³⁸.

Quanto al comma 5-*ter*, che estende l’ambito di operatività della pena del lavoro di pubblica utilità, va precisato che non era stato direttamente demolito dalla pronuncia della Corte costituzionale, ed

³⁶ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit.

³⁷ Cfr. A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute*, cit., p. 5 ss.

³⁸ Cfr. G. TOSCANO, *L’irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 895 ss.; A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 188 ss.

è tornato di conseguenza ad essere applicabile in quanto non rinvia più ad una disposizione caducata (ossia al comma 5-*bis* reinserito dalla legge di conversione n. 79 del 2014)³⁹. In definitiva la misura sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, al cospetto dei presupposti individuati dai commi 5-*bis* e 5-*ter* dell'art. 73 t.u. stup., dovrà trovare applicazione in tutti i procedimenti ancora pendenti⁴⁰.

2.5. L'associazione finalizzata a fatti di lieve entità (art. 74, comma 6)

Vanno inoltre esaminati i riflessi della trasformazione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, in una autonoma figura di reato, sul delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o di precursori (art. 74, comma 1, t.u. stup.). E questo perché al comma 6 dell'art. 74 cit. è disciplinata una figura associativa "minore", la quale ricalca molto da vicino l'originaria attenuante di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stup.

Qualora si tratti di un'associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti (e non di precursori, perché qui non richiamati) costituita al fine di commettere fatti di lieve entità, la risposta sanzionatoria è mitigata: si applicano, infatti, il primo e secondo comma dell'art. 416 c.p. (da tre a sette anni di reclusione per le figure soggettive qualificate, e da uno a cinque anni di reclusione per il mero partecipe).

Come è noto, all'art. 74 t.u. stup. è contemplata una autonoma fattispecie associativa in materia di traffico illecito di stupefacenti (o di precursori), la quale trova la sua matrice nel reato comune di associazione per delinquere (art. 416 c.p.); specializzandone il "tipo"

³⁹ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti*, cit., p. 3 ss.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 549 ss.; *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di V. PAZIENZA, p. 21 ss.

⁴⁰ Così G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 2015, p. 897. Più in generale, occorre tener presente che l'applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, ex art. 73 comma 5-*bis*, non consegue automaticamente al ricorrere dei presupposti legali, bensì è oggetto di una valutazione discrezionale del giudice in ordine alla meritevolezza dell'imputato ad ottenerla (cfr. Cass., sez. IV, 15 marzo 2016, n. 39022, in *C.E.D. Cass.*, n. 267774).

attraverso l'identificazione dei delitti-fine che la caratterizzano. Una previsione "specializzata" predisposta per combattere la criminalità organizzata nel campo del narcotraffico, criminalità che è sovente dotata di mezzi e risorse umane ingenti. Il legislatore ha comminato qui pene molto più severe rispetto alla figura associativa comune. Il delitto di cui all'art. 74 t.u. stup. presenta natura plurioffensiva, ed è posto a tutela sia dell'ordine pubblico sia della salute collettiva e della vita delle persone⁴¹.

Si tratta di un reato, dal punto di vista del soggetto attivo, classificabile come plurisoggettivo necessario (a concorso necessario): esso si realizza con almeno tre persone che si associano tra loro. Il disvalore è polarizzato sul profilo soggettivo dello scopo di commettere più delitti in materia di traffico di stupefacenti (il c.d. dolo specifico). La tecnica utilizzata è quella dei reati di pericolo: una tutela anticipata rispetto alla lesione materiale dei beni tutelati. L'esistenza dell'associazione criminosa determina un pericolo per gli interessi protetti (ordine pubblico e salute collettiva), indipendentemente dalla consumazione dei reati programmati. La soglia della punibilità viene così anticipata rispetto al momento della realizzazione dei delitti-scopo⁴². Il delitto di cui all'art. 74 cit. è reato di natura permanente⁴³.

⁴¹ Cfr. G. LEO, *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da A.Cadoppi-S.Canestrari-A.Manna-M.Papa, Utet, 2010, p. 690 ss.; G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, cit., p. 208 ss.; GC. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 453 ss.; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 385 ss.; L. ROMANO, *L'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990: le novità giurisprudenziali e legislative*, in *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera e V. Manes, Giuffrè, 2012, p. 123 ss.; S. MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope: un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 227 ss.; F. ROBERTI - G. FURCINITI, *Le indagini contro il narcotraffico e il riciclaggio dei proventi illeciti*, Laurus Robuffò, 2016, p. 13 ss. Sui profili specifici del concorso di reati, cfr. E. MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, 2011, p. 227 ss.; A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 107 ss.; M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, 2016, p. 147 ss.

⁴² G. AMATO - G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, 1994, p. 235 ss.; S. MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 230 ss.

⁴³ G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, cit., p. 241.

Ora, nella vigenza dell'attenuante dell'art. 73, comma 5, si è molto discusso se la figura dell'associazione finalizzata a fatti di lieve entità dovesse considerarsi anch'essa una circostanza attenuante oppure una autonoma ipotesi di reato.

A tale riguardo, una parte della dottrina ha sostenuto che, nonostante l'imperfetta tecnica legislativa, la disposizione vada letta come riferita a una circostanza attenuante ad effetto speciale, per la quale è previsto, mediante rinvio *quoad poenam*, un trattamento sanzionatorio mitigato, perché l'organizzazione è volta a commettere delitti di spaccio di "piccolo cabotaggio"⁴⁴.

La tesi della qualificazione come circostanza attenuante è stata però smentita autorevolmente dalle Sezioni unite penali. Ad avviso della Corte nel suo massimo consesso, il comma 6 dell'art. 74 disciplina una fattispecie autonoma di reato e non già una mera ipotesi attenuata del reato di cui all'art. 74 comma 1; poiché la dizione della disposizione rende evidente che si tratta di un rinvio *quoad factum* e non di un mero rinvio *quoad poenam* (in tal caso sarebbe stata utilizzata a diversa dizione "si applicano le pene previste dai commi 1 e 2 dell'art. 416 c.p."). Si profila qui la volontà del legislatore di riservare all'ipotesi criminosa in questione, in ragione del minore allarme sociale suscitato dai fatti e dalla minore pericolosità degli autori, un regime diverso da quello previsto per l'ipotesi criminosa contemplata al comma 1 dell'art. 74⁴⁵.

La soluzione delle Sezioni unite penali del 2011, può dirsi rafforzata dalla scelta legislativa che ha reso (nel 2013) fattispecie autonoma il comma 5 dell'art. 73 t.u. stup.: nell'ottica della chiara opzione politico-criminale di separare il piccolo spaccio dal grande traffico di stupefacenti, a prescindere dal tipo di sostanza oggetto dell'attività criminosa⁴⁶.

⁴⁴ A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Cedam, 2010, p. 292.

⁴⁵ Cass., sez. un., 23 giugno 2011, n. 34475, Valastro, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1284 ss. Cfr. in proposito S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsa, 2012, p. 387 ss.

⁴⁶ Così esattamente S. MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope: un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 239 ss.

L'autonomia del delitto associativo disciplinato al comma 6 dell'art. 74 cit. è d'altronde confermata dall'indirizzo giurisprudenziale che esclude l'automatica configurazione di tale fattispecie di minore gravità, allorché sussista la preordinazione del sodalizio al compimento (o all'effettiva realizzazione) di fatti di lieve entità; dovendosi invece far riferimento alla dimensione associativa nel suo complesso: nel senso che non ricorre la figura di reato associativo meno grave tutte le volte che pur potendosi definire "lieve" ciascuno dei fatti richiamati la loro complessiva valutazione non possa ritenersi affatto modesta⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. Cass., sez. V, 29 marzo 2001, Cerroni; Cass., sez. VI, 16 marzo 2004, n. 37983. In dottrina, cfr. F. PALAZZO, *Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 167 ss.; S. MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, cit., p. 241 ss.; G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 474 ss. In senso critico, C. RUGA RIVA, *Stupefacenti e doping*, in *Diritto penale, parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 177, secondo cui alla lettera l'art. 74 t.u. stup. parametrà la "lievità" ai reati scopo e non all'associazione in sé. In giurisprudenza, da ultimo si segnala Cass., sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 12537, in *C.E.D. Cass.*, n. 267267, secondo cui la fattispecie associativa prevista dall'art. 74, comma sesto è configurabile a condizione che i sodali abbiano programmato esclusivamente la commissione di fatti di lieve entità, predisponendo modalità strutturali ed operative incompatibili con fatti di maggiore gravità e che, in concreto, l'attività associativa si sia manifestata con condotte tutte rientranti nella previsione dell'art. 73 comma quinto. Escludendosi nel caso di specie la sussistenza dell'associazione minore attraverso la valorizzazione della concreta capacità operativa, del numero delle condotte, della diversa tipologia di sostanze trattate e del quantitativo delle cessioni.

3. Le condotte sanzionate dall'art. 73 t.u. stup. La "non punibilità" dell'uso personale. L'aggravante dell'ingente quantità

Sommario: 3.1. Il ripristino *in peius* della cornice sanzionatoria del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. – 3.2. Le condotte sanzionate in via alternativa dall'art. 73 t.u. stup. La droga c.d. "parlata". – 3.3. La contemporanea detenzione di sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse. – 3.4. L'uso personale di sostanze stupefacenti. – 3.5. La coltivazione per uso personale. – 3.6. La circostanza aggravante dell'ingente quantità e gli effetti della sentenza costituzionale n. 32 del 2014. – 3.7. Annullamento e ripristino della tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006.

3.1. Il ripristino *in peius* della cornice sanzionatoria del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup.

Si è scritto nel primo capitolo che, a seguito della pronuncia n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, è stato ripristinato – tranne che per il comma 5 – il testo originario dell'art. 73 (legge "Iervolino-Vassalli"), il quale distingue le conseguenze sanzionatorie a seconda che i fatti abbiano ad oggetto droghe pesanti (commi 1, 2, 3) o droghe leggere (comma 4); nel primo caso le condotte relative agli stupefacenti pesanti sono punite con la reclusione da 8 a 20 anni

(comma 1 e da 8 a 22 anni commi 2 e 3), nelle ipotesi concernenti gli stupefacenti leggeri con la più mite reclusione da 2 a 6 anni (comma 4)¹.

Bisogna sicuramente interrogarsi sulla legittimità della cornice sanzionatoria dell'art. 73 comma 1 t.u. stup. (rivissuta per effetto della sentenza costituzionale n. 32/2014): da 8 a 20 anni di reclusione (anziché da 6 a 20 anni di reclusione, come scaturita dalla novella del 2006). Se essa debba ritenersi manifestamente irragionevole, incoerente e sproporzionata rispetto a quella comminata nell'adiacente e ormai autonomo reato del fatto di lieve entità (comma 5 dell'art. 73).

In precedenza (Cap. I, § 5) si è già posto in risalto come il ripristino, per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, del limite edittale inferiore più rigoroso (si è passati da 6 a 8 anni di reclusione) riguardo al comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. potrebbe altresì rappresentare un *vulnus* per il principio della riserva di legge in ambito penale.

Oltretutto in assenza di una motivazione sul punto da parte della Consulta nella citata sentenza n. 32, la quale abbia dato conto dell'ammissibilità di una pronuncia d'incostituzionalità *in malam partem* che riguardi un testo normativo con cui il legislatore sia intervenuto a modificare la risposta sanzionatoria, riducendo il minimo della pena detentiva da 8 a 6 anni di reclusione.

Appare dubbio che il principio di riserva di legge in materia penale possa essere recessivo rispetto al vizio procedurale costituzionalmente rilevante e consentire un sindacato di costituzionalità *in malam partem*, allorché la norma favorevole non rientri nella classe (ritagliata dalla stessa giurisprudenza costituzionale) delle "norme penali di favore".

¹ Può osservarsi come in molti codici penali in commercio è riportato, erroneamente, quale minimo edittale del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. la pena di 6 anni di reclusione, anziché la pena "ripristinata" di 8 anni di reclusione. Leggendo, poi, la *Gazzetta Ufficiale* n. 262 del 2016 (9 novembre 2016) in tema di nuove figure di confisca (d.lg. n. 202/2016), può rilevarsi che viene riportato in nota un testo dell'art. 73 comma 1 t.u. stup. il quale indica come forbice edittale la pena da 6 a 20 anni di reclusione; ma, si è detto, la pena "rivissuta" è da 8 a 20 anni, con il rischio di una grave confusione nella prassi.

La forbice edittale dell'incriminazione di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. (da 6 mesi a 4 anni di reclusione) – in relazione alle droghe “pesanti” – parrebbe dare luogo ad una scala sanzionatoria non graduata armonicamente, con un salto di pena eccessivo che scava un fossato troppo profondo tra due autonome figure di reato, ormai non solo in sequenza tra loro ma che formano un microsistema.

Creando così delle difficoltà di ordine applicativo: nel senso che di fronte all'eccessività della pena minima comminata dal comma 1 dell'art. 73, nelle vicende di non particolare gravità rispetto alle quali il giudice si è orientato verso il minimo edittale, costui potrebbe essere invogliato ad optare per l'integrazione dell'ipotesi criminosa di cui al comma 5 dell'art. 73. E ciò a prescindere dal ricorrere della lieve entità del fatto: dilatando, per un verso, il campo applicativo della figura di reato più mite oltre i suoi confini naturali per esigenze perequative; e infrangendo, per altro verso, l'aspetto legale connesso all'esatta corrispondenza tra fatto storico e fattispecie astratta nell'attività di sussunzione.

Sembrerebbe, dunque, esserci lo spazio per una dichiarazione di incostituzionalità che riporti a 6 anni di reclusione il limite edittale minimo, per rendere la forbice edittale del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. più coerente e graduale con la limitrofa figura criminosa del fatto di lieve entità (comma 5). Non si tratterebbe qui di determinare autonomamente la misura della pena, ma di emendare le scelte del legislatore in riferimento a grandezze sanzionatorie già rinvenibili nell'ordinamento: il previgente limite edittale di 6 anni di reclusione previsto dalla legge “Fini-Giovanardi” (senza che possa rilevare la circostanza che la norma con tale limite edittale sia stata dichiarata incostituzionale per un vizio formale)².

In questo senso si è orientata anche la Sesta sezione della Cassazione, la quale – oltre ad aver rilevato il conflitto con il principio della riserva di legge (*retro* Cap. I, § 5) – ha ritenuto l'attuale pena minima edittale prevista dall'art. 73, comma 1, t.u. stup. (8 anni di reclusione) incostituzionale per difetto di ragionevolezza in relazione

² In generale, sulla possibilità per la Corte costituzionale di modificare *in bonam partem* la cornice edittale, cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, § 4.3.

alla pena prevista sia dal comma 5 sia dal comma 4 dell'art. 73, e in contrasto inoltre con il principio di proporzionalità (artt. 3 e 27 Cost.), sollevando perciò la relativa questione di costituzionalità³.

In particolare, quanto all'irragionevolezza dell'odierno trattamento sanzionatorio del comma 1 dell'art. 73 t.u. stup., la suprema Corte ha osservato come il confine sanzionatorio tra la fattispecie ordinaria (comma 1) e quella lieve (comma 5) è irragionevolmente distante; e ciò nella prassi induce spesso a forzature interpretative, tese a rimediare – attraverso l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'auto-noma figura lieve – l'ingiustificato dislivello edittale fra le due ipotesi criminose⁴.

Riguardo alla violazione del principio di proporzionalità, si è sostenuto poi che la sproporzione del trattamento sanzionatorio si rivela con nitidezza nel momento in cui – in presenza di fatti che presentino una non rilevante gravità, ma che non consentano l'inquadramento della fattispecie nell'art. 73 comma 5 – il giudice, pur indirizzandosi verso il minimo edittale, si trova comunque costretto ad infliggere pene di entità eccessiva, che non sono in ragionevole rapporto con il disvalore della condotta.

La Corte di cassazione ha concluso affermando che obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze.

E nel caso di specie, la "grandezza già rinvenibile nell'ordinamento" è quella individuata dal legislatore del 2006, il quale aveva comminato per le condotte previste nell'art. 73 comma 1 la pena minima di sei anni di reclusione⁵.

In caso di accoglimento della questione di legittimità, per le sentenze di condanna definitive concernenti le droghe pesanti in relazione a "fatti successivi" alla sentenza n. 32 del 2014, si aprirebbero le porte di un ricorso al giudice dell'esecuzione allo

³ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017.

⁴ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017.

⁵ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016, n. 1418/2017.

scopo di una rimodulazione della pena illegale inflitta sulla base del minimo edittale rivissuto *in malam partem* per effetto della menzionata pronuncia costituzionale n. 32 (cfr. Cap. VI).

3.2. Le condotte sanzionate in via alternativa dall'art. 73 t.u. stup. La droga c.d. "parlata"

Nell'art. 73 t.u. stup. – che costituisce la disposizione cardine su cui si impernia la disciplina penale in materia di produzione e traffico di stupefacenti – sono elencate in modo dettagliato le singole condotte relative alle sostanze stupefacenti idonee ad integrare il reato. Viene delineata una sorta di progressione, che muove dalle attività necessarie a produrre lo stupefacente e termina con la condotta residuale e onnicomprensiva della "detenzione". Le condotte prese in considerazione dall'enunciato legislativo, che possono essere commesse da "chiunque" (c.d. reato comune), sono tra loro alternative: si parla in proposito di "disposizione incriminatrice a più fattispecie" ovvero di "reato con plurime condotte alternative"⁶.

L'art. 73 cit. contiene, dunque, il tassativo catalogo delle condotte penalmente rilevanti con struttura monosoggettiva, che si pongono in rapporto di alternatività formale tra loro: nel dettaglio si punisce chiunque, senza autorizzazione amministrativa, «coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene ... sostanze stupefacenti».

Tuttavia, riguardo unicamente alle condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione è necessaria altresì la

⁶ Cfr., ad esempio, Cass., sez. III, 15 gennaio 2015, n. 7404, in *C.E.D. Cass.*, n. 262241; Cass., sez. IV, 19 novembre 2008, n. 6203, *ivi*, n. 244101. Per la dottrina, cfr. E. FORTUNA, voce *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1203 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, p. 9 ss.; S. ZANCANI, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico al testo unico sugli stupefacenti*, a cura di S. Riondato, Cedam, 2006, p. 81 ss.

sussistenza dell'elemento costitutivo della illecita destinazione dello stupefacente a terzi. In virtù dell'espressa esclusione nel testo dell'art. 73 cit. delle figure di illecito amministrativo previste dall'art. 75 t.u. stup. («fuori dalle ipotesi previste dall'art. 75»), la destinazione dello stupefacente ad un uso non personale è elemento costitutivo di queste singole incriminazioni, che deve essere provato dalla pubblica accusa nel procedimento penale (cfr. *sub* § 3)⁷.

Le singole incriminazioni hanno natura di reati di pericolo presunto (o astratto), nei quali la soglia di punibilità è anticipata rispetto alla concreta lesione dei beni tutelati della salute collettiva e della sicurezza e ordine pubblico⁸.

Il delitto, in relazione alle condotte di detenzione o coltivazione o trasporto di sostanze stupefacenti, ha natura permanente; e la sua consumazione si protrae sino a quando sussiste la relazione di disponibilità della sostanza in capo al detentore, coltivatore o trasportatore. Mentre, quanto alle condotte di cessione o di vendita di sostanze stupefacenti, ha natura istantanea; e si consuma nel momento in cui la cessione o vendita medesima viene posta in essere⁹.

Il reato di acquisto e spaccio di stupefacenti si consuma con la formazione del consenso sulla qualità e quantità della sostanza e sul prezzo, senza che occorra la consegna materiale della droga o il pagamento del corrispettivo¹⁰.

Quanto all'elemento soggettivo, tutte le ipotesi di reato elencate nell'art. 73 t.u. stup. sono punibili a titolo di dolo generico: previsione e volontà di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica, incluso il requisito di carattere negativo costituito dall'assenza dell'autorizzazione amministrativa.

⁷ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 196 ss.; F. ROBERTI – G. FURCINITI, *Le indagini contro il narcotraffico e il riciclaggio dei proventi illeciti*, Laurus Robuffò, 2016, p. 206 ss.

⁸ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 177 ss.; F. LICATA – S. RECCHIONE – N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 153 ss.

⁹ Cass., sez. IV, 3 giugno 2009, n. 34332, in *C.E.D. Cass.*, n. 245200.

¹⁰ Cass., sez. VI, 17 aprile 2003, n. 33067, in *C.E.D. Cass.*, n. 226653; Cass., sez. VI, 24 aprile 2009, n. 20050, *ivi*, n. 243843; Cass., sez. V, 29 settembre 2010, n. 39644, *ivi*, n. 248508.

Non si richiede poi la prova peritale per accertare la natura della sostanza stupefacente: ciò vuol dire che non è necessario il sequestro della droga, ben potendosi tale prova dare con le più svariate modalità. Si impiega così l'espressione "droga parlata", soprattutto in riferimento alle intercettazioni telefoniche. Cosicché il medesimo principio è stabilito sia nei procedimenti nei quali si è sequestrato lo stupefacente, ma non si è proceduto all'esame peritale, sia nelle ipotesi in cui non è stato neanche sequestrato. In altri termini, la prova dei reati di traffico e di detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti può essere desunta non soltanto dal sequestro o dal rinvenimento delle sostanze, ma anche da altre fonti probatorie quali, ad esempio, il contenuto di intercettazioni ¹¹.

L'art. 80 t.u. stup. contiene un cospicuo numero di specifiche circostanze aggravanti (ad effetto speciale ex art. 63, comma 3, c.p.) per le incriminazioni di cui all'art. 73 cit. Nel dettaglio, ai sensi del comma 1 dell'art. 80, le pene per le condotte delittuose dell'art. 73 sono aumentate da un terzo alla metà: *a)* se gli stupefacenti sono destinati a minori; *b)* nei casi previsti dai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 112, comma 1, c.p.; *c)* per chi ha indotto a commettere il reato una persona dedita all'uso di droghe; *d)* se il fatto è commesso da persona armata o travisata; *e)* se le droghe sono adulterate o potenziate; *f)* se l'offerta di droga è finalizzata ad ottenere prestazioni sessuali da persona tossicodipendente; *g)* se l'offerta è effettuata all'interno o in prossimità di scuole, caserme, carceri, ospedali, strutture per la cura dei tossicodipendenti¹².

Il comma 2 dell'art. 80 cit. prevede poi due aggravanti, ad effetto speciale, incentrate su fatti riguardanti "quantità ingenti" di sostanze stupefacenti. Sulla nozione di quantità ingente, rinviando al prosieguo (cfr. §§ 5 e 6) per l'approfondimento di alcuni aspetti problematici sorti a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, va subito detto che è stato definitivamente smentito l'orientamento secondo cui essa va considerata con riferimento

¹¹ Cass., sez. II, 6 febbraio 2015, n. 19712, in *C.E.D. Cass.*, n. 263544; conformi Cass., sez. IV, 18 novembre 2009, n. 48008, Palmerini, *ivi*, n. 245738; Cass., sez. IV, 28 ottobre 2005, n. 46299, Secchi, *ivi*, n. 232826.

¹² S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, cit., p. 239 ss.

all'elemento ponderale, alla quantità del principio attivo, alla qualità dello stupefacente e agli effetti negativi causati agli assuntori, senza che possano assumere rilievo determinante il superamento di per sé di un quantitativo minimo e la eventuale saturazione del mercato. Ad avviso delle Sezioni unite penali, l'aggravante dell'ingente quantità non è infatti ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata¹³.

Anche in relazione alla circostanza aggravante della ingente quantità, quando il traffico di stupefacenti sia accertato esclusivamente mediante intercettazioni telefoniche ed ambientali (c.d. "droga parlata"), il giudice può nondimeno applicare tale aggravante, allorché sulla base del complessivo compendio probatorio emerge che il traffico abbia raggiunto la menzionata "soglia minima"¹⁴. Pertanto, la circostanza aggravante della detenzione di ingente quantità di cui all'art. 80, comma 2, t.u. stup. può essere configurata pure in mancanza del sequestro della sostanza, sempre che vi siano elementi di prova certi i quali consentano di pervenire per via indiretta alla individuazione del dato ponderale¹⁵.

3.3. La contemporanea detenzione di sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse

La qualificazione dell'art. 73 t.u. stup. come incriminazione con plurime condotte alternative, consente di asserire che, per un verso, il reato è integrato anche nel caso in cui l'autore abbia posto in essere

¹³ Cass., sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, Biondi, in *C.E.D. Cass.*, n. 253150.

¹⁴ Cass., sez. III, 4 maggio 2016, n. 42827, Eke, in *C.E.D. Cass.*, n. 267902.

¹⁵ Così Cass., sez. III, 19 novembre 2014, n. 7385/2015, Benedetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 262409; conforme Cass., sez. IV, 5 luglio 2013, n. 46194, Myslihaka, *ivi*, n. 257641. *Contra* Cass., sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 1870, Grieco, *ivi*, n. 242637 (fattispecie nella quale la Corte ha annullato senza rinvio la condanna dell'imputato limitatamente al riconoscimento della citata aggravante, in quanto la verifica della sua sussistenza era stata basata dai giudici di merito esclusivamente sul contenuto di conversazioni intercettate).

una soltanto delle condotte ivi previste; per altro verso, va escluso il concorso formale di reati quando un unico fatto storico integri contestualmente più comportamenti tipici posti in essere dallo stesso soggetto ed aventi ad oggetto la medesima sostanza stupefacente: e ciò sulla scorta del principio dell'assorbimento della condotta più lieve in quella più grave (ovvero del principio del *ne bis in idem* sostanziale)¹⁶.

L'assenza di contiguità temporale tra le condotte di detenzione e cessione di sostanza stupefacente impedisce, però, l'assorbimento dell'una condotta nell'altra; con la conseguenza che le due condotte danno luogo a più violazioni della stessa disposizione di legge e quindi a distinti reati in concorso, eventualmente legati dal vincolo della continuazione. Si pensi, ad esempio, al caso in cui uno stesso soggetto ceda a terzi la sostanza stupefacente qualche giorno dopo da quando aveva iniziato a detenerla¹⁷.

È controverso, poi, se il possesso da parte dell'agente di sostanze stupefacenti appartenenti a categorie diverse (ossia alla tabella delle droghe leggere e di quelle pesanti, come nel caso di *marijuana* e cocaina) o solo di diversa natura (come ad esempio, eroina ed *ecstasy*) dia luogo all'assorbimento della condotta di minor disvalore in quella più grave oppure al concorso formale di reati¹⁸.

Ebbene, se la condotta ha ad oggetto sostanze stupefacenti di diversa natura ma incluse nella medesima tabella (ad esempio: eroina e cocaina), deve ritenersi integrato un unico reato, trattandosi di un'azione caratterizzata da una sola aggressione a beni tutelati in maniera omogenea dalla figura di reato¹⁹.

¹⁶ Cfr. A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Cedam, 2010, p. 56 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 176 ss.; F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 147 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. IV, 26 giugno 2008, n. 36523, in *C.E.D. Cass.*, n. 242014; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 9477, *ivi*, n. 246404; Cass., sez. III, 15 gennaio 2015, n. 7404, *ivi*, n. 262421. Per contro ove le condotte siano distinte sul piano ontologico e cronologico, si è in presenza di pluralità di reati, eventualmente unificabili per continuazione (Cass., sez. III, 26 novembre 2009, n. 8163, in *C.E.D. Cass.*, n. 246211).

¹⁷ Cass., sez. IV, 7 aprile 2005, n. 22588, in *C.E.D. Cass.*, n. 232094.

¹⁸ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 180 ss.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 548 ss.

¹⁹ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 180 ss.

Quanto alla condotta concernente la contemporanea detenzione di sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse, invero dopo la l. n. 49 del 2006 (c.d. Fini-Giovanardi), che aveva soppresso la distinzione tabellare tra “droghe leggere” e “droghe pesanti”, si era affermato che la detenzione contestuale di sostanze stupefacenti di natura e tipo diversi integra un unico reato e non più una pluralità di reati in continuazione tra loro. La disciplina dichiarata incostituzionale uniformando il trattamento sanzionatorio relativo alle ipotesi di reato concernenti le c.d. droghe leggere con quelle riferite alle c.d. droghe pesanti, aveva determinato che i giudici non distinguessero più le detenzioni delle due sostanze, in quanto la detenzione era considerata unica e non si applicava la continuazione interna²⁰.

Il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, nel testo originario rivissuto discerneva, invece, nettamente, ai fini del trattamento sanzionatorio, tra droghe pesanti e droghe leggere. Il che imponeva, per la giurisprudenza formatasi nel vigore di tale previgente disciplina, nel caso di fatti relativi a droghe di diverso tipo, di ritenere integrate due autonome ipotesi di reato, tra le quali era possibile ravvisare la continuazione; trattandosi di distinte azioni tipiche a diversa oggettività giuridica, con differente trattamento sanzionatorio, non alternative tra loro né inquadrabili in un rapporto di assorbimento, come potrebbe essere tra trasporto e detenzione o tra importazione e detenzione²¹.

Secondo tale ultima disciplina ripristinata, dunque, in presenza di fattispecie non lievi relative a entrambe le dette tipologie di stupefacenti, occorre comunque distinguere, peraltro all'interno di ciascuno degli episodi contestati, tra reati relativi a droghe pesanti e reati relativi a droghe leggere²²; derivandone la necessità di applicare

²⁰ In tal senso, la costante giurisprudenza. Cass., sez. IV, 17 luglio 2009, n. 42485, in *C.E.D. Cass.*, n. 245458; Cass., sez. IV, 9 luglio 2008, n. 37993, *ivi*, n. 241060; Cass., sez. VI, 21 aprile 2008, n. 34789, *ivi*, n. 241375.

²¹ Cfr. Cass, sez. VI, del 16 aprile 2003, n. 35637, in *C.E.D. Cass.*, n. 226649; Cass., sez. IV, 21 febbraio 1997, n. 3208, *ivi*, n. 207879.

²² Nel senso che la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 49 del 2006) comporta la necessità di configurare reati distinti, qualora la condotta abbia ad oggetto sostanze appartenenti a tabelle diverse, cfr. Cass., sez. IV, 7 ottobre 2015, n. 43432, in *C.E.D. Cass.*, n. 264778.

la pena minima edittale di anni otto in relazione ai primi, tra i quali, dunque, dovrebbe individuarsi il reato più grave, sulla cui pena calcolare anche l'aumento per la continuazione con gli altri reati.

Ad avviso della giurisprudenza di legittimità, ne discende, con ogni evidenza, che l'applicazione della legge ora vigente (perché tornata in vigore, come detto, per effetto della declaratoria di incostituzionalità ex sent. n. 32/2014) – rispetto ai procedimenti ancora in corso – sarebbe comunque peggiorativa rispetto a quella applicata dal primo giudice, la quale, pertanto, non si espone ad alcun possibile rilievo officioso di illegalità ancorché si tratti di disciplina dichiarata incostituzionale. E ciò perché la norma dichiarata invalida, nonostante la pronuncia di incostituzionalità, ben può continuare a trovare applicazione per i fatti commessi sotto la sua vigenza (non anche invece per quelli anteriori), ove la sua applicazione in concreto possa condurre a un trattamento più favorevole per l'imputato²³.

Quest'ultima, condivisibile affermazione, sollecita qualche precisazione in proposito. Ora, le condotte commesse nella vigenza della disciplina dichiarata incostituzionale (legge "Fini-Giovanardi") devono mantenere tale disciplina, se più favorevole. Pertanto, è certamente non corretto applicare ai procedimenti in corso la disciplina *in peius* delle norme rivissute. Anche nei confronti dei procedimenti non ancora terminati, non può operare la disciplina sfavorevole ripristinata; deve restare ferma la normativa dichiarata incostituzionale (pure se l'efficacia delle pronunce della Corte costituzionale è *ex tunc*, cioè retroagisce)²⁴.

²³ Cass., sez. IV, 26 settembre 2014, n. 44808, in *C.E.D. Cass.*, n. 260735.

²⁴ Cfr. Cass., sez. IV, 5 giugno 2014, n. 38125, in *C.E.D. Cass.*, n. 260729, secondo cui stante la reviviscenza dell'art. 73 t.u. stup. nel testo anteriore alle modifiche della l. n. 49 del 2006, successivamente dichiarate incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – in base al quale sono configurabili distinti reati per la detenzione illecita di sostanze stupefacenti appartenenti a tabelle diverse – nell'ipotesi di condanna per contestuale possesso di "droghe leggere" e "droghe pesanti", deve essere annullata la sentenza di merito che non abbia specificato la relazione intercorrente tra le condotte aventi ad oggetto le distinte sostanze stupefacenti, potendo la stessa incidere sul trattamento sanzionatorio applicabile. Nella fattispecie l'imputato era stato condannato per detenzione illecita di cocaina e di *marijuana* senza che fossero specificate ulteriormente le modalità di essa, così da impedire la verifica in ordine alla possibilità di ricondurre le distinte condotte

Non si può dunque – in relazione ai procedimenti in corso – contestare due differenti reati, seppure in concorso formale tra loro o in continuazione, allorché il soggetto detenga contestualmente sostanze appartenenti oggi a tabelle diverse, se ciò conduca all'applicazione in concreto di un trattamento sanzionatorio meno favorevole. Ciò è possibile soltanto per i fatti successivi alla dichiarazione di incostituzionalità del 2014; oppure a fatti precedenti alla riforma del 2006 (se non ancora prescritti), i quali sono – nel lessico della Corte costituzionale – i cosiddetti “fatti pregressi”, cui non si applica retroattivamente la *lex mitior* poi dichiarata incostituzionale: ossia la normativa del 2006 che unificando le droghe sotto un'unica tabella – almeno su quest'aspetto – aveva introdotto una normativa più favorevole, escludendo il concorso formale o materiale (continuazione) di reati. Per i “fatti pregressi” trova applicazione la legge in vigore al momento del fatto.

Nei confronti di tale ricostruzione giurisprudenziale si è però eccepito che sussistono aspetti di irragionevolezza, le quali portano a conseguenze pratiche non condivisibili, colte nel seguente profilo. Si è obiettato invero che il soggetto al quale viene addebitata una condotta illecita relativa alle sostanze stupefacenti più pericolose per la salute (contestuale detenzione a fini di spaccio di cocaina, eroina ed *ecstasy*, sostanze tutte appartenenti alla stessa tabella), va incontro ad una sanzione più mite rispetto al soggetto che abbia tenuto una condotta di minor disvalore (contestuale detenzione a fini di spaccio di cocaina e *marijuana*, sostanze appartenenti a tabelle diverse), perché solo in questo caso meno grave dovrebbe operarsi l'aumento della pena per il concorso formale tra i due diversi reati²⁵.

Ebbene, in giurisprudenza si è evidenziato che in concreto vi possono essere soluzioni le quali si dimostrano più favorevoli all'imputato. Costui, malgrado sia stato condannato per due reati invece che per uno, riceve un beneficio sensibile perché ha ottenuto una significativa riduzione della pena conseguente al mutamento normativo. Ad esempio, si pensi all'ipotesi esaminata dalla Corte di

al paradigma del concorso formale, del concorso materiale ovvero della continuazione tra reati.

²⁵ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 181.

cassazione in cui il giudice di primo grado aveva applicato una pena determinata in dieci anni di reclusione stimando, correttamente, che all'epoca si trattasse di un unico reato. Poi, il giudice di appello, prendendo atto che l'unico reato era divenuto duplice, ma che poteva applicarsi la continuazione tra i due reati, ha determinato la pena base in anni otto di reclusione e l'ha aumentata di un anno per la continuazione²⁶.

Queste ultime considerazioni permettono altresì di chiarire che, per quanto riguarda i fatti di lieve entità ormai ricompresi nell'autonoma figura criminosa di cui all'art. 73 comma 3 t.u. stup., la detenzione contestuale di droghe leggere e droghe pesanti realizza necessariamente un solo reato e giammai una pluralità di reati in concorso fra loro. E ciò perché, a seguito delle recenti modifiche legislative (cfr. *amplius* Cap. II), per i fatti di lieve entità è stabilita un'unica cornice edittale che accomuna ancora le sostanze stupefacenti di diversa natura e pericolosità (e dislocate oggi in tabelle diverse) oggetto di produzione e di traffico illecito²⁷.

3.4. L'uso personale di sostanze stupefacenti

Per quanto riguarda le condotte integranti illeciti amministrativi, perché le sostanze stupefacenti sono destinate ad uso esclusivamente personale, nonostante la caducazione (a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale) del comma 1-*bis* dell'art. 73 t.u. stup., sembrerebbe sostenibile, ragionevolmente, che il sistema non risulti in definitiva modificato, non operando il "criterio interpretativo" indicato dalla Consulta al giudice comune²⁸. All'indomani della citata pronuncia costituzionale, si è paventata infatti l'eventualità che le condotte finalizzate all'uso personale potessero tornare ad essere inopinatamente penalizzate²⁹.

²⁶ Così Cass., sez. IV, 7 ottobre 2015, n. 43432, in *C.E.D. Cass.*, n. 264778.

²⁷ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 181.

²⁸ Sul punto, cfr. V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi"*, cit., p. 27 ss.

²⁹ Cfr. in proposito F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 185 ss.; G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 897 ss.

Bisogna invero ritenere che il rinvio al citato comma 1-*bis* previsto nell'art. 75 t.u. stup. – disposizione quest'ultima non attinta dalla pronuncia costituzionale – ha natura di rinvio recettizio (o fisso): è recepita cioè per intero la disposizione all'epoca vigente, della quale si postula la perdurante intangibilità; e dunque la disciplina in questione pur se dichiarata incostituzionale, essendo incorporata come parte integrante dello stesso art. 75, risulta in pratica indifferente alle vicende di incostituzionalità che hanno riguardato la disposizione richiamata. Con la conseguenza, che rimane ancora applicabile la sanzione amministrativa per le condotte caratterizzate da una esclusiva finalità di uso personale della sostanza stupefacente³⁰. E pertanto non si è determinata la sopravvenuta punibilità in sede penale del consumo personale di sostanze stupefacenti né quindi l'abrogazione delle disposizioni di cui agli artt. 75 e 75-*bis* t.u. stup., correlate alla detenzione di sostanza drogante per personale consumo non assoggettata a sanzione penale³¹.

Comunque per evitare incertezze il legislatore con la legge di conversione (l. n. 79/2014) del d.lg. n. 36 del 2014 ha sostituito il comma 1 dell'art. 75 t.u. stup., ribadendo che la finalità di uso personale di sostanze stupefacenti delle condotte di acquisto, esportazione, importazione, ricezione e detenzione le rende assoggettabili a semplice sanzione amministrativa.

In altri termini, l'art. 75, comma 1, t.u. stup. (nel testo sostituito dalla l. n. 79/2014, e nel solco dell'esito referendario del 1993) disciplina una serie di condotte (importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione) – già prese in considerazione

³⁰ Cfr. le ampie argomentazioni sulla questione di F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 2 ss., che lascia aperta la porta anche a quest'ultima soluzione, prospettandone comunque un non agevole percorso argomentativo.

³¹ Così Cass., sez. VI, 9 aprile 2014, n. 19263, Iaglietti, in *C.E.D. Cass.*, n. 258912. Secondo la Corte, pur essendo venuti meno gli specifici parametri quantitativi o dosimetrici fissati dall'art. 73, comma 1-*bis* t.u. stup., quali indici della latitudine dell'uso/consumo personale non punibile, cui rinviano (rinviavano) *per relationem* i vigenti artt. 75 e 75-*bis* t.u. stup., deve convenirsi – impregiudicate eventuali (e auspicabili) puntualizzazioni novellatori del legislatore – che gli artt. 75 e 75-*bis* non sono comunque divenuti (parafrasandosi il *dictum* della decisione costituzionale n. 32/2014) privi del loro specifico "oggetto", correlato per l'appunto ad una detenzione (o a condotte assimilabili ex art. 73, comma 1, t.u. stup.) di sostanza stupefacente per personale consumo dell'agente immune da sanzione penale.

dall'art. 73 t.u. stup. e costituenti reato –, le quali in presenza del requisito della destinazione all'uso personale dello stupefacente integrano invece un mero illecito amministrativo³².

La finalità di “uso personale” della sostanza stupefacente degrada, quindi, l'illecito penale in illecito amministrativo. La degradazione nell'illecito minore è, tuttavia, circoscritta a una porzione soltanto delle numerose condotte penalmente rilevanti concernenti gli stupefacenti (importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione). Da tale meccanismo di trasformazione della natura dell'illecito sono infatti escluse non solo le condotte che implicano il trasferimento della droga a terzi (o propedeutiche ad esso) e perciò strutturalmente incompatibili con il consumo della sostanza stupefacente da parte dell'agente (vendita, commercio, cessione, ecc.), ma anche condotte cosiddette “neutre” (fabbricazione, estrazione, raffinazione ecc.): compatibili sia con il fine di uso personale sia con quello di cessione a terzi³³. Tra le condotte integranti un semplice illecito amministrativo non è però ricompresa la coltivazione non autorizzata di piante dalle quali si estraggono sostanze stupefacenti (ad esempio, la *cannabis*) (cfr. *sub* § 4).

Sono previste due differenti cornici sanzionatorie di natura amministrativa, irrogate dal Prefetto con decreto, a seconda che si tratti di droghe “leggere” o “pesanti”.

Nella gamma delle sanzioni amministrative comminate dall'art. 75 cit. troviamo: *a*) la sospensione della patente di guida (o il divieto di conseguirla); *b*) la sospensione della licenza di porto d'armi (o il divieto di conseguirla); *c*) la sospensione del passaporto (o il divieto di conseguirlo); *d*) la sospensione del permesso di soggiorno (o il divieto di conseguirlo) per i cittadini extracomunitari. Il comma 2 dell'art. 75 stabilisce inoltre che, ricorrendone i presupposti, l'interessato può essere invitato a seguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo (ex art. 122 t.u. stup.)³⁴.

³² F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 185 ss.

³³ Così Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di L. ROMANO; in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE. Cfr. inoltre V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti*, cit., p. 96 ss.

³⁴ Cfr. M. GAMBARDILLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, 2016, p. 134 ss.

Il legislatore del 2014 ha inoltre inserito il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 75, nel quale ha elencato le circostanze (c.d. "elementi sintomatici") da tenere in considerazione per l'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente: ad esempio, quantità dello stupefacente, modalità di presentazione delle sostanze (peso lordo, confezionamento, frazionamento o meno della sostanza ecc.) o altre circostanze dell'azione (tossicodipendenza dell'agente, capacità reddituale ecc.)³⁵. Particolare importanza tra gli "elementi sintomatici" riveste il superamento dei limiti quantitativi massimi di principio attivo ricavabile dalla sostanza, individuati con decreto del Ministro della Salute.

La tecnica impiegata non è stata dunque quella di riformulare il comma 1 dell'art. 73 ripristinato nella sua versione originaria, bensì di intervenire sull'art. 75 inserendo un comma 1-*bis* che ha in pratica replicato – con qualche importante novità, tuttavia – il contenuto normativo del comma 1-*bis* dell'art. 73 versione legge del 2006 (comma che rendeva penalmente rilevanti le condotte solo allorché le sostanze stupefacenti non fossero destinate ad un uso esclusivamente personale)³⁶. L'attuale enunciato normativo è stato perciò traslocato dalla vera e propria disposizione incriminatrice (art. 73) a quella in cui è descritto l'illecito amministrativo (art. 75); ed è stato di conseguenza formulato non più in modo negativo ("sostanze stupefacenti ... destinate ad un uso non esclusivamente personale"), ma in termini positivi ("destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente")³⁷.

Nell'odierno quadro legislativo, resta valido il costante orientamento che ha ritenuto la destinazione della sostanza allo "spaccio" elemento costitutivo del reato di illecita detenzione della

³⁵ Cfr. L. ROMANO, *La riforma della normativa*, cit., p. 5 ss. V. inoltre A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 86 ss.; D. CARRA, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 650 ss.

³⁶ Così F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 186 ss.

³⁷ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 198 ss.

stessa che, secondo i principi generali, deve essere provata dalla pubblica accusa; non spettando, pertanto, all'imputato dimostrare la destinazione all'uso personale della sostanza stupefacente di cui sia stato trovato in possesso³⁸.

Si è confermato per gli "elementi sintomatici" della destinazione ad un uso esclusivamente personale dello stupefacente la funzione processuale di parametri indiziari e non già la natura di elementi costitutivi della fattispecie di illecito³⁹. Essi assolvono esclusivamente ad esigenze probatorie: non contribuiscono in alcun modo a integrare il fatto tipico, sicché l'accertata ricorrenza di uno o più elementi sintomatici indicati non è di per sé sufficiente a stimare realizzata l'incriminazione. Tale asserzione è convalidata dall'uso da parte del legislatore nell'art. 75 comma 1-bis dell'espressione "si tiene conto delle seguenti circostanze"⁴⁰.

Alla luce delle modifiche, dovrebbe rinsaldarsi poi quella giurisprudenza di legittimità che in più occasioni ha nel recente passato affermato che in materia di stupefacenti, il mero dato quantitativo del superamento dei limiti tabellari non vale ad invertire l'onere della prova a carico dell'imputato, ovvero ad introdurre una sorta di presunzione, sia pure relativa, in ordine alla destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, dovendo il giudice globalmente valutare, sulla base degli ulteriori parametri indicati nella predetta disposizione normativa, se le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione siano tali da escludere una finalità esclusivamente personale della detenzione⁴¹.

Ad esempio, si è reputata plausibile la tesi della precostituzione di una scorta per uso personale da parte dell'imputato, assunto abituale di droghe "leggere", durante il lungo periodo di permanenza solitaria in pascoli montani, ove doveva recarsi per le attività

³⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 25 settembre 2008, n. 39262, in *C.E.D. Cass.*, n. 241468; Cass., sez. VI, 29 aprile 2003, n. 26709, *ivi*, n. 226276; Cass., sez. IV, 4 giugno 2004, n. 36755, *ivi*, n. 229685.

³⁹ Per un quadro anche comparatistico, cfr. l'ampio studio di I. SALVADORI, *I reati di possesso*, E.S.I., 2016, p. 177 ss.

⁴⁰ Cfr. F. LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 187; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 196 ss.

⁴¹ Cfr. ad es. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12146, Delugan, in *C.E.D. Cass.*, n. 242923; Cass., sez. III, 9 ottobre 2014, n. 46610, Salaman, *ivi*, n. 260991.

connesse alla transumanza di greggi di pecore⁴². Mentre si è affermata l'illiceità penale della detenzione dell'equivalente di 27,5 dosi di eroina anche in considerazione della accertata incapacità economica dell'imputato ai fini della costituzione di "scorte" per uso personale⁴³. Talvolta poi il considerevole numero di dosi può essere ritenuto un indice della destinazione della droga ad un uso non esclusivamente personale: in relazione ad un quantitativo di 88 grammi netti di *marijuana*, da cui erano ricavabili circa 200 dosi di sostanza drogante, si sono valorizzati i dati della degradabilità della sostanza per la volatilità del principio attivo della canapa indiana e del tempo necessario all'imputato, circa due mesi, per esaurirla da solo⁴⁴.

Va notato che se si considerasse invece caducata la disciplina dell'uso personale a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, e reintrodotta poi con la legge di conversione la nuova disciplina, si dovrebbe coerentemente ammettere un periodo – tra la sentenza della Corte e la legge di conversione – in cui l'uso personale di sostanze stupefacenti sia stato penalmente rilevante con successiva depenalizzazione avvenuta in sede di conversione del d.lg. n. 36 del 2014.

E perciò bisognerebbe ritenere che l'innovazione legislativa, in virtù del principio della *lex posterior*, abbia avuto come effetto di abrogare la previgente disciplina, senza alcuna sostanziale variazione della stessa.

In definitiva resta confermata la tradizionale strategia cui si ispira la normativa italiana in materia di stupefacenti. Si è differenziata, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga dalla posizione del produttore o del trafficante di stupefacenti.

L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba aver luogo unicamente verso produttore e trafficante; mentre le figure del tossicodipendente e del tossicofilo debbono essere considerate espressione di disadattamento sociale, e pertanto nei

⁴² Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12146, cit.

⁴³ Cass., sez. VI, 6 marzo 2013 n. 11025, in *C.E.D. Cass.*, n. 255726.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 17 gennaio 2013 n. 9723, in *C.E.D. Cass.*, n. 254694.

confronti di questi ultimi occorrono interventi di tipo terapeutico o riabilitativo⁴⁵.

3.5. La coltivazione per uso personale

L'art. 75, comma 1, t.u. stup. (nel testo sostituito dalla l. n. 79/2014) disciplina una serie di condotte (importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione), già prese in considerazione dall'art. 73 t.u. stup. e costituenti reato, le quali in presenza del requisito della destinazione all'uso personale dello stupefacente integrano invece un mero illecito amministrativo.

La finalità di "uso personale" delle sostanze stupefacenti degrada quindi l'illecito penale in illecito amministrativo. La degradazione nell'illecito minore è tuttavia circoscritta a una porzione soltanto delle numerose condotte penalmente rilevanti relative agli stupefacenti (importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione).

Da tale meccanismo di trasformazione della natura dell'illecito sono infatti escluse non solo le condotte che implicano il trasferimento della droga a terzi (o propedeutiche ad esso) – e perciò strutturalmente incompatibili con il consumo della sostanza stupefacente da parte dell'agente (vendita, commercio, cessione, ecc.) –, ma anche condotte cosiddette "neutre": compatibili sia con il fine di uso personale sia con quello di cessione a terzi⁴⁶.

E tra le condotte integranti illecito amministrativo non è ricompresa la coltivazione non autorizzata di piante dalle quali si estraggono sostanze stupefacenti (ad esempio, la *cannabis*). Tale attività di coltivazione è invece posta dal legislatore nell'art. 73 t.u. stup. quale prima condotta nell'elenco dei comportamenti penalmente sanzionati; e la cui equiparazione *quoad poenam* alla fabbricazione illecita della droga è attestata pure dall'art. 28, comma 1, t.u. stup.⁴⁷.

Anche le Sezioni unite penali hanno respinto l'ipotesi interpretativa secondo cui la coltivazione finalizzata all'uso personale

⁴⁵ Cfr., in tal senso, Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109.

⁴⁶ Così Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

potesse nondimeno rientrare nell'espressione generica e di chiusura di detenzione dello stupefacente ("comunque detiene") di cui all'art. 75 cit., integrando così unicamente un illecito amministrativo. Secondo quest'approccio ermeneutico occorre distinguere il caso della cosiddetta coltivazione domestica, punibile solo con sanzione amministrativa; dal caso, penalmente rilevante ex art. 73 t.u. stup., in cui vi sia un soggetto che ponga in essere una coltivazione in senso "tecnico-agrario" oppure di tipo "imprenditoriale", e quindi di maggiori dimensioni⁴⁸. La Corte nel suo massimo consenso – rifiutando la tesi volta ad individuare una distinzione tra coltivazione "domestica" e "imprenditoriale" – ha infatti affermato il principio per cui costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale; mettendo ad esempio a dimora, in vasi detenuti nella propria abitazione, poche piantine di sostanze stupefacenti⁴⁹.

Ebbene, la coltivazione, a differenza della detenzione, accresce il quantitativo di stupefacente presente sul mercato, non ha un immediato collegamento con il consumo personale del prodotto, ed ha un oggetto non determinato e non controllabile dal punto di vista della quantità. E dunque la condotta di coltivazione ha una maggiore pericolosità per il bene giuridico della salute collettiva rispetto a quella di detenzione, che giustifica l'irrilevanza della finalità del consumo personale di quest'ultima condotta. A tali principi si è uniformata la successiva giurisprudenza di legittimità, dando luogo così ad un "diritto vivente" in tal senso⁵⁰.

La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata dalla Corte d'appello di Brescia dell'art. 75 t.u. stup. (con due ordinanze riunite perché identiche nella sostanza), nella parte in cui – secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità – la disposizione non include tra le condotte punibili con le

⁴⁸ Sulla questione, cfr. la ricostruzione del dibattito compiuta da M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 233 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, Di Salvia, in *C.E.D. Cass.*, n. 239920.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 49528, Lanzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 245648; Cass., sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 51497, Zilli, *ivi*, n. 258503.

sole sanzioni amministrative, ove finalizzate in via esclusiva all'uso personale delle sostanze stupefacenti, anche la coltivazione di piante di *cannabis*⁵¹.

Tralasciando la violazione del principio di offensività che sarà affrontata nell'ultimo capitolo (cfr. Cap. IX § 7), viene qui in rilievo la violazione del parametro del principio di uguaglianza, sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento fra chi detiene per uso personale sostanze stupefacenti ricavate da piante da lui stesso in precedenza coltivate e chi invece è sorpreso mentre ha ancora in corso l'attività di coltivazione finalizzata all'uso personale.

Ad avviso della Corte costituzionale, la censura del giudice *a quo* muove da una inesatta premessa giuridica: ossia che la detenzione per uso personale dello stupefacente "autoprodotta" renda non punibile la condotta di coltivazione, assorbendosi l'illecito penale nel successivo illecito amministrativo della detenzione per uso personale.

Il Giudice delle leggi ha chiarito invero che tale assorbimento non si verifica. A rimanere assorbito è casomai l'illecito amministrativo, giacché la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, ossia la "raccolta" del coltivato; o può essere, comunque, considerata un *post factum* non punibile, in quanto ordinario sviluppo della condotta penalmente rilevante. In questa prospettiva, secondo la Consulta, la disparità di trattamento non sussiste: il detentore a fini di consumo personale dello stupefacente "raccolto" e il coltivatore "in atto" rispondono entrambi penalmente⁵².

3.6. La circostanza aggravante dell'ingente quantità e gli effetti della sentenza costituzionale n. 32 del 2014

Si prendono in esame adesso le conseguenze generate dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, nonché dalle modifiche inserite con il d.lg. n. 36 del 2014 (conv. con mod. in l. n. 79/2014), sui criteri individuati dalla giurisprudenza di legittimità per

⁵¹ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁵² Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

la configurabilità della circostanza aggravante dell'ingente quantità di sostanza stupefacente ex art. 80 cpv. t.u. stup.

Sulla questione si è sviluppato un deciso contrasto di giurisprudenza all'interno della suprema Corte. Ad avviso di un primo orientamento, bisogna porre attenzione su due aspetti fondamentali. Anzitutto, il fatto che l'impostazione accolta dalle Sezioni unite penali "Biondi" del 2012 – ossia che l'aggravante della ingente quantità non è di norma ravvisabile "quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata"⁵³ – si rapporta in realtà al sistema tabellare della legge "Fini-Giovanardi" del 2006, la quale aveva introdotto nel testo unico degli stupefacenti, sostituendo alle originarie quattro tabelle che distinguevano le droghe leggere dalle droghe pesanti, un'unica tabella relativa a tutte le sostanze stupefacenti e psicotrope droganti. Occorre poi tenere presente che, com'è noto, a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, il legislatore ha modificato il sistema tabellare che ne era conseguito, introducendo con il d.lg. n. 36 del 2014 (convertito con modificazioni dalla l. n. 79 del 2014) quattro nuove tabelle in ordine a tali sostanze.

Cosicché, secondo questo indirizzo, la determinazione dei presupposti per l'applicazione della aggravante della ingente quantità non può prescindere da questa impostazione normativa notevolmente differente da quando il giudice di merito ha espletato il suo vaglio. Precisandosi poi che ci troviamo in un quadro che smentisce la *ratio* della normativa vigente all'epoca dello sviluppo giurisprudenziale di cui sopra: da un lato, si è frantumata la

⁵³ Cfr. Cass., sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, Biondi, in *Cass. pen.*, 2013, p. 515 ss., con nota di G. CAPPELLO, *Un dibattito mai sopito: a distanza di più di un decennio si riparla dell'aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80 cpv. d.P.R. n. 309/1990*. È interessante notare come sulla non configurabilità dell'aggravante dell'ingente quantità, sulla base della quale la Corte di appello di Roma aveva determinato la pena cui dare esecuzione in Italia in 30 anni di reclusione, riconoscendo una sentenza di condanna pronunciata in Thailandia per traffico di sostanze stupefacenti, è stata concessa la grazia della pena detentiva ancora da espriare all'interessato da parte del Presidente della Repubblica (cfr. E. GALLUCCI, *L'esercizio del potere di grazia*, Giuffrè, 2016, p. 234 ss.).

sostanziale equiparazione tra il reato attinente a droghe pesanti e il reato relativo a droghe leggere; dall'altro lato, si è enucleato come reato autonomo, anche sotto il profilo delle modalità e non solo dell'entità del trattamento sanzionatorio, la fattispecie lieve di cui all'art. 73, comma 5, t.u. stup.

Tale giurisprudenza deve essere perciò rimeditata, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque "automatica" dell'aggravante dell'ingente quantità (che, prima della autonomizzazione operata dal d.lg. n. 146 del 2013 era in effetti la fattispecie opposta di quella di cui all'art. 73 comma 5).

In conclusione, per questa tesi, la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del citato d.lg. n. 36 del 2014 impone dunque una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante della ingente quantità⁵⁴.

Ad una soluzione diametralmente opposta è giunto un altro orientamento (da considerarsi maggioritario) attraverso una serie di decisioni le quali hanno cercato non solo di confutare il restante indirizzo, ma di fissare alcuni punti fermi anche per il futuro.

Secondo questa tesi, la cornice normativa vigente (ossia, l'art. 75 comma 1-*bis* t.u. stup.), come emerge dalle plurime interpolazioni della disciplina in materia di sostanze stupefacenti, fa comunque riferimento alla quantità massima detenibile, tenuto anche conto del fatto che il d.lg. 20 marzo 2014, n. 36 (conv. con mod. in l. n. 79/2014) prevede espressamente all'art. 2 che gli atti amministrativi – attuativi della fonte di rango primario di cui al d.P.R. n. 309 del 1990 – adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale riprendono a produrre effetti.

Conseguentemente, deve rilevarsi che mantengono validità i criteri indicati dalle Sezioni unite penali, e basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, al fine di verificare la sussistenza della circostanza

⁵⁴ Cass., sez. III, 21 maggio 2014, n. 25176, Amato, in *C.E.D. Cass.*, n. 259396. In senso conforme Cass., sez. III, 1 ottobre 2014, n. 45458, Bouzaraita, *ivi*, n. 260964.

aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma 2, t.u. stup.

Come noto, le Sezioni unite Biondi hanno infatti chiarito che non è ravvisabile l'aggravante di cui si tratta quando la quantità di principio attivo sia inferiore a 2000 volte il valore massimo, in milligrammi, determinato per ogni sostanza dalla tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006; e che nel caso in cui tale quantità sia superata resta ferma la discrezionale valutazione del giudice, al riguardo. Ciò significa, ad esempio, con riferimento alla sostanza stupefacente di tipo hashish, che la circostanza aggravante di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 80, comma 2, può essere ritenuta sussistente quando la quantità di THC sia superiore ad un chilogrammo⁵⁵.

In altra pronuncia, nello stesso senso si è rilevato che la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni della l. n. 49 del 2006 abbia determinato il travolgimento del sistema tabellare introdotto dalla legge "Fini-Giovanardi" e così il venir del riferimento già operato dall'art. 73, comma 1-bis t.u. stup., al "quantitativo massimo detenibile", come espresso dalle tabelle ministeriali, sul quale avevano fatto perno le Sezioni unite "Biondi" del 2012 in guisa di termine di raffronto per la determinazione dell'ingente quantitativo aggravante. Tuttavia, ciò non significa lo svuotamento del principio posto dalle menzionate Sezioni unite. Infatti, può osservarsi che il d.lg. n. 36 del 2014 (convertito con mod. dalla l. n. 79 del 2014), abbia confermato (con formula variata tra il d.lg. e la legge di conversione) gli atti amministrativi adottati sino alla data di

⁵⁵ Così Cass., sez. IV, 20 giugno 2014, n. 32126, Itaru, in *C.E.D. Cass.*, n. 260123. In senso conforme Cass., sez. IV, 5 dicembre 2014, n. 3799, Vabanesi, *ivi*, n. 263203. Al riguardo ha rilevato il Collegio che la motivazione fornita dalla Corte di appello ha fatto riferimento sia al quantitativo di THC, pari a grammi 8229,788, ampiamente superiore a 2000 volte il valore-soglia individuato quale parametro di riferimento dalle Sezioni unite "Biondi" del 2012, per la marijuana ammontante ad 1 kg.; sia al numero di dosi ricavabili, superiore a 300.000, tale da far ritenere integrata l'aggravante per il numero di potenziali soggetti interessati dalla cessione e della fetta di mercato potenzialmente coinvolta dalla commercializzazione, criterio cui la giurisprudenza di questa Corte faceva riferimento prima di quello sopra richiamato. La motivazione è dunque idonea a sostenere il giudizio di sussistenza dell'aggravante anche a prescindere dalle modifiche normative conseguenti alla dichiarazione di incostituzionalità cui ha fatto riferimento la difesa dei ricorrenti.

pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, ovvero le tabelle approvate in attuazione della norma di legge.

Inoltre, l'art. 75 t.u. stup. ha conosciuto, ancora ad opera del d.lg. n. 36 del 2014, l'inserimento di un comma 1-*bis*.

Come si vede, il quantitativo massimo detenibile, nel contenuto che se ne trae e se ne trarrà dai decreti ministeriali, è ancora preso in esame dal legislatore. E da ciò discende che il criterio interpretativo al quale ha inteso fare riferimento il Collegio, con il quale si intende cogliere ed esprimere una valutazione del fenomeno delinquenziale, solo in via congiunturale ("storica") riaccordato alle tabelle del 2006, risulta avallato ancor oggi dal legislatore. Va quindi ribadito che mantengono validità i criteri indicati dalle Sezioni unite per la integrazione dell'aggravante della quale ci si sta occupando⁵⁶.

Anche in un'altra decisione si è aderito a tale conclusione, secondo cui per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi dell'art. 75, comma 1-*bis*, mantengono validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80 comma 2 t.u. stup.

Si è aggiunto che non può condividersi quanto si è argomentato nell'indirizzo giurisprudenziale contrario, secondo il quale la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del d.lg. 20 marzo 2014, n. 36 impone una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante della ingente quantità, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, difficilmente compatibile con un'interpretazione tendenzialmente solo aritmetica di tale aggravante. Invero, da un lato, la sentenza costituzionale n. 32/2014, che ha determinato il successivo intervento legislativo, non ha espresso un giudizio di disallineamento costituzionale sulla *ratio legis* su cui riposava la considerazione unitaria delle diverse tipologie di sostanze ai fini del trattamento sanzionatorio, fondando la declaratoria di incostituzionalità su ragioni procedurali; d'altra parte,

⁵⁶ Cass. sez. IV, 2 luglio 2014, n. 43465, Gallizzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260307.

la rimodulazione delle tabelle fornita dalla recente novella non ha modificato i parametri quantitativi di riferimento sui quali si è basato l'arresto delle Sezioni unite "Biondi" del 2012. Né, infine, è condivisibile l'ulteriore assunto secondo il quale detto orientamento di legittimità determinerebbe una sorta di automaticità aritmetica a fondamento della sussistenza della aggravante della ingente quantità⁵⁷.

In un'altra sentenza si è precisato che se per un verso si deve ritenere che sebbene, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge "Fini-Giovanardi" per effetto della pronuncia n. 32 del 2014, il legislatore ha modificato il sistema tabellare che ne era conseguito, introducendo con il d.lg. 36 del 2014 quattro nuove tabelle classificatorie delle sostanze stupefacenti; tuttavia, per altro verso, i criteri elaborati dalle Sezioni unite "Biondi" per l'applicazione della aggravante della ingente quantità mantengono una loro validità, nella misura in cui possono essere utilizzati come meri criteri orientativi. Infatti, deve tenersi conto che i valori di riferimento ponderale utilizzati in quella decisione sono stati individuati a seguito di un'indagine condotta su un numero cospicuo di sentenze di merito che avevano ritenuto sussistente l'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, t.u. stup.; indagine che aveva evidenziato una forte discrezionalità da parte dei giudici nel riconoscere la suddetta aggravante utilizzando peraltro criteri diversi. Per questa ragione le citate Sezioni unite hanno individuato criteri in grado di assicurare una maggiore determinatezza della norma. In sostanza, si tratta di indicazioni orientative, le quali seppure sorte con riferimento alla disciplina introdotta con la l. n. 49 del 2006, che come è noto non operava distinzioni in base alla tipologia di stupefacenti e che oggi è stata abrogata per effetto della sentenza n. 32 della Corte costituzionale, non appaiono incompatibili con il regime normativo oggi in vigore⁵⁸.

Una parte della dottrina, si è espressa in termini coincidenti rispetto a quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale. Si è asserito infatti che il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite "Biondi"

⁵⁷ Cass., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 47907, Keci, in *C.E.D. Cass.*, n. 261261.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 4 febbraio 2015, n. 6331, Berardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 262345.

è perfettamente compatibile con l'odierno quadro normativo. Il "moltiplicatore" individuato dalle Sezioni unite deve essere applicato a un dato di partenza – relativo al quantitativo massimo detenibile – che il d.m. 11 aprile 2006 ha identificato in maniera differenziata in relazione a ciascuna singola sostanza stupefacente. Cosicché il principio espresso dalle Sezioni unite "Biondi", imponendo una valutazione fondata anche sul tipo di droga oggetto della condotta illecita, deve continuare a trovare applicazione, non potendo avere alcuna incidenza la ripristinata classificazione - per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 - tra droghe leggere e droghe pesanti: in realtà, nell'applicazione del principio già si teneva conto di siffatta distinzione individuando soglie quantitative ben distinte secondo il tipo di sostanza stupefacente oggetto di contestazione⁵⁹.

3.7. Annullamento e ripristino della tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006

Ora, le "dosi-soglia" (valore massimo in milligrammi) sono state individuate dalle Sezioni unite "Biondi" del 2012 sulla base del decreto ministeriale 11 aprile 2006, che contiene in allegato la tabella delle sostanze stupefacenti idonea a tal fine (l'allegato è parte integrante del decreto). In particolare la citata tabella era richiamata dall'art. 73 comma 1-*bis* t.u. stup.; essa riguarda l'individuazione, per le principali sostanze stupefacenti, della dose media singola (dms) e della quantità massima detenibile (qmd) o valore soglia.

Il citato decreto ministeriale e l'allegata tabella che permetteva il calcolo delle dosi-soglia per ogni sostanza stupefacente sono stati entrambi caducati per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014.

Sebbene il decreto e la tabella siano stati travolti a seguito della decisione della Consulta, poi il provvedimento nella sua interezza è stato ripristinato dal legislatore con l'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 (conv.

⁵⁹ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 308 ss. V. inoltre A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 72 ss.

con modif. in l. n. 79 del 2014); disposizione che ha genericamente ristabilito l'efficacia degli atti amministrativi adottati ai sensi del testo unico sugli stupefacenti⁶⁰.

Che il decreto ministeriale sia stato ristabilito dal legislatore del 2014, può argomentarsi altresì dal comportamento del legislatore il quale ha inserito il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 75 t.u. stup. relativo all'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza e come elemento da valutare quale indice di tale destinazione ha riproposto il limite della quantità massima detenibile (o valore soglia)⁶¹.

Si può dunque asserire che senz'altro gli indici quantitativi contenuti nel decreto ministeriale 11 aprile 2006 devono attualmente (o meglio per le condotte realizzate dopo l'entrata in vigore della l. n. 79 del 2014) essere impiegati nell'applicazione del comma 1-*bis* dell'art. 75 t.u. stup. (introdotto dalla l. n. 79 del 2014)⁶². Se non accogliamo la tesi (cfr. Cap. VIII) secondo cui il legislatore ha, tramite l'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014, derogato alla normale retroattività degli effetti delle sentenze costituzionali di accoglimento, bensì muoviamo da quanto diversamente asserito nel 2015 dalle Sezioni unite "De Costanzo" (su cui ampiamente ancora il Cap. VIII), allora dal 2006 fino al 2014 non dobbiamo considerare realmente vigente il d.m. 11 aprile 2006. Ebbene, l'annullamento *ex tunc* ad opera della pronuncia n. 32 del 2014 e il ripristino a partire del marzo 2014 del decreto ministeriale del 2006 sui limiti quantitativi massimi degli stupefacenti quali effetti ha determinato sulla applicazione della circostanza aggravante dell'ingente quantità ex art. 80, comma 2, t.u. stup.?

I calcoli sono stati compiuti sulla base dei valori espressi nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ma poi questa tabella è stata caducata *ex tunc* dalla menzionata decisione costituzionale e solo successivamente nel marzo 2014 con il d.lg. n. 36 il legislatore ha ridato efficacia agli atti amministrativi adottati ai sensi del d.P.R. n.

⁶⁰ G. PIFFER, *Stupefacenti*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G.L. Gatta, tomo III, Ipsoa, 2015, p. 2229 ss.

⁶¹ G. PIFFER, *Codice penale commentato*, cit., p. 2232 ss.

⁶² G. PIFFER *Codice penale commentato*, cit., p. 2233.

309 del 1990 sino alla data di pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32/2014.

Possiamo allora dire che la circostanza aggravante della ingente quantità è stata ritenuta applicabile per effetto di una disciplina che non è mai validamente entrata in vigore: disciplina sulla scorta della quale si compiva la stima per stabilire la configurabilità della predetta aggravante ?

E dunque che la pena dovrebbe reputarsi illegale nella parte in cui ha applicato l'aggravante sul *quantum* della sanzione complessivamente inflitta?

Oppure si tratta di un mero errore di diritto che può essere eliminato per i procedimenti penali non terminati, ed è assorbito nel giudicato per quelli ormai definitivamente chiusi e così in tali ipotesi non può più essere modificata la pena irrogata?

La strada con meno asperità è quella di ritenere che il *dictum* delle Sezioni unite "Biondi" non è in realtà integrativo della dimensione precettiva dell'aggravante della quantità ingente, valorizzando l'affermazione che si rinviene nella motivazione delle Sezioni unite: «non si tratta di usurpare una funzione normativa, che ovviamente compete al solo legislatore ma di compiere una operazione meramente ricognitiva che ... individui ... una soglia ... al di sopra della quale possa essere ravvisata l'aggravante». Ne segue che i criteri elaborati dalla Corte dovrebbero pertanto essere considerati quali meri criteri orientativi per il giudice, e peraltro non apparirebbero incompatibili con il regime normativo odierno.

Cerchiamo però di approfondire la questione.

L'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 è stato emanato per regolare l'efficacia degli atti amministrativi travolti dalla pronuncia costituzionale n. 32/2014: l'interpretazione che – come meglio vedremo – si è imposta nel diritto vivente (cfr. Sez. un. "De Costanzo" del 2015, Cap. VIII) è quella che ritiene che gli atti amministrativi riprendono a produrre effetti solo per il futuro mentre gli effetti per il passato e come se non fossero stati mai prodotti, operando la sentenza costituzionale di accoglimento *ex tunc* anche rispetto anche agli amministrativi collegati alle disposizioni annullate (qui l'art. 73 comma 1-*bis* t.u. stup.).

Le Sezioni unite "Biondi" del 2012 hanno statuito che l'aggravante non è ravvisabile quando la quantità di stupefacente sia inferiore a

2000 volte il valore massimo in milligrammi (valore-soglia) determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006. I parametri enucleati valgono chiaramente solo in negativo: al di sotto di tali valori quantitativi l'aggravante ex art. 80 comma 2 deve ritenersi inconfigurabile; mentre al di sopra di essi non c'è alcun automatismo, bensì deve effettuarsi la valutazione in concreto del giudice per la ricorrenza dell'aggravante.

Orbene, prendendo spunto da alcune recenti prese di posizione della Corte di Strasburgo (ad esempio, la sent. "Contrada"⁶³), si è autorevolmente sostenuto che pure nel nostro ordinamento occorre mettere da parte qualsiasi contrapposizione tra "formante legislativo" e "formante giurisprudenziale" della legalità, e solo prendendoli in esame unitariamente è possibile individuare quale sia la norma penale (il diritto vivente) al fine dell'applicazione delle garanzie del principio di legalità convenzionale: ossia la conoscibilità e la prevedibilità della figura di reato⁶⁴.

Si è posto pertanto in luce come una misura utile a incidere positivamente sull'applicazione e sulla prassi del principio di legalità consiste in una maggiore attenzione da parte della Corte di cassazione ad attuare nell'interpretazione delle leggi il principio di determinatezza delle fattispecie criminose. E ciò attraverso l'elaborazione di criteri per definire i concetti legislativi indeterminati, così da pervenire ad un completamento della norma da parte della giurisprudenza, predisposto sulla scorta dei casi concreti che ad essa si presentano. E un caso emblematico di applicazione del principio di determinatezza, si è rinvenuto proprio nelle Sezioni unite "Biondi" concernente la circostanza aggravante della quantità ingente di sostanza stupefacente; pronuncia che ha precisato e determinato la qualificazione di quantità "ingente". Il criterio individuato dalle Sezioni unite ha giovato ad una maggiore prevedibilità dei casi di applicazione dell'aggravante, e quindi alla legalità della sua previsione⁶⁵.

⁶³ Corte Edu, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n. (66655/13).

⁶⁴ Così E. LUPO, *Cassazione e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 441 ss.

⁶⁵ Cfr. ancora E. LUPO, *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 451 ss.

È evidente qui l'impiego del diritto giurisprudenziale nella concretizzazione della norma penale non incriminatrice (l'aggravante della quantità ingente). Si tratta di una chiara ipotesi in cui vi è stata la determinazione della norma penale attraverso il formante giurisprudenziale, costituito nel caso di specie dalla pronuncia delle Sezioni unite "Biondi". Il giudice è stato un agente con-formante del diritto, insieme ad un'altra fonte⁶⁶.

Prendiamo allora in esame le sentenze passate in giudicato di condanna, anteriori all'adozione del d.lg. n. 36 del 2014, in cui è stato applicato un trattamento sanzionatorio che ha tenuto conto dell'aggravante dell'ingente quantità; aggravante ritenuta sussistente sulla base della tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006. Essendo stato tale decreto caducato *ex tunc* per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, potrebbe prospettarsi una soluzione analoga a quella fornita dalle Sezioni unite "De Costanzo" in tema di tabelle e nuove sostanze stupefacenti (cfr. *postea*, Cap. VIII). E quindi la possibilità in sede esecutiva di sottrarre la frazione di pena inflitta in base all'aggravante ex art. 80, comma 2, t.u. stup. Ovviamente, sulla base di tale ragionamento per i procedimenti che pendono davanti alla Corte di cassazione, l'esito dovrebbe essere l'annullamento con rinvio della sentenza di condanna per permettere al giudice di merito di valutare la sussistenza dell'aggravante ed eventualmente di rideterminare la pena.

⁶⁶ Sulla dislocazione delle fonti e il primato dell'ermeneutica sulla *lex scripta et stricta*, cfr. le considerazioni di C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1109 ss.

4. I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati

Sommario: 4.1. I “fatti concomitanti” alla vigenza della norma favorevole incostituzionale. I “fatti pregressi”. I “fatti successivi”. – 4.2. Reintroduzione del trattamento sanzionatorio più favorevole e annullamento delle sentenze di condanna. – 4.3. La mancata verifica di una vicenda di successione di leggi. – 4.4. Fatti di lieve entità e *lex mitior*. – 4.5. La continuazione tra reati in cui le violazioni-satellite concernono droghe “leggere”.

4.1. I “fatti concomitanti” alla vigenza della norma favorevole incostituzionale. I “fatti pregressi”. I “fatti successivi”

Veniamo adesso ad esaminare gli esiti che si sono determinati, per effetto della pronuncia costituzionale n. 32 del 2014, sulle condotte ancora non definitivamente giudicate.

Ora, nella parte finale della motivazione della sentenza n. 32, la Corte costituzionale prende posizione unicamente sulle conseguenze *in malam partem* della sua decisione, e non anche di come far operare nel sistema quelli *in bonam partem*.

Il Giudice delle leggi puntualizza infatti che «quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune quale interprete delle leggi impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei

principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 c.p., che implica l'applicazione della norma più favorevole al reo».

Ebbene, il richiamo al giudice comune, quale interprete delle leggi, nel governare le conseguenze sui singoli imputati della dichiarazione di illegittimità costituzionale è circoscritto all'evitare che quest'ultima vada ad incidere in modo peggiorativo sulle loro posizioni. Nei confronti degli imputati/condannati quindi il principio dell'applicazione della norma penale più favorevole serve solo ad escludere che, a seguito della pronuncia ablativa, si applichi una norma *in peius*; e non invece ad affermare in positivo che qui il giudice comune deve applicare la *lex mitior* oltre il giudicato di condanna¹.

L'ultimo argomento della Corte costituzionale è costruito, dunque, "in chiave negativa": per i fatti aventi ad oggetto le droghe "pesanti" il ripristino dell'art. 73 t.u. stup. nel testo anteriore (da otto a venti anni di reclusione) a quello annullato (da sei a venti di reclusione) non può comportare pene più severe: il giudice comune – in base al principio della *lex mitior* – lo deve impedire, e dovrà di conseguenza applicare ancora la norma dichiarata incostituzionale per le condotte concernenti le sostanze stupefacenti più pericolose².

Certo, è pienamente condivisibile che i "fatti concomitanti" alla norma penale favorevole dichiarata in seguito invalida, per i quali il procedimento penale ancora non è definito con sentenza irrevocabile, devono beneficiare egualmente del trattamento sanzionatorio di favore. Ma non sulla base del comma 4 dell'art. 2 c.p., perché non c'è alcun avvicendamento tra leggi, in quanto la pronuncia n. 32/2014 della Corte costituzionale opera *ex tunc*; è come se la norma non fosse mai esistita. Si tratta, invece, di una finzione giuridica che permette di salvaguardare la garanzia connessa al principio costituzionale di irretroattività (art. 25, comma 2, Cost.) e al principio di legalità convenzionale ex art. 7 CEDU, che presuppone la prevedibilità della pena che potrebbe essere inflitta al soggetto in caso di condanna³. Il

¹ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit.

² Così A. DELLA BELLA - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute*, cit., p. 2 ss.

³ Cfr. M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento* al volume n. 9/2014, p. 21 ss. In tal senso, v. poi A. DELLA BELLA - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute*, cit., p. 2 ss.; V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale*

riferimento alla disciplina della successione delle leggi nel tempo appare dunque fuori luogo, un autentico “svarione” della Corte, che sovrappone i fenomeni dell’invalidità della legge e dell’abrogazione normativa (vicenda quest’ultima dove unicamente si può parlare di successione di leggi nel tempo).

Il soggetto agente ha orientato la sua condotta sulla base della norma di favore poi dichiarata invalida; norma annullata *ex tunc* facendo rivivere la preesistente disciplina meno favorevole, che formalmente dovrebbe considerarsi vigente al momento del fatto. Per rispettare la *ratio* del principio costituzionale di irretroattività, bisogna però accordare all’agente la garanzia che egli non possa essere assoggettato in concreto ad un trattamento peggiore rispetto a quello stabilito dal sistema penale nel momento in cui ha tenuto realmente la condotta presa in considerazione⁴.

Riguardo ai procedimenti penali ancora non definiti in modo irrevocabile per i “fatti concomitanti”, ossia per le condotte tenute durante la vigenza della norma dichiarata invalida, resta ferma la disciplina incostituzionale se “in concreto” più favorevole (anche se è come se la stessa non fosse mai esistita). Prevale qui la tutela dell’affidamento del singolo sulla base della norma penale “apparentemente” in vigore al momento del fatto, alla luce altresì dell’esigenza di “prevedibilità” della sanzione penale ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 7 Cedu⁵.

della legge c.d. “Fini-Giovanardi”, cit., p. 28 ss. E più in generale, così G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, E.S.I., 2016, p. 116. In giurisprudenza, con riferimento alla vicenda degli stupefacenti, cfr. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13903, Spampinato, in *C.E.D. Cass.*, n. 261057; Cass., sez. IV, 26 settembre 2014, n. 44808, Madani, *ivi*, n. 260735, secondo cui in ossequio al principio di irretroattività della legge penale meno favorevole, la norma incriminatrice dichiarata incostituzionale può continuare a trovare applicazione per le condotte realizzate nel corso della sua vigenza, ove la sua disciplina conduca in concreto ad un trattamento più favorevole per l’imputato.

⁴ Per lo sviluppo di tali argomentazioni, cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Cass. pen.*, 2007, p. 449 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, in particolare il § 6.4. del *considerato in diritto*.

⁵ Cfr. M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 20 ss. V. inoltre F. LICATA – S. RECCHIONE – N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 28 ss.

A tal fine, il giudice deve valutare caso per caso, confrontando i risultati che scaturirebbero dall'applicazione al fatto concreto della legge del tempo stimata incostituzionale e delle leggi posteriori o anteriori se riportate in vita. Applicando quella incostituzionale qualora nella sua integrità sia più favorevole, non potendo combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell'altra legge secondo la logica del *favor rei*. È indispensabile, infatti, che non si proceda ad una combinazione tra le disposizioni più favorevoli della legge incostituzionale con quelle più favorevoli della legge ripristinata o posteriore a quella invalidata⁶. E pertanto la giurisprudenza ha correttamente asserito in proposito che la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.lg. n. 272 del 2005 (convertito con modificazioni dalla l. n. 49 del 2006), ha comportato la reintroduzione per le droghe cosiddette "pesanti" di un trattamento sanzionatorio meno favorevole per il reo; sicché per le condotte aventi ad oggetto tali sostanze, che siano state commesse nel corso della vigenza delle norme attinte dalla censura di incostituzionalità, le stesse continuano ad applicarsi⁷.

Per ciò che concerne i c.d. "fatti pregressi", ossia le condotte tenute prima delle modifiche del 2006, qualora vi siano procedimenti penali non definitivamente conclusi, può osservarsi quanto segue. Le norme penali (relative al trattamento sanzionatorio più severo), ripristinate per effetto della pronuncia di incostituzionalità n. 32/2014, debbono operare per tutti quei "fatti pregressi" commessi nella vigenza delle norme non ancora modificate in senso favorevole dalla

⁶ Cfr., in tal senso, sul tema specifico degli stupefacenti, Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13903, cit.

⁷ In tal senso Cass., sez. IV, 1 luglio 2014, n. 43464, in *C.E.D. Cass.*, n. 260731, la quale nella fattispecie ha confermato la sentenza impugnata relativa alla detenzione contestuale di droghe sia "pesanti" sia "leggere" perché la reviviscenza dell'originaria disciplina dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 comporta, non solo, una pena edittale maggiore nel minimo per le droghe pesanti ma anche la configurabilità di più reati in relazione a condotte di detenzione simultanea di stupefacenti appartenenti a diverse tabelle, così risultando di maggior favore per il reo la disciplina dichiarata incostituzionale. In senso conforme Cass., sez. I, 23 giugno 2015, n. 33373, Guzzon, *ivi*, n. 264737, la quale ha osservato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale non deve andare a detrimento delle posizioni giuridiche degli imputati, essendo gli effetti della pronuncia recessivi rispetto al principio *poziore* della applicazione della legge penale più favorevole al reo.

disciplina poi dichiarata incostituzionale⁸. Invero, la legge intermedia favorevole (ossia, la *lex mitior* successiva a quella vigente al momento della commissione del fatto, ma non più in vigore al momento del giudizio) non si applica retroattivamente ai fatti realizzati precedentemente alla sua entrata in vigore nell'ipotesi in cui la "legge intermedia" sia costituita da una norma penale dichiarata incostituzionale. Per i "fatti pregressi" trova allora applicazione la legge in vigore al momento del fatto.

Quanto ai "fatti successivi", ossia a quelle condotte commesse successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014, non c'è dubbio che la norma applicabile è quella "rivissuta", non potendo più operare la legge dichiarata incostituzionale neanche se più favorevole. Il limite temporale di possibile efficacia di quest'ultima legge è infatti strettamente collegato con i fatti c.d. concomitanti, ai quali viene garantito dai principi fondamentali del nostro ordinamento il persistere dell'applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole, seppure quest'ultimo abbia perso efficacia *ex tunc*. E pertanto nel caso in cui la condotta penalmente illecita, posta in essere dopo la pronuncia della sentenza costituzionale n. 32/2014, sia sussumibile nel comma 1 dell'art. 73 t.u. stup. (in relazione a droghe "pesanti"), la cornice edittale cui far riferimento è costituita dalla ripristinata reclusione da 8 a 20 anni e non già da quella più favorevole della reclusione da 6 a 20 anni (applicabile solo ai "fatti concomitanti" alla disciplina dichiarata poi incostituzionale).

4.2. Reintroduzione del trattamento sanzionatorio più favorevole e annullamento delle sentenze di condanna

In particolare, si è sostenuto nella giurisprudenza di legittimità che la reviviscenza dell'originario art. 73 t.u. stup. ha comportato la reintroduzione per le droghe "leggere" di un trattamento sanzionatorio più favorevole; e di conseguenza è necessario annullare

⁸ In tal senso, correttamente, si veda Cass., sez. III, 3 marzo 2016, n. 28233, in *C.E.D. Cass.*, n. 267410, pronunciata in materia edilizia.

con rinvio la sentenza di condanna che abbia irrogato una pena facendo riferimento al minimo edittale previsto dalla disciplina incostituzionale e corrispondente all'attuale massimo della pena⁹. E ciò anche in relazione al coimputato non ricorrente¹⁰.

In altri termini, la reviviscenza normativa ha determinato la reintroduzione per le droghe leggere di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, e perciò si devono annullare le sentenze di condanna che abbiano inflitto una pena utilizzando quale riferimento i parametri edittali previsti dalla disciplina incostituzionale, con rinvio al giudice di merito per la rideterminazione del nuovo trattamento sanzionatorio¹¹.

Si è affermato inoltre che l'avvenuta reviviscenza, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, del trattamento sanzionatorio più favorevole per la detenzione illecita delle droghe leggere impone di riconsiderare i presupposti applicativi delle misure cautelari personali in atto, atteso che la cornice edittale di riferimento incide sulla scelta della misura oltre che sulla sua stessa applicabilità, stante la necessaria valutazione in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale della pena¹².

4.3. La mancata verifica di una vicenda di successione di leggi

Va sottolineato con vigore che non si applicano qui le regole codicistiche in materia di successione di leggi penali, né tantomeno il comma 4 dell'art. 2 c.p.: non ci sono due o più "valide" leggi che si avvicendano nel tempo fra loro.

⁹ Cass., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo; Cass., sez. VI, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano.

¹⁰ Cass., sez. III, 6 maggio 2014, n. 24856, Spezzacatena.

¹¹ Cfr. Cass., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 21064, Napoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259382; Cass., sez. IV, 2 aprile 2014, n. 19267, Festante, *ivi*, n. 259370; Cass., sez. VI, 23 settembre 2014, n. 39924, Grisorio, *ivi*, n. 260711.

¹² Cass., sez. IV, 1 aprile 2014, n. 15187, Giunta, in *C.E.D. Cass.*, n. 259056; Cass., sez. IV, 15 aprile 2014, n. 21600, Bisicé, *ivi*, n. 259378. L'orientamento è stato confermato da Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, *ivi*, n. 260928, in *Cass. pen.*, 2015, p. 534 ss., con nota di L. LUDOVICI, *Sui margini di operatività della scarcerazione per decorrenza di termini rideterminati in mitius per effetto di una declaratoria di incostituzionalità*.

La Corte costituzionale sembra contraddirsi lì dove prima parla di una carenza di potere nell'esercizio della potestà legislativa delle Camere, determinata dalla mancata coerenza di contenuti tra il decreto legge e la legge di conversione; carenza di potere che ha interrotto il legame tra i due atti normativi, e che ha reso affetto da un vizio talmente radicale le disposizioni, impedendo alle stesse di determinare l'abrogazione della precedente normativa sulla base del principio cronologico (*lex posterior*).

E in un secondo momento la Corte ammonisce poi il giudice comune a tener conto dei principi della successione di leggi penali nel tempo. Successione di leggi che in assenza di una vicenda abrogativa non si è di certo potuta verificare nel caso di specie¹³.

Occorre, secondo quanto già affermato dalla Consulta¹⁴, tenere rigidamente separati due piani:

(i) il piano del controllo di legittimità costituzionale, al quale tutte le norme giuridiche primarie devono sottostare, senza limitazioni;

(ii) il piano degli effetti che conseguono dalla eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. In tale sfera, nonostante la sentenza di accoglimento, restano ferme per l'imputato tutte le garanzie desumibili dai principi di diritto penale costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.) e convenzionale (art. 7, § 1, Cedu) in ambito intertemporale, e qui segnatamente il principio di irretroattività e quello di affidamento del singolo basato sulla "prevedibilità" della sanzione criminale¹⁵.

Ebbene, l'annullamento della "norma incriminatrice favorevole" deve essere delimitato nei suoi effetti *ex tunc*, per non violare il principio costituzionale (e convenzionale) di irretroattività. La norma incriminatrice di favore si applica, dunque, ai fatti commessi sotto la sua vigenza. A tale proposito ha chiarito la Corte costituzionale, nella sua fondamentale pronuncia sulla non applicabilità delle regole dell'art. 2 c.p. ai decreti legge decaduti, che il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. trova applicazione relativamente ai fatti commessi

¹³ Cfr. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 28 gennaio, 2010, n. 28, cit.

¹⁵ Cfr. in proposito M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 111 ss.

nel vigore (anche se poi caducato) della "norma penale favorevole" contenuta in un decreto legge non convertito (c.d. "fatti concomitanti"), fatti rispetto ai quali soltanto sorge, ai fini dell'applicabilità del principio stesso, il problema dell'operatività del risultato normativo in discorso, e rispetto ai quali unicamente tale risultato potrebbe equipararsi a una "norma penale sfavorevole"; non anche relativamente ai c.d. "fatti progressi"¹⁶.

Il principio di legalità costituzionale – che conferisce preferenza alla legge costituzionale rispetto alla legge ordinaria, e da cui deriva che la legge ordinaria non può esprimere norme contrarie alle norme di rango costituzionale, altrimenti la norma di legge ordinaria, in quanto gerarchicamente inferiore, deve considerarsi invalida e pertanto deve essere annullata dall'organo competente con effetti *ex tunc*¹⁷ – entra qui in conflitto con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale: l'antinomia tra i due principi trova la sua composizione nella prevalenza di quest'ultimo, limitando la piena applicazione del principio di costituzionalità e delle sue conseguenze (ossia l'annullamento *ex tunc* della norma penale favorevole) rispetto ai fatti commessi durante la vigenza della norma invalida. La pronuncia ablativa della Corte costituzionale non può qui limitare in alcun modo le garanzie stabilite dal principio costituzionale in materia di irretroattività della legge penale¹⁸.

Alla luce di quanto appena osservato, è necessario andare cauti nell'evocare la verifica del fenomeno della successione di leggi nel tempo e la sua disciplina codicistica. Orbene se si fosse in presenza di una successione diacronica tra norme, la norma incostituzionale integrerebbe una *lex intermedia* favorevole che, *ex art.* 2 c.p. creando una discontinuità normativa, dovrebbe condurre ad una irrilevanza penale dei fatti commessi sotto la vigenza della norma penale dichiarata incostituzionale.

L'imputato avrebbe "quesito" il trattamento più favorevole intermedio previsto dalla norma incostituzionale, e dunque ai sensi

¹⁶ C. cost., 22 febbraio 1985, n. 51.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Utet, 2006, p. 57 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 218 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, p. 233 ss.

¹⁸ M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 150 ss.

dell'art. 129 c.p.p. il giudice dovrebbe dichiarare d'ufficio con sentenza che il fatto non è previsto dalla legge come reato. Si pensi, per esempio, ad una condotta commessa durante il vigore del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. poi, come sappiamo, dichiarato incostituzionale con il conseguente ripristino della previgente formulazione del comma 5; processo penale per tale condotta tutt'ora pendente e dunque al momento del giudizio è vigente il nuovo comma 5 introdotto dal d.lg. n. 146 del 2013. Se si configurasse una successione di leggi verrebbero in considerazione ben tre leggi di cui la legge incostituzionale sarebbe la *lex intermedia mitior* perché renderebbe penalmente lecita la condotta. Il giudice dovrebbe assolvere il reo (il fatto non è previsto come reato) perché egli beneficerebbe del trattamento intermedio più favorevole: l'assenza della rilevanza penale della condotta sulla base della figura di reato contestata.

Se dunque ragionassimo in termini di successione di leggi, bisognerebbe convenire sulla presenza di tre norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo. Ma la disciplina della legge intermedia è quella scaturente dalla invalidazione della norma incostituzionale, e dunque avrebbe come effetto la sopravvenuta irrilevanza penale della condotta tenuta nella vigenza della incriminazione caducata dalla Corte costituzionale. E proprio perché non si è verificata una vicenda di successione di leggi penali nel tempo, l'annullamento da parte della Corte costituzionale della norma abrogatrice invalida ha inoltre avuto come effetto di rendere non più applicabile la disciplina della norma intermedia favorevole ai c.d. "fatti progressi", ossia a quei comportamenti criminosi realizzati prima dell'abrogazione normativa; e quindi per le droghe "pesanti" la disciplina demolita dalla Corte non si potrà più applicare, *ex art. 2, comma 4, c.p.*, ai "fatti progressi" ancora non giudicati con sentenza definitiva.

4.4. Fatti di lieve entità e *lex mitior*

Per quanto concerne nello specifico i fatti di spaccio e traffico di stupefacenti di lieve entità commessi dopo il 2006 e prima del 24 dicembre 2013 e non ancora giudicati definitivamente, soltanto qualora la legge "Fini-Giovanardi" incostituzionale sia la legge più favorevole si continuerebbe ad applicarla ai "fatti concomitanti";

anche se è stata annullata ed è come se non fosse mai stata vigente. Altrimenti bisognerebbe scegliere fra le due restanti leggi quale sia la più favorevole all'imputato: la disciplina della legge "Tervolino-Vassalli" ripristinata e la nuova disciplina ex d.lg. n. 146 del 2013 (così come modificata in seguito dalla legge di conversione del d.lg. n. 36 del 2014)¹⁹.

In effetti qui la legge del tempo ritenuta incostituzionale (il comma 5 dell'art. 73 nella redazione della legge "Fini-Giovanardi") non riveste il ruolo di *lex mitior*: sia per le droghe "leggere" che per quelle "pesanti", non essendo la più favorevole, la legge incostituzionale ha perso efficacia *ex tunc*, facendo rivivere la legge antecedente come legge formale da applicare ai fatti commessi a partire dal 2006 e fino all'entrata in vigore del d.lg. n. 146 del 2013. Configurandosi così una successione di norme: tra quella ripristinata e la nuova norma introdotta dal d.lg. n. 146 del 2013 (e posteriori modificazioni ex d.lg. n. 36 del 2014 conv. dalla l. n. 79 del 2014). E pertanto qualora il procedimento penale non sia ancora terminato, va stabilito quale sia tra le leggi quella in concreto più favorevole al reo; il giudice potrebbe, infatti, applicare la nuova legge risultando la stessa in concreto più vantaggiosa per il reo.

Legge più favorevole che va ritenuta sicuramente la nuova figura autonoma di cui al comma 5, se è decorso l'ormai breve termine di prescrizione (sei anni, prorogabile fino a sette anni e mezzo); invero, come chiarito in giurisprudenza, l'ipotesi in questione fin quando ha rivestito natura di attenuante ha avuto un lungo termine di

¹⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti*, cit., § 3; *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di V. PAZIENZA, p. 14 ss. Per Cass., sez. III, 25 marzo 2015, n. 16613, la fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 nella formulazione oggi vigente, introdotta dalla l. n. 79/2014 trova applicazione a tutti i processi ancora in corso per fatti di lieve entità relativi a droghe "pesanti". Per quelli relativi alle c.d. "droghe leggere" per fatti commessi fino al 23.12.2013 occorrerà verificare, a parità di pena, se in concreto sia più favorevole per l'imputato l'applicazione della ipotesi di cui al 5 comma dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 quale ipotesi circostanziale ovvero quale reato autonomo. E ricorre la prima evenienza solo in quei casi in vi siano recidiva o circostanze aggravanti contestate e il giudice ritenga le stesse minusvalenti, ex art. 69 c.p., rispetto all'ipotesi attenuata di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990.

prescrizione determinato dagli elevati valori di pena stabiliti dal comma 1 dell'art. 73 t.u. stup.²⁰.

Inoltre, la nuova ipotesi autonoma è stata considerata complessivamente di maggior favore per il reo rispetto al testo previgente, quanto al trattamento sanzionatorio, perché non consente più il giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti²¹.

Altrimenti, prendendo in considerazione soltanto i limiti edittali, si è stimata più favorevole la disciplina dei fatti di lieve entità ripristinata rispetto a quella posta dal d.lg. n. 146 del 2013 (nella versione ancora non rimodulata *in mitius*, quanto al trattamento sanzionatorio, dalla legge di conversione del d.lg. n. 36 del 2014, la quale – come detto – prevede adesso per il comma 5 la reclusione da sei mesi a quattro anni)²².

In particolare, si è osservato che l'individuazione del regime di maggior favore per il reo ai sensi dell'art. 2 c.p. deve essere operata in concreto, comparando le diverse discipline sostanziali succedutesi nel tempo. Cosicché, in relazione alla fattispecie di lieve entità del fatto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990, trasformata da circostanza attenuante a reato autonomo dal d.lg. n. 146 cit., per le sole droghe cosiddette "leggere" potrebbe rivelarsi di maggior favore l'originaria previsione della circostanza attenuante ad effetto speciale, laddove questa sia giudicata prevalente rispetto ad eventuali circostanze aggravanti nonché alla recidiva²³.

E comunque sia per le droghe "pesanti" sia per le droghe "leggere" la formulazione attuale del comma 5, scaturente dalla legge di conversione n. 79 del 2014, è senza dubbio più favorevole²⁴.

²⁰ Cfr. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 14288, Cassanelli, in *Diritto penale contemporaneo*; Cass., sez. IV, 29 maggio 2014, n. 27624, Horvat; Cass., sez. VI, 26 marzo 2014, n. 14994, Desideri; Cass., sez. III, 13 marzo 2014, n. 23904, Mariotti.

²¹ Cass., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 6142, Di Donato, in *C.E.D. Cass.*, 259351; Cass., sez. IV, 28 maggio 2014, n. 27619, Taiek, *ivi*, n. 259388; Cass., sez. IV, 11 febbraio 2014, n. 11525, Sotgiu.

²² Così Cass., sez. VI, 20 marzo 2014, n. 14293, cit.

²³ Cass., sez. III, 12 giugno 2014, n. 27952, Brunitto, in *C.E.D. Cass.*, n. 259399.

²⁴ Cfr. Cass., sez. III, 12 giugno 2014, n. 27955, Giberti. V. pure *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di V. PAZIENZA, p. 14. Secondo Cass., sez. III, 25 marzo 2015, n. 16613), Il nuovo massimo edittale (quattro anni di reclusione) previsto dalla novella di cui alla l. 79/2014 per la fattispecie di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990 dispiega conseguenze favorevoli

In questa ipotesi si è prodotto allora un fenomeno di successione di leggi nel tempo, perché la Corte costituzionale con la sent. n. 32 del 2014 ha caducato in realtà una legge (l'art. 73, comma 5, secondo la versione della legge "Fini-Giovanardi") che era già stata abrogata dal legislatore e sostituita dallo stesso con una nuova legge (d.lg. n. 146 del 2013)²⁵. Soltanto per tale ragione ha avuto luogo una vicenda successoria tra il comma 5 nella formulazione della legge "Iervolino-Vassalli" e nella formulazione del d.lg. n. 146 del 2013.

Se la declaratoria di incostituzionalità del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella redazione della legge "Fini-Giovanardi" fosse intervenuta prima della sua abrogazione da parte del decreto legge del dicembre 2013, non si sarebbe posto il problema di una eventuale successione tra il comma 5 nella formulazione della legge "Fini-Giovanardi" e la nuova autonoma incriminazione per i fatti di lieve entità: perché si sarebbe chiaramente prodotta una discontinuità e la nuova incriminazione sarebbe stata operante per i fatti "futuri" alla sua entrata in vigore; e se più favorevole applicabile anche ai fatti pregressi non ancora definitivamente giudicati.

4.5. La continuazione tra reati in cui le violazioni-satellite concernono droghe "leggere"

La reintroduzione per le droghe "leggere" di un trattamento sanzionatorio più favorevole al reo, a seguito della sent. n. 32/2014

per l'imputato, in quanto continua a consentire l'arresto in flagranza ai sensi dell'art. 381 comma 1 c.p.p. (e il conseguente giudizio direttissimo in caso di convalida), ma rende inapplicabile, la misura della custodia cautelare in carcere in quanto, secondo il dettato di cui all'art. 280 c.p.p. novellato dal d.lg. 78/2013 conv. con modif. nella l. 94/2013 la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per i delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Inoltre, la riduzione a quattro anni della pena edittale massima determina la possibilità per l'imputato di richiedere la sospensione del processo con messa alla prova, ai sensi dell'art. 168-bis c.p. (introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67), con la prospettiva dell'estinzione del reato a lui ascritto, in caso di esito positivo della prova stessa.

²⁵ La nuova legge, introdotta dal d.lg. n. 146 del 2013, è più favorevole di quella sostituita e poi dichiarata incostituzionale, perché la previgente aveva una pena detentiva nel massimo edittale più alta (anni sei di reclusione); e inoltre la natura di reato autonomo della nuova norma la sottrae al bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti: in tal senso cfr. Cass., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 11128, Grasso, in www.cortedicassazione.it.

della Corte costituzionale, ha altresì posto la questione se bisogna rideterminare necessariamente la pena quando fra i reati uniti in continuazione sono compresi, quali violazioni-satellite, i delitti di cui all'art. 73 t.u. degli stupefacenti in relazione appunto alle droghe "leggere". Sull'accennata questione si è formata in sede di legittimità una giurisprudenza non univoca.

Una prima opzione interpretativa, ha valorizzato il tradizionale insegnamento giurisprudenziale, secondo cui nell'istituto della continuazione, una volta individuata la "violazione più grave", i reati meno gravi smarriscono la loro autonomia sanzionatoria e va applicata una pena unica inflitta per tutte le figure di reato concorrenti. Sicché, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati-satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che possa incidere la "qualità" della pena stabilita per i singoli reati-satellite²⁶.

In tal senso – sulla scorta dell'idea che nell'ipotesi di continuazione i reati-satellite sono disancorati dalle loro specifiche pene edittali, e che l'originario trattamento sanzionatorio di questi non ha più efficacia – una parte della giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che il principio dell'applicazione della disciplina più favorevole, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 con riferimento al trattamento sanzionatorio relativo ai delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle "droghe leggere", ed il conseguente dovere di rideterminare la pena, non trova applicazione quando gli stessi costituiscono reati-satellite. Invero, nell'istituto della continuazione, una volta individuata la "violazione più grave", i reati meno gravi perdono la loro autonomia sanzionatoria, e si applica una pena unica inflitta per tutte le fattispecie concorrenti²⁷.

Secondo un diverso orientamento, invece, avendo la reviviscenza dell'art. 73 t.u. stup. determinato il ripristino per le droghe "leggere"

²⁶ Cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, in *C.E.D. Cass.*, n. 191129; Cass., sez. VI, 12 giugno 1997, n. 11462, Albini, *ivi*, n. 209702.

²⁷ Cfr. Cass., sez. VI, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, in *C.E.D. Cass.*, n. 258777; Cass., sez. VI, 14 marzo 2014, n. 25807, Rizzo, *ivi*, n. 259201.

di un trattamento sanzionatorio *in melius*, è necessario annullare con rinvio la sentenza di condanna che abbia irrogato una pena usando, come riferimento per il calcolo dell'aumento della pena dovuto alla ritenuta continuazione, i parametri edittali previsti dalla disciplina incostituzionale²⁸. In sostanza, per questo indirizzo il principio dell'applicazione della disciplina più favorevole, in relazione alle "droghe leggere", trova attuazione anche allorché gli stessi costituiscono reati-satellite, in quanto i mutati e più favorevoli limiti edittali impongono una nuova valutazione in ordine alla pena da irrogare, e, nel giudizio di legittimità, l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata. Fermo restando che, all'esito della rinnovata disamina, il giudice può ritenere la sanzione precedentemente inflitta equamente commisurata al caso concreto²⁹.

Un ulteriore orientamento, da un lato ha respinto la tesi dell'assoluta autonomia sanzionatoria del reato continuato, sottolineando viceversa come pure nell'operazione di determinazione della pena per il reato satellite non è indifferente la cornice edittale. Il giudice invero non è in condizione di valutare la gravità del fatto a prescindere dalla scala valoriale espressa dalle pene definite dal legislatore; e dunque la sanzione edittale stabilita in relazione a ciascun reato-satellite può assumere rilevanza ai fini del calcolo della pena da infliggere in aumento, in virtù dei principi generali in tema di applicazione della pena di cui agli artt. 132 e 133 c.p. validi anche per la figura del reato continuato³⁰.

Dall'altro lato, tale indirizzo ha messo in evidenza tuttavia che non sempre in tale ambito il sopraggiungere della *lex mitior* impone l'annullamento della sentenza, non potendone derivare effetti utili per l'imputato. Anzi la cancellazione del provvedimento lo renderebbe controproducente al reo, con evidente violazione del canone processuale del divieto di *reformatio in peius*. Ne consegue, allora, che la continuazione tra i reati produce l'annullamento della sentenza soltanto qualora sia possibile ritenere che la pena inflitta

²⁸ Cass., sez. IV, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, in *C.E.D. Cass.*, n. 259363; Cass., sez. IV, 2 aprile 2014, n. 19267, Festante, *ivi*, n. 259372.

²⁹ Così Cass., sez. IV, 25 marzo 2014, n. 22257, Guernelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 259203.

³⁰ Cass., sez. IV, 11 luglio 2014, n. 44791, Colombo, in *C.E.D. Cass.*, n. 260639; Cass., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 21558, Tosoni, *ivi*, n. 259751 (in motivazione).

possa essere rideterminata dal giudice del rinvio per effetto dell'applicazione del principio di prevalenza della legge penale più favorevole³¹.

In alcune decisioni si è specificato però che il giudizio di illegalità della pena per il reato-satellite deve essere escluso allorché, con riferimento al caso concreto, dal complesso della motivazione sia possibile evincere la marginalità della condotta concernente le droghe "leggere", e la conseguente esiguità dell'aumento applicato dal giudice di merito per la violazione-satellite: l'evidente giudizio già operato in merito alla minima gravità del fatto consente così di escludere l'illegalità della pena anche in relazione alla più favorevole normativa sopravvenuta³². Pertanto non può essere ritenuto illegale il trattamento sanzionatorio inflitto all'imputato, quando l'aumento per la continuazione imposto dal reato meno grave ha avuto un minimo rilievo rispetto all'entità della pena complessivamente irrogata³³.

Ora, il primo orientamento non sembra condivisibile, se si muove dalla piena valorizzazione della *ratio* e natura giuridica del reato continuato³⁴. E ciò soprattutto con riferimento al modo in cui tale istituto si configura in questo momento storico: mentre infatti il codice Rocco *ante* 1974 richiedeva l'omogeneità delle violazioni, oggi come è noto la continuazione può sussistere anche tra figure di reato diverse punite con pene eterogenee nel genere e nella specie.

Ebbene proprio dal binomio "medesimo disegno criminoso" e "identità della disposizione violata" – sul quale era storicamente costruita la figura del reato continuato – derivava il corollario della sua unità normativa; sicché venendo meno con la riforma del 1974 il limite dell'identità della disposizione violata, si è dissolta di conseguenza l'unitarietà del reato continuato³⁵. Oltretutto, occorre tenere in considerazione che, a seguito della riforma del 1974, è stato sostituito il terzo comma dell'art. 81 c.p., il quale espressamente sanciva: "le diverse violazioni si considerano come un solo reato". La

³¹ Cass., sez. IV, 11 luglio 2014, n. 44791, Colombo, cit.

³² Cass., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 21558, Tosoni, cit.

³³ Cass., sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 46825, Cammarata, in *C.E.D. Cass.*, n. 260910.

³⁴ Cfr., in proposito, E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Cedam, 1991, p. 5 ss.

³⁵ F. COPPI, voce *Reato continuato*, in *Dig. d. pen.*, vol. XI, Utet, 1996, p. 224 ss.

ragione a fondamento del peculiare trattamento penale favorevole di questa ipotesi di concorso materiale di reati è la minore riprovevolezza complessiva del comportamento del reo rispetto ai normali casi di concorso materiale, che permette in tal modo l'attenuazione delle pesanti conseguenze derivanti dal cumulo materiale delle pene³⁶.

Va escluso tuttavia che la disciplina di *favor* – sottesa all'istituto – trasformi la particolare ipotesi di concorso materiale di reati, unificando in modo effettivo dal punto di vista normativo i diversi episodi criminosi legati dal vincolo della continuazione. L'unità normativa delle diverse violazioni – se non appositamente sancita dalla legge – può postularsi solo in relazione a conseguenze favorevoli per il soggetto attivo del reato, che scaturiscono dalla forza unificante del requisito del “medesimo disegno criminoso”. Diversamente gli episodi penalmente illeciti restano autonomi e separati ai fini della loro disciplina³⁷. Ciò può dirsi avvalorato altresì dalle scelte del legislatore, il quale attraverso la legge ex-Cirielli (n. 251 del 2005), con riferimento al computo del termine di prescrizione per il reato continuato, non fa più riferimento alla cessazione della continuazione come *dies a quo* (art. 158 c.p.). Il termine per la prescrizione va perciò calcolato per ciascun singolo reato commesso in esecuzione del medesimo disegno criminoso.

Anche la giurisprudenza sembra ormai orientarsi nel senso di ritenere superata la concezione dell'unitarietà del reato continuato. Le Sezioni unite penali hanno, infatti, asserito che il reato continuato va considerato unitariamente solo per gli effetti espressamente previsti dalla legge, come quelli relativi alla determinazione della pena principale; mentre per tutti gli altri effetti non esplicitamente previsti, la considerazione unitaria può essere ammessa esclusivamente a condizione che garantisca un risultato favorevole al reo³⁸.

³⁶ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2012, p. 478; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 704 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2011, p. 494; E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit. p. 5 ss.

³⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Giappichelli, 2016, p. 536 ss.

³⁸ Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286, Chiodi, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2743 ss., con nota di D. BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi*

Tale opzione ermeneutica poggia sulle prese di posizione della Corte costituzionale, la quale ha prima chiarito che ogni qualvolta l'unificazione si possa risolvere a danno dell'imputato è opportuno operare la scissione, parziale o totale, a seconda che lo richieda il principio del *favor rei*³⁹; e più di recente ha sostenuto che la disciplina di carattere generale è oggi quella che considera autonomamente ciascun reato legato dal vincolo della continuazione⁴⁰. La continuazione è fenomeno dunque che si risolve in una vera e propria pluralità di reati commessi dalla stessa persona⁴¹. Come si è notato, sarebbe meglio dunque non parlare più di "reato continuato" (come prima della riforma del 1974), bensì di "continuazione di reati"⁴².

L'evidente contrasto giurisprudenziale messo in precedenza in risalto, ha provocato la rimessione alle Sezioni unite penali della questione così formulata. Se l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione per i delitti previsti dall'art. 73 t.u. stup. in relazione alle droghe leggere, quando gli stessi costituiscono reati-satellite, debba essere oggetto di specifica rivalutazione, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014.

Orbene, per le Sezioni unite si tratta di questione attinente alla legalità della pena, da valutarsi all'esito della menzionata pronuncia costituzionale, che coinvolge soltanto le droghe leggere. Unicamente per quest'ultime infatti la reviviscenza della disciplina prevista dalla legge "Iervolino-Vassalli" ha prodotto la reintroduzione di un regime

riflessioni sull'istituto; Cass., sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939, Ciabotti, *ivi*, 2014, p. 467 ss., con nota di A. CONZ, *Sulla determinazione della pena nel reato continuato. Rilievi critici alla teoria della individuazione della violazione più grave "in astratto"*.

³⁹ Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115.

⁴⁰ Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324.

⁴¹ A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Giuffrè, 2007, p. 425 ss.; D. BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati*, cit., p. 2750 ss.; Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286, Chiodi, cit.

⁴² A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 425; D. BRUNELLI, voce *Reato continuato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, 2006, p. 4936.

sanzionatorio di maggior favore per il reo⁴³. Ad avviso delle Sezioni unite, per i delitti previsti dall'art. 73 cit. l'aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle droghe leggere deve essere oggetto di puntuale rivalutazione da parte del giudice di merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della l. n. 49 del 2006 e ha determinato la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente.

Le Sezioni unite per giungere a tale soluzione del quesito rimessogli, per un verso aderiscono alla "visione multifocale" del reato continuato (ora unitaria, ora pluralistica), la quale postula l'indispensabile individuazione delle singole pene per i reati-satellite e che risulta così essenziale ai fini della "misura" degli aumenti da apportare alla pena base; non è irrilevante dunque la valutazione della gravità dei reati-satellite, perché il momento sanzionatorio segue quello valutativo e dunque lo presuppone e si distingue da esso. Per altro verso, la Corte valorizza il dettato del comma 2 dell'art. 533 c.p.p., secondo cui: «se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene sulla continuazione». Tale procedura bifasica sembra, quindi, imposta dal codice di rito: il giudicante prima stabilisce la pena per ciascun reato, poi determina la pena da applicare per il reato unitariamente considerato⁴⁴.

In definitiva, per le Sezioni unite se è vero che lo scopo dell'istituto della continuazione è la mitigazione del trattamento sanzionatorio, a causa della minore gravità della condotta e dell'elemento volitivo che la sorregge. È anche vero che siffatta mitigazione non può che avere quale termine di paragone la pena astrattamente comminata per i singoli reati. Una volta stabilita, ai sensi del comma 2 dell'art. 533 c.p.p., la pena per ciascun reato-satellite, il giudice, considerata la unitarietà del disegno criminoso,

⁴³ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar El Moustafa. In dottrina, cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 126 ss.

⁴⁴ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar El Moustafa, cit.

dovrà procedere ai singoli incrementi sanzionatori (determinando così la pena, in osservanza delle norme sulla continuazione); e ogni reato-satellite contribuirà così alla determinazione della pena finale in base al concreto valore ponderale che il giudicante intenderà “in concreto” attribuirgli, non potendo il giudice trascurare tuttavia la indicazione che “in astratto” gli ha fornito il legislatore con la fissazione delle cornici edittali di riferimento⁴⁵.

⁴⁵ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar El Moustafâ, cit.

5. I ricorsi per cassazione: inammissibilità, prescrizione, patteggiamento

Sommario: 5.1. Inammissibilità del ricorso e illegalità della pena. – 5.2. Inammissibilità del ricorso e legge sopravvenuta favorevole. – 5.3. Ripristino della disciplina favorevole e prescrizione. – 5.4. Le sentenze di patteggiamento antecedenti alla pronuncia di incostituzionalità n. 32 del 2014. – 5.4.1. L'orientamento che esclude l'illegalità della pena. – 5.4.2. Le Sezioni unite "Jazouli" del 2015. – 5.5. La nuova tipologia di pronunce della Settima sezione della Corte di cassazione.

5.1. Inammissibilità del ricorso e illegalità della pena

L'immediata inapplicabilità delle norme riconosciute invalide dalla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, deve valere anche nel caso in cui il giudizio sia pendente in cassazione, e perfino qualora l'impugnazione innanzi alla suprema Corte sia inammissibile per determinate cause.

In relazione ai ricorsi per cassazione "ammissibili", non v'è dubbio che la disciplina scaturita all'esito della pronuncia di incostituzionalità deve applicarsi immediatamente per i processi in corso, senza alcuna necessità che essa sia dedotta con motivi nuovi.

La suprema Corte accertata, pertanto, la sopravvenuta illegalità del trattamento sanzionatorio è tenuta essa stessa – previo annullamento senza rinvio della sentenza limitatamente all'entità

della pena – a rideterminare la sanzione nei limiti del nuovo assetto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (art. 619, comma 3, c.p.p. e art. 620, lett. *l*, c.p.p., in cui la Corte di cassazione è giudice del merito: annulla senza rinvio sostituendo con una sua pronuncia quella annullata); a meno che siano necessarie nuove valutazioni di fatto o apprezzamenti discrezionali incompatibili con le attribuzioni del Giudice di legittimità, e che impongono quindi l’annullamento con rinvio della decisione¹.

Quanto poi ai ricorsi in cassazione “inammissibili”, conviene muovere dalla distinzione tra i requisiti prescritti a pena di inammissibilità che richiedono una mera verifica “in fatto”, e quindi una semplice constatazione di fatto dell’inammissibilità; e quelli che impongono una valutazione “in diritto”, dove la valutazione dell’inammissibilità del ricorso implica invece un giudizio. E annoverare di conseguenza tra le cause di inammissibilità in via “di diritto”, ad esempio, le ipotesi attinenti: ai motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o non specifici, della mancanza d’interesse ad agire e della manifesta infondatezza dell’istanza². Allora in presenza

¹ Cfr. Cass., sez. VI, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 259253; Cass., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 13878, El Abbas, *ivi*, n. 259354; Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 19241, Pantaloni, *ivi*, n. 259367 (nel caso di specie, essendosi determinato il trattamento sanzionatorio sulla base del minimo edittale previsto dalla norma nel frattempo dichiarata incostituzionale, la Corte di cassazione ha ritenuto che la rideterminazione della pena in base alla previsione sanzionatoria più favorevole può essere compiuta – ai sensi dell’art. 620 lett. *l* c.p.p. – dalla stessa Corte). In senso difforme, è orientata tuttavia una parte della giurisprudenza, secondo la quale la reintroduzione per le droghe cosiddette “leggere” di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, comporta comunque l’annullamento con rinvio della sentenza di condanna che abbia inflitto una pena utilizzando quale riferimento per la sua determinazione i parametri edittali demoliti dalla decisione di incostituzionalità. Ferme dunque le statuizioni sulla responsabilità penale dell’imputato e sulla qualificazione del fatto attribuitogli, il giudice di merito deve perciò rideterminare nuovamente la pena (Cass., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 259355; Cass., sez. VI, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano, *ivi*, n. 259359; Cass., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 21064, Napoli, *ivi*, n. 259383).

² Per questa distinzione, in dottrina cfr. R. APRATI, voce *Inammissibilità e decadenza (proc. pen.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Giuffrè, 2006, p. 3028 ss., secondo la quale: in via di fatto va accertato se “l’atto domanda” presenti o meno certi requisiti, concretamente ovvero solo astrattamente. La verifica concreta è necessaria per i seguenti requisiti: la provenienza dal legittimato, la forma scritta, il rispetto dei termini, le indicazioni obbligatorie (delle parti, dei difensori, di determinati provvedimenti, delle prove, della procura, delle richieste, dei motivi), le firme, il deposito di atti, le

di quest'ultima tipologia di inammissibilità, resta nondimeno ferma – come diremo – la rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena per effetto della sentenza di incostituzionalità³.

Insomma, per le impugnazioni pendenti in cassazione "inammissibili" che impongono una valutazione "in diritto", nonostante dunque l'inammissibilità dell'istanza non può farsi riferimento alla disciplina in materia di stupefacenti in vigore al momento della proposizione del ricorso per cassazione o comunque alla normativa materialmente preesistente. Si tratta di una questione – relativa all'illegittima applicazione di una pena, giacché dichiarata contrastante con i principi costituzionali e dunque di una pena non prevista dall'ordinamento – che la Corte di cassazione deve rilevare anche d'ufficio *ex art. 609, comma 2, c.p.p.*⁴; e che perciò impedisce una eventuale pronuncia di inammissibilità⁵.

Per esempio, nel giudizio di cassazione è rilevabile di ufficio, pure in caso di inammissibilità per manifesta infondatezza del ricorso, la nullità sopravvenuta della sentenza impugnata nel punto relativo al trattamento sanzionatorio, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma attinente alla determinazione della pena⁶.

notificazioni, i provvedimenti impugnabili. La verifica astratta si impone, invece, per «l'idoneità degli elementi su cui si basa l'istanza a condurre, se accertati, al proscioglimento» (art. 631 c.p.p.), per «le nuove fonti di prova che possono determinare il rinvio a giudizio» (art. 434 c.p.p.), «per le investigazione suppletive e i relativi elementi di prova» (art. 408 c.p.p.).

³ Sul tema dell'inammissibilità del ricorso nel giudizio di cassazione, v. le approfondite considerazioni di F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, Giuffrè, 2013, p. 801 ss.

⁴ Cfr. Cass., sez. IV, 20 aprile 2004, n. 24661, in *C.E.D. Cass.*, n. 228962.

⁵ Cfr. Cass., sez. VI, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, in *C.E.D. Cass.*, n. 258777; Cass., sez. IV, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, *ivi*, n. 259363; Cass., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 13878, El Abbas, *cit.* In senso difforme, Cass., sez. VI, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, *ivi*, n. 259254, secondo cui l'illegalità della pena, per effetto di una sentenza di incostituzionalità, intervenuta successivamente alla presentazione del ricorso, può essere fatta valere dal ricorrente purché egli con i motivi originari dell'impugnazione abbia investito la Corte del controllo della motivazione in tema di definizione della pena.

⁶ Cass., sez. IV, 15 maggio 2014, n. 25216, Marena, in *C.E.D. Cass.*, n. 259385; Cass., sez. IV, 15 maggio 2014, n. 22293, Kure, *ivi*, n. 259383. Diversamente, appare condivisibile l'affermazione giurisprudenziale secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione, dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi, non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude pertanto la possibilità di rilevare e dichiarare l'esclusione della punibilità ai sensi del nuovo istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p., per quanto

Non è perciò accoglibile la diversa impostazione secondo cui, in via generale, l'inammissibilità del ricorso preclude la rilevabilità d'ufficio della illegalità della pena a seguito di pronuncia di incostituzionalità⁷.

Per contro, la rideterminazione del trattamento sanzionatorio *in mitius* è invece impedita dall'inammissibilità "in fatto" del ricorso: quando, ad esempio, l'impugnazione è stata proposta tardivamente; si è formato qui il giudicato in senso formale⁸, in quanto sono scaduti i termini per proporre l'impugnazione davanti alla suprema Corte⁹. La decisione risulta immutabile: è venuto meno il potere del giudice di pronunciarsi sul risultato dell'accertamento processuale, essendosi formato il giudicato formale al momento del decorso del termine per impugnare¹⁰. Né in quest'ultima ipotesi è invocabile l'argomento pratico, nel senso che potrebbe essere contrario al principio di ragionevole durata del processo rinviare unicamente nel tempo l'applicazione del trattamento sanzionatorio *in mitius*, il quale – come si ricava dalle statuizioni delle recenti Sezioni unite "Gatto" del 2014 – è certamente richiedibile dal condannato in sede esecutiva. Il sistema non può piegarsi fino a permettere soluzioni che, seppure vantaggiose sul piano pratico, non rispettino le sue coordinate fondamentali: nel caso di specie, la formazione del giudicato e l'intangibilità dell'accertamento processuale allorché sia trascorso il termine per proporre il ricorso innanzi alla suprema Corte.

Al riguardo si sono pronunciate le Sezioni unite, le quali hanno statuito che in presenza di un ricorso inammissibile, giacché presentato fuori termine, non è rilevabile d'ufficio, in sede di legittimità, l'illegalità della pena.

L'inammissibilità contrassegnata dall'inosservanza del termine per impugnare prevale infatti sulla illegalità della pena: siamo al

la causa di non punibilità rappresenti *ius superveniens* più favorevole al ricorrente (Cass., sez. III, 24 giugno 2015, n. 34932).

⁷ Cass., sez. IV, 12 marzo 2014, Rispoli, n. 24606, in *C.E.D. Cass.*, n. 259365; Cass., sez. VI, 26 marzo 2014, Lampugnano, n. 14995, *ivi*, n. 259358.

⁸ Cfr., sul concetto di giudicato formale, A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2016, p. 67 ss.

⁹ In tal senso, cfr. Cass., sez. IV, 6 maggio 2014, n. 24638, Valle, in *C.E.D. Cass.*, n. 259381.

¹⁰ Cfr. F. CAPRIOLI, *Irrevocabilità, esecutività, giudicato*, in F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 42 ss.

cospetto di un atto inidoneo ad introdurre il giudizio di impugnazione ed alla instaurazione di un valido rapporto processuale¹¹.

Nondimeno – ad avviso delle Sezioni unite – l’illegalità della pena in tale ipotesi è deducibile davanti al giudice dell’esecuzione. Invero, questa soluzione, oltre a garantire il rispetto del principio di legalità ex art. 1 c.p. e della funzione della pena delineato dall’art. 27 comma 3 Cost., appare in linea con i principi fondamentali del processo penale, rispettando la formazione del giudicato e l’intangibilità dell’accertamento processuale quando sia trascorso il termine per proporre ricorso per cassazione. E neppure è invocabile nel caso in esame l’art. 619 c.p.p., in quanto il potere di rettificazione del provvedimento impugnato non può essere esercitato in presenza di un ricorso inammissibile¹².

In definitiva, facendo applicazione delle indicazioni dettate in argomento della sent. n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, occorre sostenere che la norma su cui qui è basato il calcolo della pena è affetta da un radicale vizio del procedimento legislativo; e non solo pertanto essa "cessa di avere efficacia" e non può più essere impiegata dal giudice nei processi in corso, ma non possiede nemmeno l'idoneità ad abrogare la disciplina precedente.

Deve ritenersi, quindi, che la manifesta infondatezza del ricorso o le altre cause di inammissibilità "in diritto" non siano di ostacolo all’applicabilità della normativa più favorevole prevista nella stesura originaria contenuta nel d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in quanto la questione della legalità della pena (rilevabile d’ufficio ex art. 609 c.p.p.) – che altro non vuol dire che la sanzione irrogata dal giudice non è prevista (né è stata mai validamente prevista) dall’ordinamento giuridico¹³ – non può considerarsi preclusa dalla formazione del giudicato in senso sostanziale. E conseguentemente bisogna stimare non legittima la determinazione della sanzione operata nella vicenda concreta con riferimento alla norma incostituzionale¹⁴.

¹¹ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, in *C.E.D. Cass.*, n. 265106-109.

¹² Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, cit.

¹³ Sul concetto di pena illegale, cfr. le considerazioni di G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 16 ss.

¹⁴ Cass., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 13878, El Abbas, cit.

Questa impostazione è rafforzata da quanto è stato affermato dalla pronuncia delle Sezioni unite “Jazouli” del 2015. Ad avviso infatti del massimo organo di nomofilachia, nel giudizio di cassazione l’illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d’ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso. E ciò tranne nel caso di ricorso tardivo: in quanto il decorso del termine derivante dalla mancata proposizione del gravame ha già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale; cosicché il giudice dell’impugnazione si limita a verificare il decorso del termine e a prenderne atto. Questa peculiare causa di inammissibilità è quindi preclusiva di un’eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche al cospetto di una declaratoria di illegittimità costituzionale della pena¹⁵.

Deve riconoscersi allora che pure l’illegittimità costituzionale limitata alla sola sanzione è destinata ad incidere sul giudicato sostanziale: si tratta di una pena comunque eliminata dall’ordinamento in maniera irreversibile e definitiva – con effetti *ex tunc* – come se non fosse mai esistita. E pertanto la sua intrinseca illegalità impone che il giudice della impugnazione, ancorché il ricorso sia inammissibile, provveda a ripristinare una sanzione legale, fondata, in questo caso, sui parametri edittali rivissuti a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale¹⁶.

5.2. Inammissibilità del ricorso e legge sopravvenuta favorevole

In riferimento alla fattispecie attenuata di cui al comma 5 dell’art. 73 t.u. stupefacenti, ci si è chiesti se siano rilevabili d’ufficio in sede di legittimità, anche in presenza di un ricorso inammissibile per manifesta infondatezza o genericità dei motivi, gli effetti delle modifiche normative sopravvenute più favorevoli; e pure nel caso in cui la pena inflitta rientri nella cornice edittale stabilita dalla nuova disciplina¹⁷.

¹⁵ Così Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4317 ss.

¹⁶ In tal senso, cfr. Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, cit.

¹⁷ Cfr. anche le considerazioni del Capitolo VI.

La terza sezione della Corte di cassazione ha rinviato alle Sezioni unite la questione, sostenendo nella sua ordinanza di rimessione che la reviviscenza della legge n. 309 del 1990 nel suo testo originario precedente alla l. n. 46 del 2006 ha comportato per l'ipotesi in esame la necessità di applicazione del più favorevole regime previsto dalla nuova disciplina per le c.d. droghe pesanti; e si pone quindi il problema della eventualità di applicare d'ufficio la regola del comma 4 dell'art. 2 c.p. per la *lex mitior* anche nel caso di ricorso inammissibile e – a prescindere dal fatto che la pena inflitta possa essere considerata illegale – altresì nell'ipotesi in cui tale pena si collochi all'interno della forbice attuale e più favorevole¹⁸.

Le Sezioni unite, chiamate a pronunciarsi sulla questione, hanno statuito che la Corte di cassazione, nel caso di ricorso inammissibile per qualunque ragione e con il quale non vengano proposti motivi riguardanti il trattamento sanzionatorio, può rilevare d'ufficio, con conseguente annullamento sul punto, che la sentenza impugnata era stata pronunciata prima dei mutamenti normativi che hanno modificato il trattamento sanzionatorio in senso favorevole all'imputato; e ciò vale anche nel caso in cui la pena inflitta rientri nella cornice edittale sopravvenuta alla cui luce il giudice di rinvio è tenuto a riesaminare la questione in parola¹⁹.

Le Sezioni unite hanno chiarito in proposito che la violazione della disciplina sostanziale applicabile può essere rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 609 comma 2 c.p.p., dal giudice di legittimità anche se l'imputato con il ricorso (originario o con motivi nuovi o memorie) non abbia proposto alcun motivo riguardante la pena né alcuna ragione di critica alla sua determinazione da parte del giudice, pur dopo le modifiche normative intervenute successivamente alla sentenza di condanna²⁰.

Per la Corte infatti pur non vertendosi in una ipotesi definibile in senso stretto come di pena illegale sussistono molteplici ragioni per asserire la rilevabilità d'ufficio della questione oggetto di rimessione.

¹⁸ Cass., sez. III, ord. 17 marzo 2015.

¹⁹ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia. V. inoltre Cass., sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, in *C.E.D. Cass.*, n. 266514.

²⁰ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, cit.

La prima ragione – non decisiva tuttavia – viene fatta discendere dalla formulazione del comma 4 dell’art. 2 c.p.: esso richiede esplicitamente per l’applicazione della *lex mitior* unicamente che la sentenza impugnata non sia divenuta irrevocabile, e pertanto (eccetto l’ipotesi di omessa impugnazione) che non sia stata pronunciata la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. Solo con tale decisione la sentenza impugnata diviene invero irrevocabile secondo quanto disposto dall’ultima parte del comma 2 dell’art. 648 c.p.p.

La seconda ragione – ritenuta decisiva dalle Sezioni unite – è rinvenuta nel tipo di inquadramento della violazione concernente l’applicazione del trattamento sanzionatorio sfavorevole in presenza di innovazioni normative che l’hanno mitigato. Tale innovazione è infatti inclusa tra le violazioni dei “diritti fondamentali della persona” che impongono anche al giudice, in base alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, di eliminare le conseguenze di siffatte violazioni²¹.

L’obbligo per il giudice di eliminare le conseguenze di una lesione di un diritto fondamentale implica che si possa prescindere dalla formale proposizione di motivi riguardanti questo aspetto della responsabilità. Cosicché per le Sezioni unite “Della Fazia” una pena inflitta in base a criteri non più corrispondenti al giudizio di disvalore della condotta espresso dal legislatore è una pena che viola il criterio di proporzionalità che deve accompagnare l’esercizio del potere punitivo attribuito all’autorità giudiziaria. Il principio di proporzionalità rappresenta una necessaria applicazione tanto del principio di uguaglianza quanto soprattutto di quello di rieducazione cui deve ispirarsi la concreta determinazione della pena²².

Insomma, quando per una scelta legislativa muti *in melius* il disvalore della condotta tenuta dall’imputato, si configura in capo a quest’ultimo un vero e proprio diritto fondamentale dell’uomo, la cui fruizione non può essergli preclusa sulla mera scorta di una carenza

²¹ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, cit.

²² Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, cit. Le Sezioni unite fanno espresso riferimento alla sent. n. 105 del 2014 della Corte cost. (in tema di preclusione della prevalenza di circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata), in cui si è affermato che «la finalità rieducativa della pena ... implica un costante “principio di proporzione” tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa dall’altra».

verificatasi nella sua difesa personale o in quella tecnica. In tal senso, le Sezioni unite rammentano l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità che ha reputato superabile l'ostacolo della inammissibilità del ricorso quando si fosse in presenza di incontestabili violazioni dei diritti della persona ricollegate alla necessità di rivalutazione di posizioni giuridiche soggettive ritenute lese per la mancata applicazione di mutamenti normativi sopravvenuti²³.

In queste ipotesi ci troviamo allora al cospetto della lesione del diritto fondamentale di essere necessariamente giudicato secondo il più favorevole trattamento sanzionatorio tra quelli che si sono avvicinati nel tempo. Siffatto obbligo per il giudice di legittimità persiste tutte le volte che, indipendentemente dalla corretta proposizione dei motivi di ricorso, venga posta in discussione l'affermazione della responsabilità o di aspetti della responsabilità e delle conseguenze che ne derivano²⁴.

In conclusione, ad avviso delle Sezioni unite "Della Fazia", non vi è alcuna ragione per escludere che questa violazione possa influire – nel giudizio di cognizione – su una determinazione di pena inflitta sulla scorta di parametri che il legislatore ha più tardi ritenuto di modificare in senso favorevole all'imputato. Cosicché, stante la rilevanza costituzionale e convenzionale del principio di retroattività *lex mitior* in ambito penale, il giudice della cognizione è tenuto a sindacarne l'astratta violazione indipendentemente dalla deduzione di uno specifico motivo.

5.3. Ripristino della disciplina favorevole e prescrizione

Sulla scorta di quanto appena osservato, non è dunque conferente nel nostro caso – venendo in considerazione situazioni giuridiche differenti – l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude perciò di

²³ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, cit.

²⁴ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, cit.

rilevare le cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, quale ad esempio la prescrizione²⁵.

È importante però sottolineare che non si tratta qui della incostituzionalità dell'incriminazione sulla scorta della quale è stata pronunciata la condanna del reo nel giudizio di merito, bensì solo dell'incostituzionalità di una norma che influenza il trattamento sanzionatorio in materia di reati concernenti le sostanze stupefacenti con tutte le conseguenze che da ciò derivano (ad esempio, la prescrizione dell'illecito penale).

Se venisse in rilievo l'incostituzionalità della figura di reato oggetto della contestazione, l'esito dovrebbe essere analogo a quello che si è già prospettato in tema di *abolitio criminis*: il proscioglimento da parte della Corte di cassazione dell'imputato anche in presenza di un ricorso inammissibile, essendo la questione concernente l'*abolitio criminis* pregiudiziale rispetto a quella – esaminabile in assenza di cause di inammissibilità del ricorso per cassazione – relativa all'estinzione del reato per prescrizione²⁶.

Oppure come nell'ipotesi della incompatibilità delle norme nazionali con le norme comunitarie: in cui l'inammissibilità del ricorso non impedisce di assolvere l'imputato attraverso il meccanismo della disapplicazione della norma penale interna²⁷. Sarebbe, invero, contrario al principio di ragionevole durata del processo precludere al Giudice di legittimità di prosciogliere l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, potendosi comunque far valere in fase esecutiva *ex art. 673 c.p.p.* la pronuncia di illegittimità costituzionale o la primazia del diritto europeo per revocare il giudicato di condanna²⁸.

Ebbene, si è accennato che nel nostro caso, la pronuncia della Corte costituzionale ha inciso solo su profili che attengono al

²⁵ Cfr. Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1760.

²⁶ Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, n. 25644, in *C.E.D. Cass.*, n. 240848; Cass., sez. IV, 6 maggio 2011, n. 32131, *ivi*, n. 251096; Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, *ivi*, n. 239400; Cass., sez. IV, 9 giugno 2016, n. 27081, *ivi*, n. 267445.

²⁷ Cass., sez. I, 5 ottobre 2011, n. 39566, in *C.E.D. Cass.*, n. 251176.

²⁸ Nel senso invece che l'eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, da operarsi in ragione della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità di norme ad esso attinente, in caso di inammissibilità del ricorso in cassazione, deve essere dedotta in sede esecutiva, v. Cass., sez. IV, 6 maggio 2014, n. 24638, in *C.E.D. Cass.*, n. 259381.

trattamento sanzionatorio del reo in materia di stupefacenti, non sull'area delle incriminazioni della medesima materia²⁹. E siffatti profili in qualche modo potrebbero forse essere rilevanti anche in fase esecutiva attraverso l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. in via analogica ovvero dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 (cfr. Cap. VI). Ne resterebbe fuori, tuttavia, la questione riguardante il tempo di prescrizione del reato.

Pertanto, in presenza di una causa di inammissibilità del ricorso per cassazione, qualora la declaratoria di incostituzionalità della norma e la conseguente reviviscenza della precedente disciplina si ripercuota anche sul tempo di prescrizione dell'illecito penale facendolo maturare, allora il Giudice di legittimità è tenuto a dichiarare immediatamente prescritto il reato.

Oltretutto, quando a tal fine – ossia di dichiarare l'intervenuta prescrizione – non occorrono valutazioni di fatto, la Corte di cassazione, ex art. 619, comma 3, c.p.p. e art. 620 lett. l c.p.p., può applicare d'ufficio la disciplina più favorevole successiva alla presentazione del ricorso.

Se, invece, è dubbio o incerto il decorso del termine di prescrizione, perché occorrono ulteriori accertamenti fattuali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio per permettere al giudice di merito di dichiarare o meno la prescrizione del reato. E, in questa seconda eventualità, il giudice è obbligato a rideterminare il trattamento sanzionatorio sulla base della nuova disciplina vigente a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, che ha dichiarato invalida la previgente regolamentazione della materia degli stupefacenti.

²⁹ Art. 4-bis d.lg. n. 272 del 2005, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 49 del 2006, nella parte in cui ha modificato l'art. 73 t.u. stup. (d.P.R. n. 309 del 1990), segnatamente 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 previste dal previgente art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni dalla pena della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 5.164 a euro 77.468 alla pena della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 26.000 a euro 260.000; e art. 4-*vicies-ter* comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del medesimo decreto legge, nella parte in cui sostituisce gli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, e in particolare includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle.

5.4. Le sentenze di patteggiamento antecedenti alla pronuncia di incostituzionalità n. 32 del 2014

In particolare, le considerazioni svolte in precedenza operano pure con riferimento ai ricorsi per cassazione, anche se inammissibili nei limiti precisati, avverso sentenze di patteggiamento per il reato di cui all'art. 73 t.u. stup. Infatti, la richiesta delle parti per l'applicazione della pena è stata qui formulata sulla scorta delle norme in materia di stupefacenti dichiarate incostituzionali, e non può certamente definirsi un accordo sanzionatorio conforme a criteri di legalità. L'intesa tra le parti recepita nella sentenza *ex art. 444 c.p.p.* è stata, appunto, raggiunta sul presupposto di una norma originariamente invalida, annullata poi dalla pronuncia costituzionale³⁰.

In tali ipotesi – in cui le norme incostituzionali hanno certamente spiegato una qualche incidenza non favorevole nel calcolo della pena applicata all'imputato ai sensi dell'art. 444 c.p.p. –, la suprema Corte è tenuta ad annullare senza rinvio la sentenza di patteggiamento con la trasmissione degli atti al giudice di merito. Si tratta di una causa di invalidità delle decisione rilevabile d'ufficio, che concerne l'illegale determinazione del trattamento sanzionatorio applicato a carico dell'imputato perché la sanzione inflitta non è (mai stata) prevista dall'ordinamento³¹.

Ora, l'accordo delle parti sulla pena – recepito dal giudice – si è formato su una cornice edittale sensibilmente più severa prevista dalla legge dichiarata incostituzionale (da 6 a 20 anni di reclusione). Limiti edittali più afflittivi che in realtà non sono mai entrati stabilmente in vigore, perché – come espressamente asserito nella sent. n. 32 del 2014 della Corte costituzionale – va postulata la perdurante vigenza della previgente disciplina che punisce (e

³⁰ Cass., sez. IV, 28 maggio 2014, n. 28164, Barhoumi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259389; Cass., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 21085, Manfrè, *ivi*, n. 259386.

³¹ Cass., sez. III, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku, inedita; Cass., sez. IV, 10 aprile 2014, n. 22326, Monaco, in *C.E.D. Cass.*, n. 259374. Cfr., poi, per un'analogia questione relativa alla incostituzionalità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., Cass., sez. VI, 17 novembre 2010, n. 40836, Nasri, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1348, con nota di M. GAMBARDELLA.

puniva) la detenzione di droghe leggere ex art. 73 cit. con la pena da 2 a 6 anni di reclusione.

Soltanto per le ipotesi di reato concernenti le “droghe pesanti”, occorre tenere fermo l'accordo formatosi sulla base della norma invalidata dalla Corte costituzionale e ratificato dal giudice: giacché si tratta di una disciplina favorevole rispetto a quella ripristinata e va pertanto reputata ancora operante – come diremo meglio – per i c.d. “fatti concomitanti”, nonostante l'efficacia retroattiva dell'annullamento normativo derivante dalla pronuncia costituzionale di accoglimento.

Questa impostazione è stata avvalorata in via generale, inizialmente, da una parte della giurisprudenza con ulteriori precisazioni condivisibili nella sostanza; e infine dall'intervento delle già citate Sezioni unite “Jazouli” del 2015.

In relazione ai reati aventi ad oggetto sostanze stupefacenti “leggere”, si è sostenuto che devono essere annullate senza rinvio le sentenze di patteggiamento che hanno applicato la pena calcolandola attraverso i parametri edittali previsti dalla disciplina dichiarata incostituzionale. In queste ipotesi vi è stata, infatti, la reintroduzione di un trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo a seguito della reviviscenza della normativa previgente.

L'annullamento senza rinvio deve essere pronunciato sia nel caso in cui la pena applicata risulti superiore al limite edittale massimo reinserito dopo la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale³²; sia nel caso in cui la pena applicata rispetti anche la nuova cornice sanzionatoria³³.

³² Cfr. Cass., sez. IV, 10 aprile 2014, n. 22326, Monaco, cit.; Cass., sez. III, 16 maggio 2014, n. 27426, Devcic, in *C.E.D. Cass.*, n. 259394, nel caso di specie il giudice di merito aveva individuato quale pena base quella di 8 anni e 3 mesi di reclusione, pena senza dubbio eccedente il limite edittale massimo di 6 anni reintrodotta per effetto della pronuncia di incostituzionalità.

³³ Cfr. Cass., sez. III, 3 aprile 2014, n.21259, Marku, in *C.E.D. Cass.*, n. 259384; Cass., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 21085, Manfrè, *ivi*, n. 259386; Cass., sez. III, 22 maggio 2014, n. 26346, Lamagna, *ivi*, n. 259398. In senso difforme, v. Cass., sez. III, 12 giugno 2014, n. 27957, Tirocchi, *ivi*, n. 259401, secondo cui la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, pur comportando la reintroduzione per le droghe cosiddette “leggere” di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, non determina automaticamente l'illegalità della pena inflitta utilizzando quale riferimento i parametri edittali previsti dalla

In tal senso, depone la considerazione secondo cui il contenuto dell'accordo che la parti avevano concluso non sarebbe stato ragionevolmente lo stesso qualora non fosse stata in (pseudo) vigore la disciplina – meno favorevole per le droghe leggere (a ragione dei limiti edittali più severi) – ritenuta incostituzionale. Cosicché, ad esempio, il computo della pena non sarebbe partito da una pena base che all'epoca corrispondeva al minimo edittale, mentre attualmente corrisponde al massimo edittale.

Si pensi al seguente esempio: reato di cessione di sostanze stupefacenti, nella specie droghe c.d. leggere. Le parti patteggiano sulla base della norma che puniva tale reato con la pena da 6 a 20 anni di reclusione. La pena presa come base per il calcolo della pena è 6 anni di reclusione, che rappresentava *illo tempore* il minimo edittale. Oggi tale pena non è in senso stretto *contra legem*, perché la cornice edittale è da 2 a 6 anni di reclusione: si tratta però del massimo della pena edittale.

Ebbene occorre domandarsi: il contenuto dell'accordo definito tra le parti sarebbe stato il medesimo se si fosse fatto riferimento alla norma ripristinata con la diversa e più favorevole forbice edittale di pena? Si sarebbe partiti per il calcolo della pena dal massimo edittale?

In particolare, quest'orientamento giurisprudenziale ha preso in esame il caso della sentenza di patteggiamento che non abbia violato i limiti edittali stabiliti dalla normativa ripristinata.

Si muove qui dalla natura premiale, a fronte dell'effetto deflattivo, del trattamento sanzionatorio per l'imputato nel procedimento di cui agli artt. 444 e ss. c.p.p. Si è così affermato che stante la *ratio* premiale del rito a struttura negoziale, l'imputato ha un interesse tutelato dall'ordinamento ad ottenere la più mite delle sanzioni, nell'ambito chiaramente della congruità della pena indicata dalle parti che il giudice ha il compito di verificare³⁴.

E pertanto nel caso in cui la mitigazione del regime sanzionatorio consegua a una declaratoria di incostituzionalità, non può non attribuirsi all'imputato – mediante l'annullamento senza rinvio della

disciplina dichiarata incostituzionale, dovendosi verificare in concreto l'adeguatezza della sanzione.

³⁴ Cass., sez. III, 3 aprile 2014, n.21259, Marku, in *C.E.D. Cass.*, n. 259384.

sentenza di patteggiamento – la facoltà di fruire del sopravvenuto quadro normativo più favorevole, ossia del trattamento punitivo che la disciplina incostituzionale gli aveva precluso.

Chiarendosi che diverso è l'esito nel caso di mitigazione della pena per effetto di una fisiologica successione di leggi *in mitius*, posteriore alla stipulazione del negozio processuale; essa non può aver alcuna conseguenza sull'accordo delle parti se la pena risulti ancora essere all'interno della cornice edittale vigente.

5.4.1. L'orientamento che esclude l'illegalità della pena

Non sembra, invece, condivisibile l'ulteriore tesi giurisprudenziale che tende a non considerare illegale la pena applicata concordata tra le parti compatibile con i valori edittali vigenti.

In tal senso, si è sostenuto che non è *contra legem* una pena compresa entro la forbice edittale delle norme ripristinate dalla pronuncia costituzionale n. 32 del 2014; e dunque non può considerarsi nulla la sentenza resa ex art. 444 c.p.p. Precisandosi che l'asserzione concerne l'identificazione della pena base e non il risultato finale per effetto di aumenti e diminuzioni connessi alle circostanze e al rito: illegale è dunque quella pena, indicata come valore di partenza, superiore al massimo edittale rivissuto a seguito della decisione della Consulta (ossia 6 anni di reclusione)³⁵.

A sostegno di quest'ultima impostazione, si è osservato che la qualifica di illegalità della pena, nei casi in cui il trattamento sanzionatorio applicato rientra anche nei parametri edittali ripristinati, è argomentata dal diverso orientamento sulla scorta della incongruenza sopravvenuta tra la pena applicata in concreto e la relativa giustificazione, ritenendosi che i parametri impiegati dal

³⁵ Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/2015, Minardi. In tal senso, sembra propendere altresì G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., p. 18 ss. Cfr., inoltre, Cass., sez. VI, 4 marzo 2014, n. 13865, Nabil, in *C.E.D. Cass.*, n. 259362; Cass., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 1110, *ivi*, n. 258353, secondo cui per i reati commessi prima della data di entrata in vigore dell'art. 2 d.lg. n. 146 del 2013 – che ha trasformato il fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, da circostanza attenuante in ipotesi autonoma di reato, con riduzione del limite edittale massimo della pena detentiva – l'accordo concluso tra le parti e ratificato dal giudice in epoca precedente alla modifica normativa non implica l'applicazione di una pena illegale, quando quest'ultima è stata commisurata in relazione al minimo edittale, che è rimasto normativamente immutato.

giudice per la gradazione non siano ancorabili ai limiti edittali della legge sopravvenuta; e pertanto, la sopravvenuta inadeguatezza della valutazione di congruità operata all'epoca dal giudice determinerebbe una carenza di legalità della pena concordata dalle parti e poi applicata dal giudice³⁶.

Si è aggiunto in proposito che tale inquadramento integra un vizio della motivazione della sentenza piuttosto che l'illegalità del trattamento sanzionatorio. In pratica, l'errore giudiziale nella valutazione di congruenza è un vizio del provvedimento e non della pena. È un vizio riferibile alla sentenza, che attiene alla motivazione del giudizio di congruità e alla sua sindacabilità, e quindi ai meccanismi di controllo sul procedimento e sulla motivazione; e non invece una invalidità della decisione perché è stata applicata una pena sostanzialmente illegale³⁷.

In realtà, non pare sostenibile che siamo in presenza di un sopravvenuto vizio della motivazione della sentenza di patteggiamento connesso al giudizio di congruità della pena concordata dalle parti.

Si tratta infatti dell'applicazione di un trattamento sanzionatorio non previsto dalla legge e che non poteva essere ratificato dal giudice, perché – secondo quanto scritto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 32/2014 – non entrato mai stabilmente in vigore: l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo a costituire una c.d. *lex posterior* ed a innovare l'ordinamento, e quindi per la normativa originaria non si è verificato l'effetto abrogativo³⁸. E ciò comporta l'invalidità della sentenza di patteggiamento rilevabile anche d'ufficio e la necessità del suo annullamento senza rinvio nel giudizio di cassazione.

La pena è dunque illegale giacché si tratta di una forbice edittale collegata ad una norma che non è mai stata effettivamente vigente, non è mai entrata in vigore perché non si è validamente verificato l'effetto abrogativo; e pertanto non può costituire il parametro edittale per un valido accordo sulla pena concluso tra le parti e

³⁶ Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/2015, Minardi.

³⁷ Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/2015, Minardi.

³⁸ Cfr., in tal senso, Cass., sez. III, 22 maggio 2014, n. 26346, Lamagna, cit.

ratificato dal giudice. La pronuncia di patteggiamento deve essere così annullata senza rinvio e le parti devono essere rimesse dinanzi al giudice della cognizione per rinegoziare la composizione sulla pena in base alla ripristinata cornice edittale (o per far proseguire il procedimento in altra forma, optando ad esempio per il giudizio ordinario).

Non c'è dubbio, inoltre, che il giudice ha valutato la correttezza dell'accordo intervenuto tra le parti in relazione alla congruità della sanzione, rispetto alle finalità della pena indicate dall'art. 27 Cost., sulla scorta di parametri edittali che non sono stati vigenti sin dall'origine. Invero, la "sopravvenienza" è nell'accertamento compiuto dalla Corte costituzionale, mentre il vizio procedurale che ha impedito l'entrata in vigore della norma della legge "Fini-Giovanardi" è originario: il Parlamento ha agito in una situazione di carenza di potere, non rispettando la funzione tipica della legge di conversione.

Ebbene, la congruenza della pena non può di certo essere valutata in senso assoluto, ma deve necessariamente essere parametrata alla specifica cornice edittale stabilita dal legislatore per quella determinata incriminazione; di modo che il fatto storico possa essere misurato in termini di gravità e sanzionato secondo "proporzionalità", anche in ragione dei valori edittali di pena previsti validamente dal legislatore.

5.4.2. Le Sezioni unite "Jazouli" del 2015

Le Sezioni unite "Jazouli" hanno decisamente confutato gli orientamenti i quali hanno negato la natura illegale della pena inflitta in concreto, nel caso in cui essa sia compresa entro i limiti edittali nuovamente vigenti per effetto della sentenza di incostituzionalità.

A tale proposito, per le Sezioni unite infatti bisogna tenere in considerazione due dati fondamentali.

i) In primo luogo, che il fenomeno della declaratoria di incostituzionalità è estraneo alla vicenda successiva: si tratta di una norma che non è mai esistita e non entra nell'avvicendamento temporale tra leggi.

ii) In secondo luogo, la funzione della pena nel rapporto tra i limiti edittali stabiliti dal legislatore e l'applicazione in concreto da parte del giudice³⁹.

Quanto a quest'ultimo aspetto, le Sezioni unite osservano che con la forbice edittale il legislatore esprime la sua valutazione sulla gravità del fatto che decide di assoggettare a sanzione penale. E quindi il giudice nella commisurazione della pena – proseguendo il “lavoro” del legislatore affinandolo sui dati della realtà del singolo caso concreto – ha quale imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore che deve, a sua volta, essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità. Cosicché, va escluso che possa essere reputata legale, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, la pena stabilita in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, perciò, inesistente *ab origine*.

Nel caso specifico, il ripristino della distinzione, sotto il profilo sanzionatorio, fra droghe leggere e pesanti ha determinato che l'art. 73 t.u. stup. sia oggi espressione di un diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore. Il differente trattamento sanzionatorio presuppone quindi un dissimile esercizio del principio di proporzione, che finisce per incidere sulla funzione retributiva e rieducativa della pena irrogata sulla scorta della norma dichiarata incostituzionale, pure nell'ipotesi in cui essa rientri nella nuova cornice edittale. I differenti parametri influiscono sulla valutazione compiuta dal giudice in sede di commisurazione della pena, pertanto una volta modificati non è detto che la pena corrisponda al *quantum* di colpevolezza del reo nel caso concreto.

Per la Corte, la sproporzione tra la pena inflitta in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma incostituzionale e quella che, pur rientrando nella cornice edittale ripristinata, è comunque espressione di una diversa valutazione nel rapporto tra pena e offesa, rivela uno squilibrio della sanzione rispetto al *quantum* di colpevolezza accertato nel caso concreto e, quindi, compromette la stessa funzione che la pena dovrebbe costituzionalmente assolvere.

³⁹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, cit.

In definitiva «il venir meno per contrarietà alla Costituzione - con efficacia *ex tunc* - della cornice edittale che ha guidato il giudice nella delicata attività di “misurazione della responsabilità” finisce con il travolgere la stessa pena in concreto inflitta, vale a dire il “risultato finale” di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzionatoria edittale), la misurazione compiuta non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – né coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità. In altri termini, la valutazione di responsabilità del reo non risulta più misurata “legalmente”, perché la risposta punitiva è stata elaborata sulla base di un compasso sanzionatorio incostituzionale, così da risultare alterato lo stesso giudizio di gravità ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 132 e 133 c.p. Invero, poiché la pena concretamente inflitta esprime la valutazione della responsabilità dell'imputato, essa non può considerarsi ancora legale quando sono venuti meno – per effetto di una pronuncia di incostituzionalità – i parametri edittali che hanno guidato e determinato la sua commisurazione»⁴⁰.

Le Sezioni unite concludono così affermando che pure la pena applicata sulla base dell'art. 73 t.u. stup., nella versione modificata dalla novella del 2006, ma compresa nella forbice edittale delle norme ripristinate dalla sentenza n. 32 della Corte costituzionale è da stimare “illegale”. Si tratta di una illegalità che afferra l'intero procedimento di commisurazione giudiziale, il quale si è fondato su parametri edittali incostituzionali e quindi mai esistiti; procedimento che ha condotto all'applicazione di una pena in contrasto con il principio di proporzionalità e colpevolezza.

Tali conclusioni – ad avviso delle Sezioni unite – si adattano perfettamente alle ipotesi di pena applicata su richiesta delle parti: nel patteggiamento l'illegalità sopraggiunta della pena determina la nullità dell'accordo, e la Corte di cassazione deve annullare senza rinvio la sentenza fondata su tale accordo. Ebbene, allorché rispetto all'accordo, intervenga un fatto favorevole, nella specie un più mite trattamento sanzionatorio derivante dalla dichiarazione di

⁴⁰ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, cit.

illegittimità costituzionale della parte sanzionatoria della norma in virtù della quale è stata convenuta la pena, l'accordo è nullo per sopravvenuta illegalità di una parte del suo oggetto, con l'ulteriore conseguenza che la sentenza che ha recepito l'accordo deve essere annullata senza rinvio⁴¹.

5.5. La nuova tipologia di pronunce della Settima sezione della Corte di cassazione

Una questione peculiare si è posta in relazione ai ricorsi inammissibili assegnati alla Settima sezione della Corte di cassazione. Al fine di evitare che – in presenza di un ricorso avente ad oggetto una pena illegale in virtù della citata pronuncia costituzionale n. 32 del 2014, ovvero della modificazione sanzionatoria intervenuta sull'art. 73, comma 5, t.u stup. – la Settima sezione restituisca gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione del ricorso ad una sezione ordinaria, si è estesa la "sfera di competenza" di tale sezione con un "decreto" del Primo Presidente della Corte di cassazione (26 febbraio 2014).

Il "decreto" in parola ha determinato una variazione delle tabelle di organizzazione della suprema Corte, ampliando l'ambito e la tipologia delle pronunce adottabili dalla Settima sezione. Quest'ultima sezione può ora pronunciare, in tali ipotesi, sentenze di annullamento con rinvio; ovvero rideterminare essa stessa la pena, quando possibile, ai sensi degli artt. 619 e 620, lett. l, c.p.p.; nonché, in caso di ricorsi contro sentenze di patteggiamento, annullare senza rinvio con la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria di provenienza⁴².

In particolare, nelle Tabelle di organizzazione per il triennio 2014-2016 della Corte di cassazione (deliberate dal Consiglio Superiore della Magistratura il 22 giugno 2016) – riguardo alla "competenza" della Settima sezione (§ 51) – si è testualmente stabilito che «in

⁴¹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, cit.

⁴² Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, dal titolo *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, p. 23 ss., in www.cortedicassazione.it, p. 14 ss.

relazione ai ricorsi introitati la Settima sezione, oltre a ordinanze di inammissibilità, può adottare sentenze di annullamento senza rinvio nei seguenti casi [...]; fatto non previsto dalla legge come reato, anche per *abolitio criminis* o per dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice; possibilità di procedere alla determinazione della pena a norma dell'art. 620 comma 1 lett. l) c.p.p.» (§ 51.2).

Si è poi precisato che «nei casi di mutamenti normativi o di pronunce della Corte costituzionale che incidono sulla pena, la Settima sezione può adottare sentenze di annullamento con rinvio. In tali ipotesi, ove si tratti di ricorsi avverso sentenze emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p., la Settima sezione può adottare sentenze di annullamento senza rinvio, con trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria di provenienza» (§ 51.3).

La Settima sezione, inoltre, «può adottare i provvedimenti previsti dall'art. 619 c.p.p.» (§ 51.4).

6. Gli effetti della disciplina favorevole sulle condanne irrevocabili

Sommario: 6.1. I “fatti” riguardanti la disciplina degli stupefacenti e già giudicati con pronuncia definitiva. – 6.2. La distinzione tra il fenomeno dell’abrogazione e quello dell’annullamento di una norma per illegittimità costituzionale. – 6.3. Incostituzionalità di norma penale “non incriminatrice” e immutabilità del giudicato. – 6.4. La vicenda dei cosiddetti “fratelli minori di Scoppola”. – 6.5. La pronuncia della Corte costituzionale n. 210 del 2013. – 6.6. Il problema della rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio *a quo*. – 6.6.1. La preclusione per il giudice dell’esecuzione di impugnare disposizioni primarie già applicate in fase di cognizione. – 6.7. La sentenza delle Sezioni unite “Ercolano”. – 6.8. Le Sezioni unite “Gatto” e il definitivo superamento dell’intangibilità del giudicato. – 6.9. La nuova lettura dell’art. 30 l. n. 87 del 1953 è frutto di “creazione” e non già di “interpretazione” giurisprudenziale.

6.1. I “fatti” riguardanti la disciplina degli stupefacenti e già giudicati con pronuncia definitiva

Un ulteriore, cruciale, problema si è immediatamente posto nella prassi giudiziaria in materia di sostanze stupefacenti dopo la decisione della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che – come ripetutamente detto – ha dichiarato incostituzionale, per violazione dell’art. 77, comma 2, Cost., le norme contenute nella legge “Fini-Giovanardi” (d.lg. n. 272 del 2005 conv. con modif. dalla l. n. 49 del

2006): previsioni legislative che equiparavano le sostanze stupefacenti “leggere” a quelle “pesanti”¹.

In pratica, ci si è domandati se per i fatti concernenti le droghe “leggere” commessi durante la vigenza dell’art. 73 t.u. stup. nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, che beneficiano di una disciplina sanzionatoria *in mitius* per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 e che sono già stati giudicati con una sentenza di condanna definitiva, sia possibile rideterminare la pena in via esecutiva.

Il quesito si è posto anche per le sentenze di condanna che hanno applicato il comma 5 dell’art. 73 cit. nella versione della legge “Fini-Giovanardi” in relazione alla droghe “leggere” e che sono divenute irrevocabili².

A siffatto problema bisogna collegare la questione dell’applicazione, in via esecutiva, del citato comma 5 dell’art. 73 nella versione ripristinata ex sentenza costituzionale n. 32 del 2014, in conseguenza della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all’art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all’art. 99 comma 4 c.p.³.

Quanto alle droghe “pesanti”, la disciplina ripristinata è meno favorevole; e quindi per i c.d. fatti concomitanti restano ovviamente ferme le condanne definitive.

¹ Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, p. 505 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*. Inoltre, cfr. in proposito l’accurato studio di B. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1903 ss.

² Nel senso della prevalenza qui delle esigenze di giustizia e di eguaglianza ai fini di una doverosa “retroapplicazione” favorevole della nuova cornice editale per i fatti coperti da giudicato, cfr. V. MANES - L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti della democrazia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 38 ss. Cfr., in proposito, Relazione dell’Ufficio del Massimario, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute*, cit., p. 16 ss.

³ Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4043 ss., con nota di C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*.

In particolare, per il comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. anche se è diventato – a seguito del d.lg. n. 36 così come convertito dalla legge n. 79 del 2014 – legge più favorevole rispetto sia alla disciplina dichiarata incostituzionale sia a quella ripristinata della legge “Iervolino-Vassalli” (in vigore sino al 23 dicembre 2013), tale *lex mitior* non può tuttavia incidere sul giudicato di condanna perché è soggetta alla disciplina dell'art. 2, comma 4, c.p. e al relativo sbarramento costituito dalla pronuncia irrevocabile⁴.

Dunque, la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 ha inciso sul trattamento sanzionatorio: a seguito della invalidazione della disciplina che non distingueva le sostanze stupefacenti “leggere” da quelle “pesanti” (per la mancanza di omogeneità di contenuto tra decreto legge e legge di conversione), si è prodotta una modificazione del sistema penale in senso favorevole. Un mutamento *in mitius* dell'ordinamento penale, nella sua dimensione diacronica, che ha efficacia iperretroattiva⁵.

Tale variazione ordinamentale è conseguente non ad una nuova scelta politico-criminale del legislatore, bensì ad una presa d'atto, da parte della Consulta, dell'invalidità della normativa in materia di stupefacenti per il suo contrasto originario con l'art. 77 comma 2 della Costituzione, a cagione della carenza di presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione.

Ne deriva così una indispensabile rideterminazione *in favor* del trattamento sanzionatorio per le sentenze di condanna definitive pronunciate sulla base della normativa riconosciuta contrastante con i principi costituzionali⁶.

Ebbene, quali sono gli strumenti che l'ordinamento appresta per la rimodulazione in via esecutiva della pena rispetto alle condanne irrevocabili in cui rileva l'equiparazione di trattamento sanzionatorio tra droghe “leggere” e “pesanti” dichiarata illegittima

⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 2.

⁵ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 51 ss., p. 161 ss.

⁶ M. GAMBARDILLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento* al volume n. 9/2014, p. 25 ss.

costituzionalmente per il vizio procedurale nella sequenza decreto-legge/legge di conversione?

6.2. La distinzione tra il fenomeno dell'abrogazione e quello dell'annullamento di una norma per illegittimità costituzionale

Prima di rispondere a tale domanda, appare opportuno preliminarmente rammentare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale non configura una abrogazione, e non è dunque in alcun modo riconducibile alla disciplina penale della successione di leggi nel tempo (art. 2 c.p.)⁷. Invero, non essendovi due leggi in successione tra loro, mancano i presupposti per l'applicazione delle regole di cui all'art. 2 c.p.⁸.

Il fenomeno dell'abrogazione – al quale è riconducibile, come detto, sul piano teorico-generale l'istituto dell'*abolitio criminis* ex art. 2, comma 2, c.p. – va tenuto pertanto separato da quello dell'annullamento di una norma incriminatrice, che consegue alla

⁷ Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 1999, p. 150 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 287; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 76 ss.

⁸ Nel senso che i fenomeni dell'abrogazione e dell'annullamento costituzionale, «pur potendo presentare profili di analogia, vanno tenuti concettualmente e giuridicamente distinti», si è espressa chiaramente la giurisprudenza penale di legittimità. Si è scritto, così, che «l'abrogazione di una disposizione o di una norma ricade nella normalità dell'evoluzione di qualunque ordinamento. Il diacronico succedersi di leggi, che in tutto o in parte disciplinano innovativamente – ampliando, riducendo o comunque modificando i loro ambiti – materie già regolate da leggi precedenti, è fenomeno che involge la fisiologica vita dell'ordinamento giuridico e le relative problematiche rinvergono soluzione (ove lo stesso legislatore non detti criteri volti a comporre l'interscambio temporale o successorio di norme) attraverso processi interpretativi, talora complessi, ispirati dai principi di diritto intertemporale di cui ciascun ordinamento è dotato [...]. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma investe, invece, un evento che pertiene alla patologia ordinamentale. La norma illegittima è espunta dall'ordinamento perché infirmata da una invalidità originaria che ne ha condizionato l'applicazione, e che giustifica (rendendola, anzi, indispensabile) la proiezione sui rapporti giuridici pregressi, che da tale incostituzionale norma siano stati disciplinati (retroattività), della pronuncia di incostituzionalità, certificante – per dir così – la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente nata morta» (così Cass., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1957 ss.; cfr. inoltre Cass., sez. un., 27 febbraio 2001, n. 4, Conti, *ivi*, 2002, p. 2664).

dichiarazione della sua illegittimità costituzionale⁹. Si tratta di due modi diversi di modificare l'ordinamento esistente quale si presenta in un momento dato¹⁰.

Il nucleo essenziale della distinzione tra il fenomeno della abrogazione e quello dell'annullamento di una norma per illegittimità costituzionale sta nel fatto che l'abrogazione discende da una scelta politica del legislatore: esprime un indirizzo di politica del diritto ed ha a che vedere con la vigenza della legge; l'annullamento, invece, consegue ad una decisione della Corte costituzionale che accerta l'invalidità della norma censurata¹¹. Orbene, mentre il fenomeno abrogativo si fonda sul criterio cronologico (principio di preferenza della legge successiva), quello dell'annullamento per illegittimità costituzionale trova la sua *ratio* nel criterio gerarchico (principio di preferenza della legge superiore): in caso di conflitto tra norme provenienti da fonti disposte su livelli diversi, la norma gerarchicamente inferiore deve considerarsi priva di validità¹². L'abrogazione elimina pertanto le antinomie che si producono dal succedersi nel tempo di norme provenienti da fonti omogenee, la dichiarazione di incostituzionalità comporta viceversa la cessazione di efficacia di norme scaturenti da fonti eterogenee, attribuendo preferenza alla legge costituzionale rispetto alla legge ordinaria (artt. 134, 136 e 138 Cost.)¹³.

Per quel che concerne gli effetti, l'annullamento di una norma conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale opera *ex tunc* (art. 136 Cost., art. 30 comma 3 l. n. 87 del 1953), provocando la sua espulsione dall'insieme di tutte le norme appartenenti all'ordinamento giuridico: le norme dichiarate costituzionalmente

⁹ Cfr. Corte cost. 2 aprile 1970, n. 49 (rel. Crisafulli).

¹⁰ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 46.

¹¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 193 ss., p. 251 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 306 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 30. Nella dottrina penalistica così M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., p. 76.

¹² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., 199, 233 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, p. 381 ss.; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Giuffrè, 1997, p. 561 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009, p. 80 ss.

¹³ Così F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, 1997, p. 357.

illegittime sono dunque estromesse definitivamente dal nostro ordinamento con effetti retroattivi, e perciò non possono essere più applicate ai procedimenti in corso¹⁴.

In ambito penale tuttavia un limitato spazio di applicazione, nonostante la dichiarazione di illegittimità costituzionale, deve essere assegnato alla norma penale in alcuni ipotesi peculiari.

Si tratta, in primo luogo, dell'ipotesi delle cosiddette "norme di favore" (ossia – secondo l'impostazione consolidatasi con la sent. n. 394 del 2006 della Corte costituzionale – di quelle norme penali che sottraggono una determinata classe di soggetti o di condotte dall'ambito applicativo di un'altra norma comune o comunque più generale, accordandogli un trattamento privilegiato) rispetto ai fatti commessi prima della declaratoria di incostituzionalità¹⁵. Se l'annullamento costituzionale riguarda invero una norma speciale incriminatrice, che prevede un trattamento penale di favore per una certa classe di condotte o di soggetti, tale norma deve essere necessariamente ancora applicata a tutti i fatti commessi prima della sentenza costituzionale di accoglimento e anche nel giudizio *a quo*. La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice di favore non ha qui efficacia retroattiva, non impedisce ai giudici di applicare egualmente la norma annullata ai fatti che si sono verificati durante la sua vigenza (cfr. Cap. IX).

In secondo luogo, bisogna ricomprendere tra le ipotesi di operatività della norma dichiarata incostituzionale anche quella concernente il decreto legge non convertito.

Il comma 6 dell'art. 2 c.p. stabilisce che la disciplina della successione di leggi si applica altresì «nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto legge e nel caso di un decreto legge convertito in legge con emendamenti».

Con questa scelta, il codice Rocco si adeguò all'ordinamento costituzionale dell'epoca della sua entrata in vigore, il quale stabiliva

¹⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 382 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 160 ss.; G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 346 ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 320 ss.

¹⁵ In tal senso, cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, cit., p. 153 ss.; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2010, p. 61 ss.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior*, cit., p. 138 ss.

che gli effetti del decreto non convertito cessano con efficacia *ex nunc* (art. 3 l. 31 gennaio 1926, n. 100), facendo così salvi gli effetti del decreto verificatisi durante la sua vigenza¹⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 77, comma 3, Cost. ha stabilito invece che i decreti legge «perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione». La cessazione di efficacia *ex tunc*, salvo il potere delle Camere di «regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti» (art. 77, comma 3, ult. parte Cost.), comporta che gli stessi decreti legge debbano reputarsi come mai esistiti: con la conseguenza che “non vi è propriamente alcuna successione di leggi”¹⁷.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte costituzionale con la sentenza n. 51 del 1985 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 77 ultimo comma Cost., l'art. 2 comma 5 (oggi 6), nella parte in cui rende applicabili le disposizioni in tema di successione di leggi contenute nei commi 2 e 3 (oggi 4) dello stesso art. 2, al caso di mancata conversione di un decreto legge che comprende una norma penale favorevole, e al caso di un decreto avente analogo contenuto convertito in legge con emendamenti che implicino mancata conversione *in parte qua*¹⁸.

Al riguardo, ha chiarito la Corte costituzionale che il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. trova applicazione soltanto relativamente ai fatti commessi nel vigore (anche se poi caducato) della "norma penale favorevole" contenuta in un decreto-legge non convertito (c.d. "fatti concomitanti"), fatti rispetto ai quali soltanto sorge, ai fini dell'applicabilità del principio stesso, il problema dell'operatività del risultato normativo in discorso, e rispetto ai quali soltanto tale risultato potrebbe equipararsi a una "norma penale sfavorevole"; non anche relativamente ai c.d. "fatti progressi"¹⁹.

¹⁶ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto, parte generale*, cit., p. 110 ss.; cfr. inoltre E.M. AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale*, M. Ronco-E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti, Zanichelli, 2016, p. 362 ss.

¹⁷ M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 73; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 284; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 110 ss.

¹⁸ Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51, in *Cass. pen.*, 1985, p. 816.

¹⁹ Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51, *cit.*

Dunque, a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 1985: per i fatti c.d. “concomitanti” le norme dei decreti leggi non convertiti si applicano, se più favorevoli; per i fatti c.d. “pregressi” trova applicazione la legge in vigore al momento del fatto²⁰.

In proposito, si è precisato in giurisprudenza che i decreti legge non convertiti si applicano, se più favorevoli, ai fatti commessi durante il loro vigore. E di conseguenza, in materia tributaria, debbono ritenersi efficaci le “dichiarazioni integrative” di sanatoria degli illeciti presentate durante la vigenza dei decreti legge 27 aprile 1992, n. 269 e 25 giugno 1992, n. 319²¹.

In terzo luogo, come accennato, per i “fatti concomitanti” qualora la Corte costituzionale dichiari l’illegittimità costituzionale di una norma penale a causa di un vizio procedurale per mancanza di nesso funzionale tra decreto e legge di conversione, resta ferma nondimeno la disciplina mai stabilmente entrata in vigore, se in concreto più favorevole (cfr. Cap. IV, § 1).

Quanto alle vicende chiuse in modo definitivo, la regola generale è che il giudicato resiste alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. Una espressa deroga tassativamente prevista al principio dell’intangibilità del giudicato è disposta proprio in campo penale dall’art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 (e successivamente dall’art. 673 c.p.p.) per le sentenze della Consulta che hanno dichiarato l’incostituzionalità della “norma sulla quale la sentenza di condanna penale irrevocabile si fondava”²².

Con riferimento alle norme incriminatrici, il fenomeno abrogativo (*l’abolitio criminis*) e quello dell’annullamento di norme incostituzionali tendono dunque a coincidere quanto alla iper-retroattività degli effetti favorevoli che producono. Infatti, all’abrogazione di una norma incriminatrice è di regola attribuita una

²⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2015, p. 601 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 285 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 110 ss.; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 144 ss. In senso difforme M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 73 ss., secondo cui la norma favorevole del decreto legge poi non convertito non può applicarsi neanche ai fatti concomitanti, poiché è venuta meno definitivamente *ex tunc*.

²¹ Cass., 18 febbraio 1995, Mondini, in *Cass. pen.*, 1996, p. 503. In senso conforme Cass., 18 novembre 1992, Creatti, *ivi*, 2004, p. 604.

²² Cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 386.

radicale efficacia retroattiva: essa elimina *ex tunc* sia il giudicato di condanna che ogni altro effetto penale (art. 2, comma 2, c.p.). Appare, pertanto, coerente la scelta del legislatore del 1988 di unificare sotto la stessa disposizione, l'art. 673 c.p.p. (in tema di revoca della sentenza di condanna definitiva), la disciplina processuale degli effetti sia dell'abrogazione sia della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme incriminatrici²³.

Come si dirà nel prosieguo, non deve però generare confusione l'unificazione, sotto la stessa disposizione, l'art. 673 c.p.p., dei due profili dell'abrogazione e dell'annullamento; i due fenomeni, come detto, vanno tenuti rigorosamente distinti, anche se coincidono in parte quanto alle loro conseguenze in ambito penale: la cancellazione della sentenza di condanna irrevocabile pronunciata sulla base di una norma incriminatrice poi abrogata dal legislatore o annullata dalla Corte costituzionale²⁴.

6.3. Incostituzionalità di norma penale “non incriminatrice” e immutabilità del giudicato

Ora, per quanto concerne lo “strumento processuale” per rideterminare il trattamento sanzionatorio, una volta che la Corte costituzionale abbia annullato la norma penale (non incriminatrice) meno favorevole che influisce sull'esecuzione ancora in corso della pena inflitta, si può subito osservare che si tratta di una “competenza” del giudice dell'esecuzione.

A costui non è attribuito dall'ordinamento unicamente il potere di risolvere le questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo, ma pure il potere di incidere sul contenuto del titolo esecutivo, rimodulando la pena inflitta per conformarla a quanto discende dalla sentenza della Corte costituzionale²⁵.

²³ Cfr. sul punto A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 180 ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009, p. 190 ss.

²⁴ Cfr. M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, *Annali VII*, Giuffrè, 2014, p. 667.

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1423, con commento di C. PECORELLA. In proposito, si rinvia all'approfondito saggio di F. CAPRIOLI,

Per esigenze di razionalità del sistema processuale, occorre ritenere che, quando la legge processuale affida al giudice una determinata funzione, allo stesso è conferita altresì la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima funzione²⁶.

Bisogna tuttavia individuare la disposizione che attribuisca al giudice dell'esecuzione in modo specifico tale competenza in relazione ad una norma penale non incriminatrice.

La soluzione già individuata in proposito da una parte della giurisprudenza di legittimità, per rendere non eseguibile il giudicato rispetto ad un circostanza aggravante incostituzionale (art. 61 n. 11-bis c.p.), lascia perplessi. Secondo tale orientamento è utilizzabile l'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, poiché si tratta di una norma che ha una vasta portata applicativa e che permette di derogare al principio dell'intangibilità del giudicato, incidendo sopra una situazione esecutiva non ancora esaurita²⁷.

Il citato art. 30 l. n. 87 del 1953, sulla disciplina generale degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, non sembra però impiegabile in queste ipotesi. Il legislatore pare qui riferirsi soltanto alla declaratoria di incostituzionalità delle "norme incriminatrici in senso stretto". E in maniera conforme la giurisprudenza tradizionalmente non dubitava che la disposizione in questione si riferisse alle sole "norme incriminatrici" dichiarate incostituzionali²⁸.

Non sembra condivisibile pure quanto più di recente è stato sostenuto in giurisprudenza, ossia che l'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 deve ritenersi implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p., che ne ha assorbito la relativa disciplina²⁹.

Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale, in Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto, a cura di M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 263 ss.

²⁶ In tal senso, v. Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687/2006, Catanzaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 232610.

²⁷ Cfr. Cass., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3966, con nota di M. GAMBARDELLA; Cass., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977/2012, Hauohu, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di M. SCOLETTA; Cass., sez. I, 24 maggio 2012, n. 19361, *ivi*, con nota di G.L. GATTA; Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899, Harizi, in *C.E.D. Cass.*, n. 253084.

²⁸ Cfr. Cass., sez. V, 2 gennaio 1968, n. 296, in *C.E.D. Cass.*, n. 106904.

²⁹ Cass., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 27640, in *C.E.D. Cass.*, n. 253383.

Invero, non può venire in rilievo una abrogazione implicita, giacché manca l'antinomia tra le norme in successione cronologica. Il criterio della *lex posterior* presuppone il rapporto di contraddizione, di incompatibilità, tra le norme – poste sullo stesso gradino della scala gerarchica – che si avvicinano nel tempo. Nel nostro caso più che abrogazione, ricorre una “iterazione normativa”: due disposizioni emanate in tempo diverso che risultano sostanzialmente “sinonime”, e quindi esprimono la medesima norma³⁰.

In altre parole, il presupposto fissato dal citato comma 4 dell'art. 30 – per la cessazione dell'esecuzione della sentenza irrevocabile di condanna e di “tutti gli effetti penali” della medesima condanna – è rappresentato dall'annullamento costituzionale della norma sulla base della quale il soggetto agente è stato penalmente condannato, norma che esprime la fattispecie incriminatrice in senso stretto, e non anche gli aspetti concernenti il mero trattamento sanzionatorio o i profili accessori o circostanziali della stessa³¹.

Per fornire una adeguata risposta al quesito, non è sufficiente la constatazione che, configurandosi una ipotesi di invalidità di una norma, l'effetto della declaratoria di incostituzionalità debba logicamente estendersi fino al momento di entrata in vigore della norma. E pur vero che la proiezione nel passato degli effetti della pronuncia di accoglimento deve essere temperata con il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti.

In relazione al diritto penale in senso stretto, il punto di equilibrio è del tutto spostato verso il pieno riconoscimento della preminenza del *favor libertatis*: il legislatore ha indubbiamente riconosciuto in tale ambito, ai sensi dell'art. 30, comma ult., l. n. 87 del 1953 e art. 673 c.p.p., una efficacia iperretroattiva alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale relative alle norme incriminatrici; efficacia che travolge il giudicato di condanna ed elimina tutte le sue possibili conseguenze sul piano giuridico.

³⁰ Cfr. sulle “disposizioni sinonime” R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 38 ss.

³¹ Sulle complesse vicende legate alla declaratoria d'incostituzionalità di una circostanza aggravante o del divieto di prevalenza di una circostanza attenuante, e alle relative conseguenze sul giudicato di condanna, cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 161 ss.

Nel resto dell'ordinamento, invece, l'efficacia retroattiva della pronuncia di accoglimento viene contemperata in modo diverso con il principio di stabilità dei rapporti giuridici. Il limite alla operatività in chiave retroattiva della declaratoria di incostituzionalità è infatti costituito dai rapporti giuridici esauriti, dalle situazioni ormai cristallizzatesi in maniera definitiva sotto il profilo giuridico³². Ipotesi tra cui rientra a pieno titolo il passaggio in giudicato della sentenza: la pronuncia di accoglimento non può dispiegare i suoi effetti sulla cosa giudicata, il caso non può più essere rimesso in discussione³³.

Ora, riguardo alle norme penali diverse da quelle incriminatrici dichiarate incostituzionali, va detto che oggi non appare ragionevolmente sostenibile la soluzione secondo cui la sentenza di condanna definitiva, come per il resto dell'ordinamento, non possa più essere modificata in senso favorevole al reo. Si tratta, invero, di una norma che incide comunque sulla quantificazione della sanzione penale, e in ultima analisi sul diritto fondamentale della libertà personale (art. 13 Cost.). Inoltre, il *quid pluris* di pena derivante dalla norma costituzionalmente illegittima non può qui svolgere, in modo indiscutibile, alcuna funzione rieducativa ex art. 27, comma 3, Cost., essendo stato inflitto sulla base di una previsione legislativa dichiarata contraria ai principi costituzionali³⁴.

³² Cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 346 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, 2012, p. 240; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2014, p. 153 ss.; G. PARODI, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III, Utet, 2006, p. 2658 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, 1997.

³³ In relazione alla deroga alla piena operatività della *lex mitior* ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., la Corte costituzionale ha individuato una pertinente ragione giustificativa della regola dell'intangibilità del giudicato nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti (Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 684; così anche le sent. n. 164 del 1974 e n. 6 del 1978). Nella giurisprudenza della suprema Corte, cfr. in senso analogo Cass., sez. VI, 8 aprile 1994, De Angelis, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1807. Sul punto, in dottrina, cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 307 ss.

³⁴ Questa conclusione è stata già enunciata in passato in relazione alla declaratoria di incostituzionalità della circostanza aggravante di clandestinità: cfr. M. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1349 ss.; M. GAMBARDELLA, *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, ivi, 2012, p. 1664 ss. In tal senso, v. altresì L. BIN, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2960 ss.

Il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti, che fonda le deroghe alla piena retroattività degli effetti delle decisioni di accoglimento della Corte, non solo non può avere influenza sugli annullamenti di norme incriminatrici, ma nemmeno può limitare l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità rispetto alle norme che incidono unicamente sulla sanzione penale aggravandola. Tale esigenza di certezza delle situazioni consolidate sembra essere espressione di una logica giuridica estranea al diritto penale; e in ogni caso non potrebbe mai prevalere, in ambito penale, quando sussista una contemporanea esigenza connessa al *favor libertatis*³⁵.

Ebbene, la *ratio* che giustifica l'esito della ponderazione per risolvere l'antinomia tra valori costituzionali, ossia il rispetto della libertà personale compromessa, seppure solo per la maggior pena applicata (ad esempio, mediante la circostanza aggravante invalida o l'irragionevole mancata applicazione della circostanza attenuante), si impone qui sul principio della stabilità dei rapporti ormai esauriti.

Sgombriamo allora subito il campo dalle incertezze che accompagnano ancora il tema del giudicato penale e della sua intangibilità. Benché l'immutabilità della *res iudicata* nel sistema penale è un valore riconosciuto costituzionalmente³⁶, non c'è dubbio che di fronte alla declaratoria di incostituzionalità di una norma che comunque ha influenzato in senso affittivo il calcolo della pena, il principio del giudicato quale regola fissa del caso concreto deve ritenersi soccombente rispetto al valore della libertà personale. E tale esito è netto nelle parole della sentenza "Gatto" presa in esame nel prosieguo, in cui si è appunto scritto che «nel bilanciamento tra il valore costituzionale dell'intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile della libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo».

6.4. La vicenda dei cosiddetti "fratelli minori di Scoppola"

Nonostante le indecisioni per il mancato intervento del legislatore, la questione sembra essere stata risolta in via giurisprudenziale,

³⁵ Cfr. M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 192 ss.

³⁶ Sui profili storici e il fondamento costituzionale dell'istituto del giudicato, cfr. E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012, p. 8 ss.

attraverso l'intervento delle Sezioni unite penali (in due occasioni) e della Corte costituzionale, le quali hanno tracciato le coordinate giuridiche per consentire al giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato di condanna al fine di ricondurre il trattamento sanzionatorio alla disciplina costituzionalmente e convenzionalmente ritenuta legittima³⁷.

Nel prosieguo del discorso si prendono in considerazione le due recenti decisioni a Sezioni unite "Ercolano" e "Gatto", per ricostruirne gli sfondi e i percorsi argomentativi.

Il nucleo centrale delle due decisioni delle Sezioni unite ("Ercolano" e "Gatto") è costituito dalle seguenti, comuni, questioni: se dopo una sentenza di condanna irrevocabile, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma penale "non incriminatrice", che ha operato in senso sfavorevole sul trattamento sanzionatorio inflitto al condannato, si può (o meglio si deve) incidere sul giudicato e sostituire la sanzione irrogata? In caso di risposta positiva, quali sono gli strumenti che il nostro ordinamento appresta in questa ipotesi per rideterminare la pena *in melius*?

In sostanza, dall'esame di entrambe le pronunce emerge che il passaggio in giudicato della sentenza non esclude la

³⁷ Nella giurisprudenza di merito in senso affermativo circa la rivedibilità del giudicato, cfr. Trib. Bologna, ud. 27 maggio 2014, giud. Giangiacomo, in *Diritto penale contemporaneo*, che, decidendo su un incidente di esecuzione promosso da un soggetto condannato in via definitiva per cessione di sostanze stupefacenti ai sensi della legge "Fini-Giovanardi", ha provveduto a rideterminare la pena sulla base della cornice edittale prevista dalla più favorevole legge "Iervolino-Vassalli", ritornata in vigore per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014. Nella pronuncia si è preso poi in considerazione l'ulteriore e conseguente problema riguardante il modo in cui la pena deve essere rivista. Ha affermato il Tribunale di Bologna che, a tale riguardo, i giudici di merito si sono determinati in modo diverso: chi adottando un criterio puramente aritmetico-proporzionalistico, chi un criterio che si riappropria, come un giudice di merito in una nuova fase di cognizione, di tutto il potere discrezionale nell'irrogazione della pena, anche relativo al regime di valenza delle aggravanti, dandone conto ai sensi dell'art.133 c.p. In particolare, il Tribunale di Bologna ha aderito all'orientamento per il quale il nuovo calcolo della pena deve essere effettuato adottando un criterio puramente aritmetico-proporzionalistico rispetto alla pena irrogata in sede di giudizio di merito; e questo perché così si preservano i canoni valutativi adottati in sede di condanna sotto tutti i profili, con riferimento sia ai criteri di cui all'art. 133 c.p. sia ad eventuali aumenti e diminuzioni di pena per l'effetto di circostanze. Si preserva in tal modo per quanto possibile il giudicato, sacrificandolo solo laddove esso entra in evidente contrasto con l'impossibilità di applicazione di una pena non più rispondente a quella oggi prevista nel nostro ordinamento.

rideterminazione della pena in favore del condannato, quando viene dichiarata incostituzionale una norma sostanziale non incriminatrice che incide sul trattamento sanzionatorio.

E veniamo, di seguito, a trattare nel dettaglio della vicenda che è oggetto della sentenza delle Sezioni unite “Ercolano”; ed è stata etichettata con l’efficace espressione metaforica “fratelli minori di Scoppola”³⁸.

Ora, in attuazione della sentenza “Scoppola” della Corte di Strasburgo – secondo cui l’applicazione retroattiva delle disposizioni del d.lg. n. 341 del 2000, con l’inflizione della pena dell’ergastolo ha violato i diritti fondamentali garantiti dagli artt. 6 e 7 della Convenzione³⁹ – il ricorrente Franco Scoppola ha ottenuto in ambito interno la sostituzione dell’ergastolo con la pena di anni trenta di reclusione, mediante l’applicazione in via analogica del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto⁴⁰.

L’art. 625 c.p.p. è stato dunque lo strumento giuridico escogitato dalla Corte di cassazione⁴¹ per dare esecuzione nel nostro ordinamento alle sentenze della Corte europea, prima della

³⁸ L’espressione è stata inizialmente coniata all’interno dei contributi pubblicati sul tema da F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*; F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*.

³⁹ C. eur., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (n. 10249/03), in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss., con nota di G. ICHINO, *L’affaire Scoppola c. Italia e l’obbligo dell’Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo*. Come noto, con la sentenza “Scoppola” la Corte europea riunita in Grande Camera – mutando giurisprudenza – ha ritenuto che l’art. 7 § 1 Cedu (“nessuna pena senza legge”) non accolga soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, bensì consacrò anche “il principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo”; elevando dunque il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona: cfr. F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1173 ss.; V. MANES, *sub art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 284 ss.; C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”*, Aracne, 2012, p. 69 ss.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, *cit.*, p. 59 ss.; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014, p. 263 ss. Per una ricostruzione delle garanzie della retroattività *in mitius* alla luce del rapporto tra art. 27, comma 3, Cost. e art. 3 Cost., cfr. GA. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 224 ss.

⁴⁰ Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3389 ss.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457, con nota di M. CAIANIELLO.

pronuncia additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011. Con tale ultima decisione il Giudice delle leggi ha introdotto un nuovo caso di revisione del giudicato di condanna (art. 630 c.p.p.) per attuare appunto le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno accertato la violazione di un diritto fondamentale (c.d. "revisione europea")⁴².

Ma quali conseguenze derivano per i condannati che si trovano in una situazione giuridica analoga a quella oggetto della sentenza "Scoppola" della Corte europea?

Queste persone che all'epoca della condanna all'ergastolo non hanno presentato ricorso individuale contro la sentenza definitiva (entro sei mesi *ex* art. 34 Cedu), possono adesso chiedere al giudice dell'esecuzione la sostituzione della pena perpetua con quella di anni trenta di reclusione?

Occorre decidere quindi se la pronuncia della Corte di Strasburgo possa direttamente spiegare i suoi vincolanti effetti di travolgimento (o modificazione) del giudicato di condanna anche rispetto ad analoghe vicende giudiziarie. Oppure bisogna ritenere che i casi in cui, in via immediata, si possa superare il giudicato, per porre rimedio a una violazione di un diritto fondamentale accertato dalla Corte europea, siano solo quelli in cui la singola persona ha esperito vittoriosamente un ricorso contro lo Stato italiano⁴³.

Il concreto problema si è posto riguardo a tutte le persone condannate all'ergastolo che si trovino in una situazione analoga a quella di "Scoppola". Si tratta di coloro che, avendo presentato istanza di giudizio abbreviato nel periodo di tempo in cui l'art. 442, comma 2, c.p.p. stabiliva la sostituzione dell'ergastolo (anche con isolamento diurno) con la pena di trenta anni di reclusione (lasso di

⁴² Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3299 ss., con note di M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*; e C. MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte Edu: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*; in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss., con nota di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*. Da ultimo sul tema, cfr. G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3192 ss.; S. QUATTROCOLO, *La vicenda Drassich si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁴³ Ampio esame del problema in C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 293 ss.

tempo compreso tra il 2 gennaio 2000 e il 24 novembre 2000), sono invece stati condannati alla pena perpetua (senza isolamento diurno) sulla scorta di una modificazione legislativa sopravvenuta: l'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000. La novella, definita quale disposizione di "interpretazione autentica", precisava infatti che nelle ipotesi di concorso di reati – come quella di "Scoppola" – nelle quali la pena era l'ergastolo con l'isolamento diurno, la pena andasse sostituita non con la reclusione ad anni trenta, bensì con il "semplice" ergastolo⁴⁴.

Per queste persone che non hanno presentato ricorso alla Corte di Strasburgo, opera il principio di retroattività della *lex mitior* (qui in forma di *lex mitior intermedia*)? Possono chiedere anche loro al giudice dell'esecuzione, nonostante la presenza di un giudicato di condanna, la rideterminazione della pena dell'ergastolo in trenta anni di reclusione⁴⁵?

La questione è stata oggetto dapprima di due decisioni delle Sezioni unite penali (la sentenza "Giannone" e l'ordinanza "Ercolano"). In entrambe le pronunce, il Supremo Consesso è stato chiamato a stabilire: se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla sentenza della Corte Europea "Scoppola c. Italia", possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nell'avvicendamento

⁴⁴ Cfr. M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 272 ss.

⁴⁵ Nel senso che sia possibile sostituire direttamente *in executivis* all'ergastolo la pena di trenta anni di reclusione per quei condannati all'esito di giudizio abbreviato che si trovano nella stessa condizione di Scoppola, in dottrina v. le ampie considerazioni sviluppate nei suoi scritti da F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., p. 9 ss.; F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 4 ss., secondo il quale per tutti i condannati i quali versano nella medesima condizione di Scoppola, l'inflizione della pena dell'ergastolo anziché quella di trent'anni di reclusione ha violato il loro diritto fondamentale all'applicazione della legge penale intermedia più favorevole. In tali ipotesi l'interesse alla non modificabilità del giudicato in senso favorevole al condannato soccombe nel bilanciamento con l'esigenza di tutela dei suoi diritti fondamentali, la cui violazione divenga manifesta dopo la formazione del giudicato. In caso contrario si configura la violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in una situazione identica. Lo strumento processuale idoneo al fine di porre rimedio alla violazione in atto del diritto fondamentale del condannato, appare essere, per questa dottrina, l'applicazione in via analogica dell'art. 671 c.p.p. In tal senso, cfr. A. GAITO e C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1201 ss.

delle leggi intervenute nella materia, della legge intermedia più favorevole.

Nel dettaglio, le Sezioni unite nella sentenza “Giannone” hanno distinto i casi in cui – in corrispondenza con la vicenda “Scoppola” – deve operare la regola della retroattività della *lex mitior* intermedia, da quelli invece in cui essa non trova applicazione: poiché l’interessato ha richiesto il giudizio abbreviato (e il rito semplificato si è concluso) quando la legge intermedia più favorevole non era più in vigore⁴⁶. E pertanto, ad avviso delle Sezioni unite “Giannone”, la *lex mitior* intermedia – la quale aveva reintrodotto la possibilità del giudizio abbreviato per i reati punibili con l’ergastolo, stabilendo genericamente in caso di condanna la sostituzione della pena perpetua senza o con isolamento diurno con quella temporanea di anni trenta (art. 30, comma 1, lett. b, l. n. 479 del 1999) – può e deve trovare applicazione soltanto per quei soggetti che, avendo commesso un reato astrattamente punibile con l’ergastolo, abbiano chiesto di accedere al rito abbreviato durante la vigenza della menzionata legge intermedia più favorevole (in pratica nel lasso di tempo compreso tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000).

La norma sopravvenuta più mite rispetto a quella vigente all’epoca dei fatti non si applica dunque a quei soggetti che durante la sua vigenza non abbiano chiesto l’accesso al rito speciale, e abbiano compiuto tale scelta processuale soltanto successivamente durante il vigore della normativa meno favorevole. Si pensi, ad esempio, proprio al caso esaminato dalla sentenza “Giannone”: qui l’imputato aveva avanzato richiesto di giudizio abbreviato soltanto il 19 agosto 2002, e quindi ben dopo la data del novembre 2000 di entrata in vigore della legge di interpretazione autentica, la quale ha disposto che l’espressione “pena dell’ergastolo” (sostituita con quella della reclusione di anni trenta) impiegata nell’art. 442 comma 2 c.p.p. deve intendersi riferita unicamente all’ergastolo senza isolamento diurno; mentre alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell’ergastolo. Quanto poi all’ordinanza delle Sezioni unite

⁴⁶ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34233, Giannone, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4015 ss.

“Ercolano”, pur premettendo che in questi casi l’esecuzione della pena dell’ergastolo produce in via permanente una lesione del diritto fondamentale del condannato all’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole ex art. 7 Cedu, hanno tuttavia osservato che non può essere la sentenza della Corte di Strasburgo, la quale ha interpretato in una vicenda analoga il testo della Convenzione, a permettere – direttamente e immediatamente – al giudice dell’esecuzione il superamento del giudicato di condanna attraverso la rimodulazione della pena inflitta all’autore dei reati⁴⁷. I giudici della Corte suprema italiana hanno indicato pertanto, con l’ordinanza “Ercolano”, la strada della questione di legittimità costituzionale della norma penale *ex post* divenuta illegittima a seguito del *revirement* della Corte di Strasburgo: perché la norma è ormai in contrasto con norme di rango gerarchico superiore. In particolare, qui si tratta dell’invalidità costituzionale dell’art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 confliggente – attraverso il parametro dell’art. 117 comma 1 Cost. – con il principio di legalità convenzionale di cui all’art. 7 § 1 Cedu; nella nuova conformazione datane dalla Corte europea con la sentenza “Scoppola”, che estende la portata del principio in questione in materia penale anche all’aspetto della retroattività della *lex mitior*⁴⁸. Dall’applicazione retroattiva *in malam partem* dell’art. 7 cit. (la legge pseudo-interpretativa) è derivata in pratica la violazione del diritto fondamentale del condannato all’operatività della legge penale più favorevole (art. 7 Cedu) tra quelle che si sono avvicendate nell’arco temporale tra l’integrazione dell’ipotesi criminosa e la conclusione del procedimento penale, in presenza del presupposto processuale rappresentato dalla richiesta del rito abbreviato compiuta nello stesso periodo. Cosicché le Sezioni unite hanno deciso di sollevare d’ufficio la questione di legittimità costituzionale dell’art. 7 d.lg. n. 341 del 2000⁴⁹.

⁴⁷ Cass., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969, con nota di M. GAMBARDELLA.

⁴⁸ Per considerazioni in parte critiche sulla investitura della Corte costituzionale promossa dalle Sezioni unite “Ercolano”, cfr. A. GAITO e C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo*, cit., p. 1208 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit.

6.5. La pronuncia della Corte costituzionale n. 210 del 2013

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 d.lg. cit., sollevata dall'ordinanza delle Sezioni unite "Ercolano", è stata esaminata nella sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale⁵⁰.

Ad avviso della Corte costituzionale, la sentenza "Scoppola" pur non essendo una sentenza c.d. "pilota"⁵¹ ha nondimeno messo in evidenza una violazione di carattere strutturale della Cedu da parte della nostra legge, dovuta alla non conformità rispetto alla Convenzione dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000. E pertanto lo Stato italiano è obbligato sia a porre rimedio alla situazione di illegittimità convenzionale, sia a rimuoverne le conseguenze nei riguardi di tutti i condannati che versano nelle medesime condizioni di "Scoppola"⁵².

Il Giudice delle leggi precisa, quindi, che bisogna eliminare gli effetti già definitivamente prodotti in vicende eguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale; vicende in cui però il condannato non ha presentato il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo, e le decisioni sono divenute perciò inoppugnabili. Non si possono frapporre ostacoli all'estensione degli effetti della Convenzione a casi analoghi a quello relativo a "Scoppola", e sui quali si sia già formato il giudicato. Invero nel nostro sistema di diritto penale sostanziale, come ad esempio per l'*abolitio criminis* (art. 2 comma 2 c.p. e art. 673 c.p.p.), è il legislatore a ritenere recessivo il valore del giudicato al cospetto di alcune situazioni sopravvenute⁵³.

In via generale, la procedura per adeguarsi alla sentenza della Corte europea "Scoppola" – secondo la Corte costituzionale – non è

⁵⁰ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915 ss., con commento di A. MARANDOLA, *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*; in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1423, con commento di C. PECORELLA. In proposito, si rinvia all'approfondito saggio di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Bargis, Giuffrè, 2013, p. 263 ss.

⁵¹ Le sentenze "pilota" si caratterizzano per il fatto che decidono un caso in vista della decisione di altri numerosi casi identici già pendenti, la cui trattazione viene sospesa in modo da consentire al governo interessato di introdurre soluzioni nazionali riparatorie e preventive di violazioni ripetute o strutturali (cfr. V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2016, p. 51).

⁵² Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

⁵³ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

quella del nuovo caso di “revisione europea” ex art. 630 c.p.p., bensì è quella della fase esecutiva: il giudice deve incidere semplicemente sul titolo esecutivo, sostituendo la pena irrogata dell’ergastolo con quella conforme alla Cedu di trent’anni di reclusione. Tuttavia nei riguardi dei condannati che non hanno proposto ricorso e dunque manca una decisione specifica della Corte europea, non è possibile dunque adire direttamente il giudice della esecuzione: è necessario invece sollevare prima una questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima.

La Corte costituzionale asserisce, infatti, che è indispensabile la presenza di un ricorso individuale a Strasburgo (ex art. 34 Cedu) per la revoca o la modificazione immediata del giudicato di condanna. Nel caso di specie resta quindi precluso per i condannati che versano nella stessa posizione processuale di “Scoppola” di utilizzare lo strumento dell’immediato ricorso al giudice dell’esecuzione per modificare la condanna definitiva, sostituendo la pena illegittima dell’ergastolo con quella di trenta anni di reclusione⁵⁴.

L’asserzione è pienamente condivisibile. Rendere invero possibile al giudice dell’esecuzione di incidere sul giudicato di condanna in assenza di un ricorso a Strasburgo, perché la condanna è in contrasto con i principi affermati in una pronuncia della Corte europea su un analogo caso, produrrebbe non solo una disarticolazione del sistema processuale penale delle impugnazioni, ma altresì la soppressione in pratica dell’istituto del giudicato penale⁵⁵. Un diritto senza autorità finisce coll’annullare se stesso. Non è ipotizzabile un sistema giuridico nel quale qualsiasi rapporto risulti sempre reversibile, mai definitivo per evitare la possibilità che una decisione “ingiusta” si cristallizzi in modo irrevocabile: si vivrebbe in una perpetua incertezza⁵⁶.

⁵⁴ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

⁵⁵ Così Cass., sez. I, 18 gennaio 2011, n. 6559, in *C.E.D. Cass.*, n. 249328; in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di M. GIALUZ.

⁵⁶ Cfr. C. LUZZATI, *La politica della legalità*, il Mulino, 2005, p. 208. In proposito, si è osservato che anche se le ipotesi in cui è recessivo diventano sempre più numerose, il giudicato rimane un valore fondamentale, al quale è legata la definitività e la certezza delle situazioni giuridiche, e che solo eccezionalmente può cadere in seguito a sentenze della Corte europea da estendere a casi diversi da quello che ha formato oggetto del giudizio (G.

Ebbene sul presupposto di una previa dichiarazione di incostituzionalità per superare il giudicato in assenza di una decisione di Strasburgo, la Corte costituzionale conclude ritenendo fondata nel merito la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000. A seguito delle sentenze della Corte cost. n. 348 del 2007 e n. 349 del 2007, integrando infatti l'art. 7 Cedu, quale norma interposta, il parametro costituzionale dell'art. 117 comma 1 Cost., la violazione del principio di legalità convenzionale accertata dalla Corte europea con la sentenza della Grande Camera "Scoppola contro Italia" determina l'illegittimità costituzionale della norma impugnata (art. 7 d.lg. n. 341 del 2000)⁵⁷.

Ora, se da un lato è innegabile che la strada percorsa dalla Corte costituzionale sia stata quella dell'illegittimità costituzionale dell'art. 7 d.lg. n. 341/2000: l'enunciato normativo è divenuto invalido a seguito della sentenza "Scoppola" della Corte europea, perché ormai in contrasto con norme di rango gerarchico superiore (parametro individuato nell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 7 Cedu, il principio di retroattività della legge penale più favorevole). Dall'altro lato può dirsi, a sua volta, che l'art. 7 d.lg. n. 341/2000 era già invalido costituzionalmente allorché venne emanato; in quanto si tratta di una pseudo-disposizione di interpretazione autentica, che in realtà cela una nuova norma penale sostanziale sfavorevole, la quale, invece di operare solo per il futuro, esplica efficacia retroattiva *in malam partem*. E dunque tale disposizione deve essere considerata illegittima costituzionalmente: sia ai sensi dell'art. 25 comma 2 Cost., perché viola il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli; sia ai sensi dell'art. 3 Cost., perché incide in modo irragionevole sull'affidamento dei cittadini e determina ingiustificate disparità di trattamento.

All'epoca dunque i giudici italiani avrebbero dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale, ex art. 25 comma 2 Cost., della disposizione di interpretazione autentica; ovvero, ritenendola norma

LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu*, cit., p. 3209).

⁵⁷ In proposito, cfr. R. CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Giuffrè, 2013, p. 166 ss.

nuova o innovativa, applicarla solo ai casi futuri. Ma, come sappiamo dal dibattito, non lo fecero perché la norma in realtà fu considerata di natura processuale e non sostanziale; e dunque sottratta per ciò solo alla garanzia costituzionale dell'irretroattività⁵⁸.

Invero nel caso "Scoppola" (e nei "casi analoghi") vi è stato un palese errore di diritto della giurisprudenza italiana che ha ritenuto la natura processuale e non già sostanziale della norma espressa dall'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000, tenuto conto che, per il carattere sostanziale, depone l'immediata incidenza della norma sulla severità della pena da infliggere in caso di condanna a seguito di giudizio abbreviato.

E di conseguenza si è reputata la previsione normativa in questione soggetta al principio del *tempus regit actum* (come qualsiasi altra norma processuale penale) anziché a quello della irretroattività della legge penale sfavorevole e della retroattività/ultrattività della *lex mitior* (come qualsiasi altra norma penale sostanziale o materiale). In questi casi giurisprudenziali si è trattato quindi di un errore di diritto che, di regola, resta assorbito dal giudicato di condanna.

Si badi bene che la giurisprudenza italiana all'epoca non ha però messo in discussione nei casi in questione l'applicabilità retroattiva della *lex mitior* in materia penale sostanziale: in effetti se i giudici italiani avessero riconosciuto *illo tempore* la vera natura sostanziale

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. I, 6 maggio 2003, n. 23455, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1298, secondo cui è legittima la condanna alla pena perpetua resa, all'esito del giudizio abbreviato, nei confronti di imputato dichiarato colpevole di più delitti, uno dei quali punibile con l'ergastolo, a nulla rilevando che la richiesta di definizione della procedura con il rito speciale fosse stata presentata in un momento antecedente all'entrata in vigore dell' art. 7 d.lg. n. 341 del 2000, e cioè allorché la norma in vigore prevedeva, in favore di chi avesse optato per il rito abbreviato, la sostituzione alla pena dell'ergastolo di quella di trenta anni di reclusione. D'altronde, nel senso di una sospetta incostituzionalità dell'intervento novellistico del novembre 2000, si era già espressa all'epoca una parte della dottrina processual-penalistica, la quale aveva osservato come il legislatore «allo scopo di fare sostanzialmente retroagire una disposizione sfavorevole al reo concernente il suo trattamento sanzionatorio, abbia voluto spacciare come interpretazione autentica di una norma già esistente quello che è stato un vero e proprio mutamento di rotta rispetto alle scelte di politica criminale compiute nel 1999» (così F. CAPRIOLI, *Novità in tema di giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Giappichelli, 2001, p. 120. Nel senso del contrasto della legge interpretativa con l'art. 25 comma 2 Cost., cfr. E. MARZADURI, *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo vera interpretazione o intervento autonomo?*, in *Guida dir.*, 2000, n. 27, p. 103).

della norma interpretativa (art. 7 d.lg. n. 341 del 2000) avrebbero certamente rimesso la questione alla Corte costituzionale per violazione del principio di irretroattività ex art. 25 Cost. oppure avrebbero applicato la legge penale intermedia favorevole. Nel processo “Scoppola” (e nei processi analoghi) si è incorso in un *error iuris* sulla natura dell’enunciato normativo da applicare; reputato, come detto, appartenente alla classe delle norme processuali penali e non a quella delle norme sostanziali. Errore che ha implicato l’uso di un principio intertemporale al posto di altri (principio del *tempus* anziché di irretroattività o della *lex mitior*).

6.6. Il problema della rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio *a quo*

Con riferimento alla sentenza n. 210 del 2013, vanno esaminati, seppur brevemente, i complessi problemi che ruotano attorno della “rilevanza” della questione di legittimità costituzionale dell’art. 7 d.lg. n. 341 del 2000⁵⁹. Possiamo davvero asserire che qui la questione di costituzionalità è rilevante giacché strumentale per la risoluzione del giudizio *a quo*?

Per rispondere alla domanda, sembra utile muovere da una pronuncia appena successiva della Corte costituzionale (sent. 23 luglio 2013, n. 235), dall’esito che in dottrina è stato considerato contrastante con la citata decisione n. 210⁶⁰. Si tratta di un caso molto complesso, che in estrema sintesi può così essere enunciato.

L’imputato pluriomicida aveva fatto richiesta di giudizio abbreviato prima dell’entrata in vigore della l. n. 479 del 1999 e, dunque, in un momento in cui tale rito non era consentito per i reati puniti con l’ergastolo. La sua richiesta era stata pertanto respinta. Dopo l’entrata in vigore della l. n. 479 del 1999 (che aveva appunto ripristinato la possibilità del giudizio abbreviato anche per i processi concernenti reati puniti con l’ergastolo, con sostituzione di esso con

⁵⁹ Ampia analisi della problematica, in F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., p. 267 ss.

⁶⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Prosegue la “saga Scoppola”: una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11 ss.

trent'anni di reclusione), pendendo il processo a suo carico davanti alla Corte di cassazione, l'imputato (condannato all'ergastolo con isolamento diurno nei primi due gradi di merito) non aveva tuttavia ripresentato la richiesta perché l'art. 4-ter d.lg. n. 82 del 2000 non permetteva la riammissione in termini per richiedere il giudizio abbreviato per gli imputati il cui processo pendesse in cassazione (ma solo per i processi pendenti nei gradi di merito nei quali non fosse ancora conclusa l'istruzione dibattimentale). Di conseguenza, il reo era stato giudicato e condannato in via definitiva con rito ordinario alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno⁶¹.

Dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, il Giudice dell'esecuzione – investito dall'istanza con la quale il condannato ha chiesto di essere rimesso in termini al fine di poter ottenere la riduzione di pena per il rito abbreviato negatagli nel giudizio di cognizione – ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 4-ter d.lg. n. 82 del 2000 per violazione dell'art. 3 e dell'art. 117 Cost. (in riferimento all'art. 7 Cedu sulla base dei principi affermati dalla sentenza "Scoppola").

La Corte costituzionale ha ritenuto tuttavia la questione "manifestamente priva di rilevanza", in quanto il giudice *a quo*, quale giudice dell'esecuzione, non è chiamato a fare applicazione della norma censurata⁶².

Per la Corte infatti la questione sollevata sarebbe stata "rilevante" esclusivamente nell'ambito del giudizio di cassazione e solo alla condizione che, nel corso di esso, l'imputato avesse effettivamente richiesto il giudizio abbreviato con l'osservanza del termine stabilito dalla norma censurata (ossia nella «prima udienza utile» successiva alla sua entrata in vigore): ma ciò non è avvenuto. Nel caso di specie, non vi è stato alcun provvedimento di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato successivo alla l. n. 479/1999 sul quale possa esercitarsi il richiesto sindacato di costituzionalità⁶³.

⁶¹ C. cost., ord. 23 luglio 2013 n. 235, in *Diritto penale contemporaneo*, con commento critico di F. VIGANÒ, *Prosegue la "saga Scoppola"*, cit.

⁶² C. cost., ord. 23 luglio 2013, n. 235, cit.

⁶³ In senso diverso, cfr. F. VIGANÒ, *Prosegue la "saga Scoppola"*, cit., p. 8 ss., secondo cui il giudice dell'esecuzione deve sempre decidere se dare o non dare applicazione a norme di diritto penale sostanziale già applicate nel giudizio di cognizione ogniqualvolta venga adito.

La Corte conclude dunque dichiarando manifestamente inammissibile la questione, poiché essa ha ad oggetto una norma di cui il giudice *a quo* (il Tribunale rimettente adito in sede di incidente di esecuzione da un soggetto condannato in via definitiva) non deve fare applicazione⁶⁴.

Ora, si potrebbe osservare che pure con riferimento alla sent. n. 210 del 2013 la questione di costituzionalità dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 sembrerebbe inammissibile giacché priva di "rilevanza". Nel senso che anche qui la questione avrebbe dovuto proporsi prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna all'ergastolo, avendo la norma impugnata esaurito la sua efficacia con la conclusione del giudizio di cognizione.

E ciò può essere affermato, *a fortiori*, tenendo in considerazione che all'epoca dei procedimenti penali in parola la Corte di Strasburgo non aveva ancora ricondotto sotto l'art. 7 Cedu il principio di retroattività della *lex mitior*; e nel contempo che l'art. 7 d.lg. cit. era già costituzionalmente invalido per contrasto all'art. 25 comma 2 Cost., in quanto norma penale sostanziale sfavorevole con efficacia retroattiva. Senza dimenticare poi che all'epoca del processo "Scoppola" e dei procedimenti "analoghi", non v'è dubbio che nel nostro ordinamento fosse già pienamente riconosciuto il principio di retroattività della legge penale sostanziale più favorevole, con un contenuto di garanzia oltretutto almeno eguale a quello poi accolto dalla Corte europea con la decisione della Grande Camera del 2009.

Eppure, come sappiamo, la Corte costituzionale ha stimato "rilevante" la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 sollevata dalle Sezioni unite "Ercolano", argomentando la "rilevanza" nel modo seguente. Per il Giudice delle leggi non potendosi dare diretta esecuzione alla sentenza della Corte europea "Scoppola" perché nei confronti dei condannati (in analogia situazione di Franco Scoppola) manca una pronuncia specifica della Corte di Strasburgo, per conformarsi a quanto affermato dalla

Quelle norme sostanziali in ipotesi abrogate, invalide costituzionalmente o dichiarate contrarie al diritto dell'unione europea trovano anch'esse applicazione nel giudizio di esecuzione, nella misura in cui da esse continua a discendere l'effetto di legittimare l'inizio o la prosecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione.

⁶⁴ Corte cost., ord. 23 luglio 2013 n. 235, cit.

sentenza “Scoppola” (“l’applicazione dell’art. 7 d.lg. cit. viola l’art. 7 § 1 Cedu”), occorre allora necessariamente dichiarare costituzionalmente illegittima la norma nazionale ex artt. 7 Cedu e 117 comma 1 Cost., la cui violazione della Convenzione sia stata già accertata attraverso una sentenza della Corte Edu. In mancanza della declaratoria di incostituzionalità del cit. art. 7, non è possibile infatti definire la vicenda processuale in ossequio dell’obbligo costituzionale di adempimento alla sentenza della Corte europea (artt. 41 e 46 Cedu)⁶⁵.

Cosicché – per la Corte costituzionale – la questione di costituzionalità nel caso di specie diviene “rilevante”. Con la precisazione tuttavia che siffatta conclusione vale solo per le ipotesi in cui: *i*) sia necessario eseguire una pronuncia della Corte Edu in materia di diritto penale sostanziale; *ii*) la questione riguardi un caso analogo a quello già deciso da Strasburgo; *iii*) non si debba riaprire il processo, potendosi rimediare direttamente in sede esecutiva⁶⁶.

Si profila sul punto una chiara e sicuramente opportuna autodelimitazione della Corte costituzionale: in presenza di condanne irrevocabili, il principio di retroattività della *lex mitior* può condurre alla modifica del giudicato penale solo sulla scorta di una decisione della Corte di Strasburgo rispetto alla medesima fattispecie, la quale ha accertato l’illegittimità convenzionale.

La valutazione di rilevanza della questione compiuta dalla Corte nella sentenza n. 210 del 2013, permette così di rimediare alla situazione di illegalità convenzionale che ha determinato evidenti compromissioni ancora in atto di diritti fondamentali della persona. Altrimenti, l’unica strada percorribile avrebbe potuto essere la concessione della grazia da parte del Presidente della Repubblica (art. 87 Cost.).

Invero, tutti i procedimenti penali in cui poteva rilevare l’art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 sono ormai chiusi con una sentenza definitiva. La *lex mitior* intermedia, che il 2 gennaio 2000 ha reintrodotta la possibilità del giudizio abbreviato per i reati puniti con l’ergastolo, stabilendo genericamente in caso di condanna la sostituzione della

⁶⁵ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

⁶⁶ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

pena perpetua senza o con isolamento diurno con quella di trenta anni, ha avuto, come detto, una durata limitata sino al 24 novembre 2000, giorno di entrata in vigore dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 che ha circoscritto l'inflizione della pena di anni trenta all'ergastolo senza isolamento diurno. È preclusa pertanto oggettivamente la possibilità di sollevare questione di costituzionalità "nel corso di un giudizio" (in via incidentale) dell'art. 7 d.lg. cit., per violazione "diretta" dell'art. 25 Cost. o per invalidità sopravvenuta ex artt. 7 Cedu e 117 comma 1 Cost.

Ciò ha determinato la necessità per il Giudice delle leggi di collegare l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 d.lg. n. 341 del 2000 con la sentenza della Corte europea "Scoppola". È quest'ultima decisione che in pratica ha reso incostituzionale nel nostro ordinamento il menzionato art. 7 d.lg. Si tratta di un automatismo però da limitare a casi in cui non è più possibile una declaratoria di illegittimità costituzionale perché manca la possibilità di un giudizio *a quo* (avendo avuto la norma una vigenza delimitata nel tempo) e vi sia una pronuncia della Corte Edu sulla medesima fattispecie. Si evita così di mettere al repentaglio la tenuta del sistema, aprendo la strada ad un numero imprecisato di impugnazioni davanti alla Corte costituzionale di norme sulle quali si fondano condanne passate in giudicato in contrasto con i principi della Convenzione europea.

Ma quali dirette implicazioni si possono trarre, per il futuro prossimo, dalle due sentenze della Corte del 2013 (nn. 210 e 235) con riferimento alla rilevanza della questione di costituzionalità?

Ebbene se venissero alla luce ipotesi di palese violazione del principio di retroattività della *lex mitior*, nonostante oggi tale principio sia assunto al rango di diritto fondamentale dell'uomo, le sentenze di condanna passate in giudicato non potrebbero essere messe in discussione, stante il difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*⁶⁷.

È vero che ci sarebbero condanne pronunciate sulla scorta di norme in contrasto con un diritto fondamentale dell'uomo: la norma è diventata successivamente – a seguito cioè della sentenza "Scoppola" – antinomica rispetto all'art. 7 Cedu; e dunque

⁶⁷ Cfr. in proposito le considerazioni di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., p. 270 ss.

costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

È pur vero tuttavia che siffatta violazione non potrebbe dare luogo a nessuna "impugnazione". Non è possibile né una modifica nella fase esecutiva, e nemmeno sollevare una questione di costituzionalità ex artt. 7 Cedu e 117, comma 1, Cost. A meno che – come indicato da Corte cost. n. 210 del 2013 – non vi sia una esplicita decisione sul punto della Corte di Strasburgo, che abbia riscontrato la violazione dell'art. 7 § 1 Cedu nell'applicazione della norma penale interna collidente con il principio di retroattività *in mitius*⁶⁸.

6.6.1. La preclusione per il giudice dell'esecuzione di impugnare disposizioni primarie già applicate in fase di cognizione

Quanto osservato nel paragrafo precedente ha trovato conferma in una successiva decisione della Corte costituzionale collegata alla sentenza Scoppola della Corte Edu, nella quale si è approfondito l'aspetto relativo all'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza in relazione ai processi oramai definiti.

Appare dunque opportuno esaminare di seguito le argomentazioni proposte dal Giudice delle leggi nella pronuncia in questione.

Il G.i.p. del Tribunale di Napoli, in funzione di giudice dell'esecuzione, solleva, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (in relazione all'art. 7, paragrafo 1, Cedu), questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-ter, commi 2 e 3, d.lg. n. 82 del 2000 e dell'art. 7, comma 1 (come risultante dalla declaratoria di incostituzionalità del 3 luglio 2013 della Corte costituzionale) e comma 2, d.lg. n. 341 del 2000, nella parte in cui, alla luce dell'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, non escludono «dall'applicazione della disciplina relativa gli imputati cui, nei giudizi di appello, già pendenti alla data di entrata in vigore

⁶⁸ Nel senso invece che è rilevante l'incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una disposizione applicata nel giudizio di cognizione, sembrerebbe orientato A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2944 ss.

dell'indicato art. 4-ter d.lg. 82/2000 (7 aprile 2000)», era stato attribuito «il diritto di definire con il rito abbreviato la relativa posizione e di beneficiare del trattamento “sostanziale” di cui all'art. 30 comma 1 lett. b) della l. 479/1999 e che hanno potuto esercitare tale diritto solo dopo il 24 novembre 2000»⁶⁹.

Il giudice *a quo* era stato investito della richiesta di sostituzione della pena dell'ergastolo, inflitta dalla corte d'assise d'appello con sentenza emessa, all'esito di un giudizio col rito abbreviato, in data 11 marzo 2002 e passata in giudicato il 29 novembre 2002, con quella della reclusione di trenta anni.

Ebbene, secondo il giudice rimettente, il caso oggetto dell'incidente di esecuzione non è uguale a quello sul quale è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013 per consentire l'esecuzione in Italia della sentenza della Grande Camera Corte Edu Scoppola. L'imputato, infatti, in quel caso, aveva chiesto il giudizio abbreviato prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 341 del 2000, che aveva determinato un trattamento sanzionatorio meno favorevole di quello applicabile al momento della richiesta, mentre nel giudizio *a quo* l'imputato ha formulato la richiesta dopo il 24 novembre 2000, quando era già entrato in vigore l'art. 7 del d.lg. in questione con la previsione di un trattamento sanzionatorio “sfavorevole” rispetto a quello stabilito dall'art. 30, comma 1, lett. b, l. n. 479 del 1999.

Il giudice rimettente reputa che, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 30, comma 1 lett. b cit., che aveva reso possibile il giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, e dell'art. 4-ter, commi 2 e 3, del d.lg. n. 82 del 2000, che aveva consentito la relativa richiesta anche in appello, l'imputato in un processo pendente in secondo grado avesse acquisito il diritto al trattamento più mite, pur non avendo richiesto il giudizio abbreviato prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 341 del 2000, perché non era stata ancora fissata la prima udienza.

Secondo il giudice *a quo*, le norme censurate sarebbero pertanto in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, senza una ragionevole

⁶⁹ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2409 ss., con osservazioni di E. APRILE.

giustificazione, riservano agli imputati che si trovano nella situazione dell'istante un trattamento sanzionatorio più sfavorevole di quello riconosciuto a coloro che (condannati in primo grado e il cui giudizio era pendente in appello) avevano avuto l'opportunità di chiedere il rito abbreviato prima del 24 novembre 2000. Sarebbe violato anche l'art. 117, comma 1, Cost., dato che, per il principio della retroattività della legge penale più favorevole, sancito dall'art. 7, paragrafo 1, Cedu (come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Scoppola), l'art. 30, comma 1, lett. *b*, l. n. 479 del 1999 costituisce una disposizione penale posteriore, con una pena meno severa, della quale avrebbero dovuto beneficiare tutti coloro che, nella pendenza del processo in grado d'appello, alla prima udienza utile, avessero chiesto la definizione con il rito alternativo⁷⁰.

Orbene, la Corte costituzionale ha innanzitutto ricordato che dopo la sentenza della Corte Edu sulla vicenda Scoppola, si è posto il problema di quale decisione adottare nei confronti di tutti gli altri condannati all'ergastolo che si trovavano in una situazione analoga, in quanto avevano chiesto il giudizio abbreviato tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000 ed erano stati condannati alla pena perpetua per effetto della sopravvenuta modificazione normativa.

Aggiunge poi la Corte costituzionale che, trovandosi di fronte a un incidente di esecuzione per un caso analogo a quello di Scoppola, le sezioni unite della Corte di cassazione avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 del d.lg. n. 341 del 2000.

Con la decisione di tale questione (sentenza n. 210 del 2013), la Consulta, dopo aver riconosciuto il dovere dello Stato di conformare l'ordinamento ai principi affermati dalla Corte Edu, ha concluso che la sentenza Scoppola obbligasse l'Italia a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni.

Quest'obbligo, secondo la sentenza n. 210 del 2013, non trovava ostacolo nell'avvenuta formazione del giudicato, il cui valore può diventare recessivo in presenza di alcune sopravvenienze relative alla

⁷⁰ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

punibilità e al trattamento punitivo. Un ulteriore aspetto problematico affrontato dalla sentenza n. 210 del 2013 riguarda l'utilizzabilità del procedimento esecutivo per conformarsi alla sentenza della Corte Edu, e la cosa è stata giudicata possibile solo nell'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva⁷¹.

Dopo tali premesse la Corte costituzionale ha osservato che il caso il quale forma oggetto delle questioni di legittimità costituzionale è tuttavia diverso e perciò le questioni sono inammissibili.

Ad avviso della Consulta la citata pronuncia n. 210 del 2013 ha introdotto un'eccezione ben delimitata al principio, costantemente affermato e a tutt'oggi vigente, secondo cui non è consentito al giudice dell'esecuzione impugnare disposizioni primarie che siano già state applicate, in via definitiva, in fase di cognizione⁷². Con ogni evidenza, questo principio preclude, in sede di esecuzione penale, di dubitare della conformità a Costituzione del precetto in base al quale il reo è stato condannato e della pena che è stata conseguentemente irrogata. Simili profili sono infatti estranei all'oggetto del procedimento esecutivo, che è finalizzato all'esecuzione di un provvedimento e non certo alla verifica della legittimità costituzionale delle norme in base alle quali il titolo si è formato e rispetto alle quali l'imputato ha già avuto la facoltà di eccepire l'illegittimità nel processo di cognizione. Deve escludersi quindi che la natura permanente degli effetti prodotti dalla legge, come accade a fronte di una pena in corso di espiazione, permetta di per sé la proposizione di questioni di legittimità costituzionale prive di rilevanza perché le disposizioni impuginate non sono oggetto del procedimento *a quo*⁷³.

La Corte costituzionale rammenta come con la sentenza n. 210 del 2013 essa ha preso atto che la Corte di cassazione a sezioni unite

⁷¹ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

⁷² Cfr. Corte cost. sent. n. 64 del 1965; e in seguito, Corte cost. sentt. n. 100 del 2015 e n. 210 del 2013.

⁷³ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

rimettente aveva ritenuto applicabile l'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953 anche al caso in cui si tratta di determinare, nella fase esecutiva, l'effetto di una pronuncia della Corte Edu, che «sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale» di una norma di diritto penale sostanziale, derivante dalla già accertata illegittimità convenzionale della stessa.

Ebbene in tale ipotesi a mutare non è il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, ma l'oggetto del giudizio esecutivo, che, sulla base di quanto stabilito dalle Sezioni unite, attrae a sé il compito di conferire esecuzione alla pronuncia giudiziale europea, per i casi identici a quello con essa deciso, e di rimuovere la disposizione primaria di diritto interno che lo impedisce, benché il suo contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. richieda una dichiarazione di illegittimità costituzionale⁷⁴.

Nel giudizio di esecuzione la questione di legittimità costituzionale è perciò consentita solo con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., posto che, al di fuori della verifica di compatibilità della legge con la Cedu, attivata dalla sentenza europea, la norma concernente la pena non deve essere più applicata nel processo esecutivo, con conseguente difetto di rilevanza di ulteriori questioni. E pertanto l'ammissibilità nel procedimento esecutivo di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma in base alla quale è stata determinata la pena richiede l'assoluta identità tra il caso deciso dalla Corte Edu, alla cui sentenza il giudice ritiene di doversi adeguare, e il caso oggetto del procedimento *a quo*, giacché ogni diversa ipotesi verrebbe ad esorbitare dai limiti propri del giudizio esecutivo. Viceversa, la premessa da cui è partito il rimettente, e che consegna la questione all'inammissibilità per difetto di rilevanza, è esattamente l'opposta, poiché egli postula che la fattispecie decisa con la sentenza Scoppola sia diversa da quella con cui è tenuto a confrontarsi nel giudizio *a quo*⁷⁵.

La Corte costituzionale ha poi precisato che la diversità del caso in oggetto, rispetto a quello deciso dalla sentenza Scoppola, consente altresì di escludere il denunciato contrasto con l'art. 117, comma 1,

⁷⁴ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

⁷⁵ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

Cost., rendendo inammissibili in radice le questioni di costituzionalità sollevate dal G.i.p. Tribunale di Napoli.

Secondo il Giudice delle leggi la fattispecie oggetto del procedimento principale, infatti, non concerne l'esecuzione della sentenza Scoppola, perché l'imputato ha richiesto il giudizio abbreviato non quando era vigente l'art. 442, comma 2, c.p.p. (nel testo introdotto dall'art. 30, comma 1, lett. b, l. n. 479 del 1999), ma quando era già entrata in vigore la norma meno favorevole introdotta dall'art. 7, comma 2, d.lg. n. 341 del 2000⁷⁶.

La Corte Edu Scoppola, invece, laddove ha ritenuto applicabile la *lex mitior* costituita dall'art. 30 l. n. 479 del 1999, ha ricollegato il trattamento sanzionatorio più favorevole ivi previsto alla richiesta di giudizio abbreviato effettuata nella vigenza di questa e al successivo provvedimento del giudice che in tale richiesta aveva il presupposto.

Se dunque nella sentenza Scoppola il diritto di vedersi applicare la "legge più favorevole" è inscindibilmente connesso alla richiesta di giudizio abbreviato compiuta dall'imputato quando era vigente tale legge, la diversità, sul punto, della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* rende chiaro che la disciplina normativa contestata dal rimettente non pone alcun dubbio di compatibilità con la Cedu, perché non concerne un caso come quello che aveva formato oggetto della pronuncia Scoppola della Corte di Strasburgo.

Inoltre, secondo la Corte, la questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento all'art. 3 Cost. è ugualmente inammissibile, perché non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte Edu, cioè al solo caso che può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione⁷⁷.

6.7. La sentenza delle Sezioni unite "Ercolano"

Alla luce della menzionata sentenza della Consulta n. 210 del 2013, la Cassazione a sezioni unite "Ercolano" ha dunque dato risposta positiva al quesito se il giudice della esecuzione, in

⁷⁶ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

⁷⁷ Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, cit.

attuazione dei principi dettati dalla Corte europea con sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione della legge più favorevole nei casi in cui la questione controversa sia identica a quella decisa dalla Corte di Strasburgo.

Per le Sezioni unite "Ercolano" è necessario correggere il giudicato di condanna rivelatosi *ex post* intrinsecamente illegale nella parte riguardante l'esecuzione della pena irrogata convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. Invero, l'esecuzione della pena che comporta la restrizione della libertà personale deve essere legittimata – durante l'intero arco della sua durata – da una legge conforme alla Costituzione e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma 3, Cost. Nel bilanciamento il diritto fondamentale della libertà personale prevale qui sul valore costituzionale della intangibilità del giudicato. Il giudicato di condanna non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona.

Lo strumento processuale per incidere sul titolo esecutivo e per correggere la pena inflitta con quella conforme alla Cedu e già determinata nella specie e nella misura è quello dell'incidente di esecuzione *ex artt.* 665, 666 e 670 c.p.p., sulla scorta della disciplina stabilita dall'art. 30 l. n. 87 del 1953 (commi 3 e 4). Qualsiasi doglianza concernente il titolo esecutivo va infatti proposta dinanzi al giudice dell'esecuzione, la cui competenza ha natura funzionale e investe anche tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo esecutivo, ma pure quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo⁷⁸.

Per contro, la Corte ha escluso che la questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata, giacché investita da una sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 117 Cost. e 7 Cedu possa essere risolta facendo leva su quanto disposto dall'art. 673 c.p.p.

⁷⁸ In proposito, cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2016, p. 201 ss.

In conclusione per le Sezioni unite “Ercolano”, il meccanismo di aggressione del giudicato, nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione, è attivabile con incidente di esecuzione in quanto sussistano i seguenti presupposti. (a) La questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte Europea. (b) La decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve aver riscontrato un vizio strutturale della disciplina interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività della *lex mitior*. (c) La possibilità di interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria di incostituzionalità della medesima normativa (come avvenuto, appunto, nel caso “Ercolano”). (d) L’accoglimento della questione dedotta deve essere l’effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo⁷⁹.

Dunque, ad avviso delle Sezioni unite, il giudice dell’esecuzione, ricorrendo tali presupposti, non deve tanto procedere alla revoca parziale della sentenza di condanna definitiva, ma deve ritenere – avvalendosi degli ampi poteri a lui conferiti dagli artt. 665 e 670 c.p.p. – non eseguibile la pena inflitta e sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima. La riscontrata esecuzione in atto di una pena rivelatasi illegale, che va incidere negativamente sul diritto fondamentale della libertà personale, impone così l’intervento del giudice dell’esecuzione finalizzato a ricondurre in una dimensione di legalità il regime sanzionatorio.

6.8. Le Sezioni unite “Gatto” e il definitivo superamento dell’intangibilità del giudicato

Una notevole importanza nel dibattito circa il generale tema dell’intangibilità del giudicato penale e sui poteri del giudice

⁷⁹ In proposito, cfr. Cass., sez. VI, 23 settembre 2014, n. 46067, secondo cui il meccanismo della c.d. sentenza pilota rileva anche nei procedimenti diversi da quello nell’ambito del quale è intervenuta la pronuncia della Corte Edu. La sentenza pilota vale però soltanto per le situazioni sostanziali e non processuali, e deve perciò riguardare situazioni identiche di diritto sostanziale; inoltre, essa opera solo nel medesimo ordinamento rispetto al quale è stata pronunciata. Cfr. però sul tema delle sentenze pilota V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei dritti fondamentali in Europa*, cit., p. 51.

dell'esecuzione di modificare la pena in senso favorevole al condannato riveste la pronuncia delle Sezioni unite "Gatto" del 2014⁸⁰.

In questa decisione la Corte ha esaminato nel dettaglio la seguente questione: se successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione della pena che non sia stata interamente espiata in sede di esecuzione.

Si tratta nel caso di specie della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo il comma 4 dell'art. 69 c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata ex art. 99, comma 4, c.p.⁸¹.

Al quesito le Sezioni unite "Gatto" hanno fornito una risposta positiva, nel senso cioè di ammettere la modificabilità del giudicato penale in favore del condannato in via definitiva. Esse reputano anzitutto i principi di diritto affermati nella sentenza della Corte cost. n. 210 del 2013 e nella conseguente pronuncia delle Sezioni unite "Ercolano" – con riferimento alla sentenza della Corte Edu sul caso "Scoppola" – avere una valenza generale, sicché devono essere estesi alle ipotesi in cui a seguito di una declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale non incriminatrice sia ancora in atto l'esecuzione di una pena illegittima.

Per le Sezioni unite "Gatto" sarebbe del tutto irrazionale imporre la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione – come nella sentenza Ercolano – e ritenere imm modificabile la porzione di pena inflitta sulla scorta di norme cancellate dall'ordinamento perché costituzionalmente invalide⁸².

⁸⁰ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, p. 41 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 975 ss., con nota di D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*.

⁸¹ Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1745, con nota di D. NOTARO.

⁸² Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

Ora, si rinvergono due argomenti di fondo posti alla base delle decisioni delle Sezioni unite "Gatto".

Il primo argomento è costituito dalla presa d'atto e la valorizzazione della "incommensurabile differenza" tra i due fenomeni giuridici della abrogazione di norma incriminatrice ad opera del legislatore e la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della stessa norma da parte del Giudice delle leggi.

Il secondo argomento consiste nella critica serrata alla concezione "assolutistica" del giudicato come norma del caso concreto, impermeabile alle evenienze giuridiche successive alla irrevocabilità della sentenza di condanna e pertanto intangibile⁸³.

Per quanto concerne i rapporti tra abrogazione e illegittimità costituzionale delle leggi, le Sezioni unite "Gatto" evidenziano che gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sono paragonabili a quelli dello *ius superveniens*, giacché l'illegittimità costituzionale inficia sin dall'origine la norma di legge. E su tale presupposto, si afferma nettamente che «devono ritenersi erronee e del tutto superate le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza di legittimità negli anni '70-'80 del secolo scorso che non operava alcuna distinzione tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale e che, perciò, non coglieva la necessità di differenziarne gli effetti»⁸⁴.

Ebbene sia il succedersi di leggi nella disciplina della stessa materia sia l'abrogazione di una norma sono fenomeni fisiologici dell'ordinamento giuridico; per contro la dichiarazione di illegittimità costituzionale si sostanzia in un evento di patologia normativa: la norma costituzionalmente illegittima viene espunta dall'ordinamento, perché affetta da invalidità dovuta a violazione della Costituzione⁸⁵.

⁸³ Sul "senso del giudicato", cfr. le interessanti pagine di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, p. 101 ss.

⁸⁴ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

⁸⁵ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, p. 381 ss.; G. ZAGREBELSKI - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 193 ss., p. 251 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 306 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 30; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Giuffrè, 1997, p. 561 ss.

E pertanto non può assimilarsi la disciplina della successione di leggi soltanto modificativa *in mitius* (ex art. 2, comma 4, c.p.) che trova il limite del giudicato a quella della incostituzionalità

Riguardo al dogma del giudicato come valore “assoluto”, si sottolinea la lenta ma costante erosione di quello che le Sezioni unite “Gatto” definiscono il “mito dell’intangibilità del giudicato”, cambiamento avvenuto col diffondersi dei valori costituzionali che hanno posto in primo piano il bisogno di tutelare in modo adeguato i diritti della persona. Pertanto, la concezione tradizionale del giudicato, imperniata sull’intangibilità della *res iudicata* quale espressione della visione autoritaria dello Stato, deve essere superata attraverso la valorizzazione dei diritti fondamentali⁸⁶. Tale necessità di sganciarsi dalla anacronistica concezione del giudicato, privilegiandosi così esigenze di “giustizia” rispetto a quelle formali dell’immodificabilità del giudicato, viene fondata sulla previsione costituzionale dell’art. 24, comma 4, Cost. (riparazione degli errori giudiziari)⁸⁷.

Ad avviso delle Sezioni unite “Gatto”, il giudicato trova oggi la sua ragione d’essere nella garanzia dei diritti fondamentali dell’uomo, nell’esigenza di porre un limite all’intervento dello Stato nella sfera individuale. E ciò si risolve in ambito penale soprattutto nel divieto di *bis in idem*, che riveste nell’attuale sistema processuale penale la natura di principio generale. Esso impedisce la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto, imponendo al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, se, nonostante tale divieto, viene di nuovo iniziato un procedimento penale⁸⁸.

⁸⁶ Allineata a tale prospettiva di superamento dell’intangibilità del giudicato, cfr. Cass., sez. un., 27 novembre 2014, Basile, secondo cui l’applicazione di una pena accessoria illegale da parte del giudice della cognizione deve essere rilevata anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna dal giudice dell’esecuzione.

⁸⁷ In tal senso, cfr. E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 8 ss. In proposito, cfr. anche gli approfondimenti di V. PAZIENZA, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all’abrogazione della norma incriminatrice*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁸⁸ In dottrina, ampio sviluppo del tema in E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 20 ss.

Il risalto al valore di garanzia per la persona del giudicato penale si desume anche dal vigente sistema processuale. Il codice del 1988 ha infatti previsto una serie di disposizioni non solo volte a rimediare alle patologie intervenute nel processo conclusosi con sentenza irrevocabile (ricorso straordinario e rescissione, art. 625 *bis* e art. 625 *ter* c.p.p.; revisione, artt. 629 e ss. c.p.p.), ma che attribuiscono altresì al giudice dell'esecuzione poteri per incidere in modo risolutivo o modificativo sul giudicato di condanna (ad es., artt. 669 e ss. c.p.p.). Da ciò deriva l'insostenibilità della previgente visione della fase esecutiva come secondaria e accessoria; mentre essa, tramite le nuove competenze del giudice dell'esecuzione e alla giurisdizionalizzazione del procedimento, ha acquisito una dimensione centrale e complementare a quella della fase di cognizione⁸⁹.

Le Sezioni unite "Gatto" prendono, inoltre, in considerazione il processo di erosione dell'intangibilità del giudicato determinatosi a seguito della necessità di dare esecuzione all'obbligo di ripristinare i diritti del condannato lesi da accertate violazioni di principi della Cedu. Vengono condivise le argomentazioni della sent. n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, la quale affrontando il bilanciamento tra il valore del giudicato di condanna e l'esecuzione di una sanzione penale imperniata sull'applicazione di una norma successivamente al giudicato rivelatasi convenzionalmente e costituzionalmente illegittima, ha statuito il potere dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato di condanna, sostituendo nel caso di specie la pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione⁹⁰.

Ebbene la privazione della libertà personale del condannato deve essere fondata, per tutto il tempo della sua durata, su una norma conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, Cost.; art. 25, comma 2, Cost.) e ai diritti fondamentali previsti dalla Convenzione europea

⁸⁹ Per tale prospettiva, in dottrina, cfr. A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 43 ss.; A.A. SAMMARCO, in AA.VV., *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. Kalb, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VI, Utet, 2009, p. 163 ss. V. inoltre G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 2 ss., secondo cui il processo evolutivo della fase esecutiva è strettamente connesso all'adozione di una prospettiva orientata alla tutela dei diritti fondamentali della persona e alla riflessione sul tema della "cedevolezza del giudicato".

⁹⁰ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

(art. 117, comma 1, Cost.) e deve assolvere alla funzione rieducativa imposta dall'art. 27 comma 3 Cost. Il rapporto esecutivo che nasce dal giudicato di condanna non può essere considerato esaurito finché l'esecuzione della pena è ancora in atto. E dunque se durante l'esecuzione della pena viene dichiarata incostituzionale una norma che ha inciso sul trattamento sanzionatorio inflitto al condannato in via definitiva, deve ritenersi che gli effetti della norma incostituzionale perdurano e quindi devono essere rimossi dal giudice dell'esecuzione⁹¹.

Quanto allo strumento per intervenire in caso di declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma penale che attiene soltanto al trattamento sanzionatorio, si ribadisce nella sentenza "Gatto" l'inapplicabilità della disciplina della revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. Si individua invece nell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 lo strumento per risolvere i problemi posti dalle dichiarazioni di incostituzionalità che attengono al trattamento sanzionatorio, che copre uno spettro più ampio rispetto allo specifico potere concesso dall'art. 673 c.p.p. Infatti, a differenza del meccanismo di revoca dell'art. 673 c.p.p. che incide direttamente sul giudicato di condanna, l'art. 30 l. n. 87 del 1953 «esaurisce la sua valenza demolitoria sull'esecuzione della sentenza, invalidandone parzialmente il titolo esecutivo, senza alcuna efficacia risolutiva della decisione divenuta irrevocabile»⁹².

E pertanto, al fine di riportare a legalità l'esecuzione della pena, per le Sezioni unite l'art. 30 comma 4 cit. deve essere interpretato nel senso di consentire l'eliminazione di qualsiasi effetto pregiudizievole derivante da una sentenza di condanna che abbia tenuto in considerazione, per l'inflizione della pena, di una norma non

⁹¹ Sulla tutela dei diritti fondamentali e la relativizzazione della distinzione fra cognizione ed esecuzione, cfr. ancora G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 3 ss.

⁹² Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit. In senso dubitativo sull'applicabilità dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 nell'ipotesi di incostituzionalità di norme che si limitano a quantificare la pena, cfr. F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena*, cit., p. 286 ss. Nel senso invece che l'art. 30, comma 4, cit. permette un intervento sul giudicato quando una norma sanzionatoria sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima, cfr. B. LAVARINI, *Incossituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti*, cit., p. 1905 ss. Sul punto, cfr. inoltre D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato*, cit., p. 1010 ss.

incriminatrice dichiarata incostituzionale. Se viene caducata la norma applicata per la determinazione della sanzione inflitta o di una parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della porzione della pena che ha trovato fondamento nella norma oggetto della dichiarazione di incostituzionalità⁹³.

Siffatta interpretazione dell'art. 30 l. n. 87 del 1953 s'iscrive nella generale tendenza verso la flessibilità del giudicato e del superamento del "mito" della sua intangibilità, collegata alla diversa valutazione dei valori costituzionali e della presa di coscienza della netta distinzione tra abrogazione e invalidazione di norme penali per violazione della Costituzione: il diritto fondamentale alla libertà personale, in quest'ultima ipotesi, deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato.

In definitiva, per le Sezioni unite allorché oggetto della declaratoria di incostituzionalità è una circostanza aggravante oppure una norma che in tema di comparazione di circostanze eterogenee inibisce al giudice di ritenere prevalente una circostanza attenuante sulla recidiva reiterata (art. 99 comma 4 c.p.), il giudice dell'esecuzione deve rimuovere gli effetti ancora perduranti della norma incidente sulla determinazione del trattamento sanzionatorio, norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la pronuncia della sentenza irrevocabile. Nel caso di specie il giudice dell'esecuzione deve compiere il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee che era stato illegittimamente precluso al giudice della cognizione dal divieto legislativo ritenuto invalido costituzionalmente⁹⁴.

Un'altra ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione può essere chiamato ad intervenire per rimodulare la sanzione inflitta in via definitiva è quella in cui la Corte costituzionale dichiara con una

⁹³ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit. Nel senso invece dell'utilizzo della disciplina contenuta nell'art. 673 c.p.p. 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, al fine di permettere in fase esecutiva la rideterminazione della pena inflitta sulla scorta della norma (concernente il trattamento sanzionatorio del reo) dichiarata costituzionalmente illegittima, cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 195 ss.

⁹⁴ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

pronuncia additiva, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, l'illegittimità costituzionale della incriminazione, su cui è fondata la condanna, nella parte in cui non prevede una circostanza attenuante speciale. E ciò è stato espressamente riconosciuto dalla suprema Corte. Si è osservato infatti che non può assegnarsi una diversa valenza alla declaratoria d'incostituzionalità di una circostanza aggravante (oggetto del rapporto esecutivo in corso), rispetto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma nella parte in cui esclude l'astratta configurabilità di una circostanza attenuante. Altrimenti, si tralascerebbe la decisiva constatazione che vi è identità di *ratio* sottostante alle due situazioni: entrambe idonee a influire sulla legalità della pena ancora in corso di espiazione⁹⁵.

Il caso è rappresentato dalla declaratoria di illegittimità costituzionale del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), nella parte in cui non prevede una circostanza attenuante speciale per i "fatti di lieve entità", analoga a quella applicabile, in forza dell'art. 311 c.p., ai delitti contro la personalità dello Stato. A seguito della sentenza additiva della Corte costituzionale, infatti, bisogna attualmente ritenere che nel codice penale all'art. 630 c.p. sia aggiunta la seguente circostanza attenuante: "la pena comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità"⁹⁶.

Per la Corte di cassazione la mancata attribuzione di rilevanza alla circostanza attenuate del fatto di lieve entità in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p. con efficacia *ex tunc*, determinerebbe risultati manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio; e non sarebbe neanche rispettosa del principio di proporzionalità della pena (art. 27, comma 3, Cost.), precludendo al giudice di svolgere a pieno la sua attività di commisurazione della pena che diviene adeguata alla vicenda da decidere anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze⁹⁷. E dunque nel caso di specie il

⁹⁵ Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 5973, Ciriello, in *C.E.D. Cass.*, n. 262270.

⁹⁶ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2348 ss., con nota di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*.

⁹⁷ Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 5973, Ciriello, cit.

giudice dell'esecuzione è chiamato ad intervenire per rimediare alla precedente limitazione normativa, imposta dalla disposizione poi ritenuta incostituzionale, che inibiva al giudice della cognizione di ritenere sussistente il fatto di lieve entità. Il giudice dell'esecuzione ha, infatti, non solo il potere di verificare la validità e l'efficacia del titolo esecutivo, ma può incidere anche sul suo contenuto quando esigenze di giustizia, emerse dopo l'irrevocabilità della condanna, lo richiedano. I poteri di accertamento e valutazione che il legislatore ha assegnato al giudice dell'esecuzione si fondano, oltre che sul dato legislativo (artt. 666 comma 5, 669, 671, 672, 673, 675 c.p.p.), altresì sulla complessiva razionalità del sistema processuale⁹⁸.

Ancora un caso di eventuale rideterminazione della pena in sede esecutiva, è costituito dalla declaratoria di incostituzionalità della cornice edittale prevista per l'ipotesi criminosa di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (il delitto di alterazione di stato), a causa della sua manifesta irragionevolezza per sproporzione⁹⁹. La pronuncia costituzionale ha inciso sulla pena edittale (da cinque a quindici anni di reclusione), sostituendola con quella più mite comminata per la fattispecie criminosa di cui al comma primo dell'art. 567 c.p. (da tre a dieci anni di reclusione)¹⁰⁰.

Tornando alle Sezioni unite "Gatto", esse sottolineano poi l'accresciuta dimensione della giurisdizione esecutiva, con la maggiore ampiezza di poteri assegnati al giudice dell'esecuzione¹⁰¹. Quest'ultimo, dunque, non è tenuto solo alla verifica dell'efficacia del titolo esecutivo, ma è anche abilitato ad incidere sul contenuto di esso allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, dopo la condanna irrevocabile, lo esigano.

Il sistema processuale attribuisce al giudice dell'esecuzione poteri valutativi che gli permettono, nel caso di specie, il giudizio di comparazione tra le circostanze e dunque di rimediare al limite imposto dalla norma dichiarata incostituzionale che precludeva al

⁹⁸ Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 5973, Ciriello, cit.

⁹⁹ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Diritto penale contemporaneo*, con commento di F. VIGANÒ.

¹⁰⁰ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, cit.

¹⁰¹ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 261 ss.

giudice della cognizione di procedere al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante sulla recidiva reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p.¹⁰².

Nell'esercizio di tali poteri valutativi, il giudice dell'esecuzione potrà pervenire al giudizio di prevalenza della circostanza attenuante se lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, non potendo le valutazioni del giudice dell'esecuzione contraddire quelle del giudice della cognizione che risultano dal testo della sentenza irrevocabile. Queste valutazioni potranno essere assunte, se necessario, tramite l'esame degli atti processuali, ai sensi dell'art. 666 comma 5 c.p.p., che attribuisce la facoltà al giudice di acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio¹⁰³.

Sulla scorta delle statuizioni contenute nella pronuncia "Gatto", le sezioni semplici della Cassazione hanno chiarito che, una volta operata in senso positivo la verifica sull'esecuzione effettivamente in atto di pena o porzione di pena derivante da norma incostituzionale, si deve procedere a rideterminare il trattamento sanzionatorio e che questa ridefinizione deve prendere in considerazione la compiuta ricostruzione del fatto e le norme sanzionatorie applicabili al momento della decisione, tra le quali rientrano le norme incriminatrici "rivissute" a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 32 del 2014. Inoltre, per la rideterminazione del trattamento sanzionatorio "illegale" inflitto per i reati concernenti le droghe leggere, il mutamento di cornice edittale derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità rende necessaria una rivalutazione

¹⁰² Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit. In proposito, cfr. inoltre G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 6 ss.; D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato*, cit., p. 1018 ss.

¹⁰³ Le Sezioni unite Gatto chiariscono, in particolare, che il giudice dell'esecuzione, qualora ritenga prevalente sulla recidiva reiterata la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 ai fini della rideterminazione della pena, dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza Corte cost. n. 32 del 2014, senza prendere in considerazione invece le successive modifiche legislative. Invero, essendo queste ultime solo modifiche favorevoli di disciplina, non può valere la successiva *lex mitior* per lo sbarramento posto dal comma 4 dell'art. 2 c.p. all'applicazione della legge più favorevole in presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato (Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.).

piena del fatto accertato da parte del giudice dell'esecuzione secondo i parametri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.¹⁰⁴.

6.9. La nuova lettura dell'art. 30 l. n. 87 del 1953 è frutto di "creazione" e non già di "interpretazione" giurisprudenziale

Le Sezioni unite "Gatto", dunque, sulla scorta sia della valorizzazione della distinzione tra abrogazione e invalidità costituzionale delle norme, sia della generale tendenza verso la flessibilità del giudicato alla luce dei valori costituzionali dell'ordinamento repubblicano forniscono una nuova lettura dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953. Né – aggiunge la Corte – a tale innovativa interpretazione della disposizione, la quale consente l'eliminazione di qualsiasi effetto pregiudizievole derivante da condanna pronunciata sulla base di una norma non incriminatrice che abbia avuto incidenza del trattamento sanzionatorio, osta la lettera della legge che non esclude dall'ambito applicativo dell'art. 30, comma 4, tale ipotesi¹⁰⁵.

Il canone interpretativo usato qui dalle Sezioni unite, tuttavia, non appare corretto: si argomenta, ossia, in modo fallace. A ben vedere, ad avviso della Corte, posto che la formulazione della disposizione sul piano dell'enunciato non lo esclude esplicitamente ("non sussistendo alcun limite letterale") non prendendo affatto in considerazione il caso, allora l'interprete può far ricadere nel campo applicativo della norma espressa dall'art. 30 cit. anche questa ipotesi, attraverso una interpretazione adeguatrice ai nuovi valori costituzionali.

Sennonché lo schema di discorso usato dalle Sezioni unite, anzitutto si discosta dal classico argomento interpretativo che raccomanda di attenersi alla lettera della legge nella accezione più ristretta, escludendo ogni estensione dei termini (*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, in *C.E.D. Cass.*, n. 261581.

¹⁰⁵ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit.

¹⁰⁶ G. TARELLO, voce *Argomenti interpretativi*, in *Dig. d. priv.*, vol. I, Utet, 1987, p. 420 ss.

Inoltre integra quel particolare tipo di fallacia chiamata *ignoratio elenchi* (conclusione irrilevante), che consiste nel presentare un argomento di per sé valido, ma fuori tema: a sostegno cioè di qualcosa di diverso da ciò che originariamente si cercava di dimostrare. La conclusione del ragionamento è irrilevante rispetto alla tesi da giustificare¹⁰⁷. Che il caso non sia escluso in modo palese dal testo della disposizione dell'art. 30 cit., non implica assolutamente che vi possa essere ricompreso: vi è un salto logico in questo schema argomentativo.

Ora, le Sezioni unite affermano di operare sulla disposizione dell'art. 30 cit. un'interpretazione conforme a Costituzione, per allinearla all'attuale assetto e gerarchia dei valori espressi dalla nostra Legge fondamentale. E ciò sicuramente nel rispetto del consolidato orientamento della giurisprudenza della Consulta, secondo cui una questione di legittimità costituzionale incidentale non è ammissibile allorché il giudice *a quo* non abbia preventivamente tentato di compiere una interpretazione adeguatrice della disposizione indiziata di illegittimità costituzionale¹⁰⁸. Sul giudice incombe infatti un vero e proprio dovere di interpretazione conforme a Costituzione, al fine di potenziare il processo di attuazione della Costituzione in via giurisdizionale¹⁰⁹.

Ebbene, l'interpretazione adeguatrice ai principi costituzionali è pur sempre un'attività di natura interpretativa, che si risolve – come ogni altro caso di interpretazione giuridica – in una attribuzione di significato a un testo scritto appartenente ad una fonte del diritto¹¹⁰. Si tratta dunque di una operazione intellettuale che muovendo necessariamente dalle formule linguistiche contenute in documenti normativi, perviene alla determinazione del loro contenuto normativo¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. I. COPI - C. COHEN, *Introduzione alla logica*, il Mulino, 1997, p. 146 ss.; G. BONIOLO - P. VIDALI, *Strumenti per ragionare*, Bruno Mondadori, 2011, p. 163 ss.

¹⁰⁸ Per la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, l'omessa motivazione sulla possibilità di giungere ad una interpretazione della norma impugnata conforme a Costituzione rende inammissibile la questione di legittimità costituzionale, cfr. tra le tante degli ultimi anni Corte cost., 9 luglio 2009, n. 208, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2398 ss., con note di F. MODUGNO e di G.U. RESCIGNO; e da ultimo Corte cost., 19 marzo 2012, n. 58.

¹⁰⁹ G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006, p. 209 ss.

¹¹⁰ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 63; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996, p. 100 ss.

¹¹¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, 2006, p. 68 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, 1990, p. 109 ss.

Nel caso dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, siamo invece in presenza di un'attività riconducibile a una interpretazione di tipo creativo: si costruisce, a partire da una norma espressamente ricavabile da un enunciato legislativo, una norma che nessuna autorità legislativa ha mai formulato¹¹².

Il significato individuato dalle Sezioni unite "Gatto" non rientra nel novero dei significati possibili della disposizione, tenendo conto delle regole linguistiche e delle diverse tecniche interpretative presenti in dottrina. Viene in considerazione la creazione di un significato nuovo: attività assimilabile più alla legislazione (creazione di norme, appunto) che alla interpretazione propriamente intesa¹¹³.

Nell'interpretazione adeguatrice della legge, il giudice sceglie tra più possibili interpretazioni di una disposizione, anche tra loro confliggenti, quella conforme alla Costituzione. Beninteso, la scelta deve avvenire all'interno dei possibili significati che possono essere assegnati a un testo normativo, rispettando i metodi e le tecniche interpretative in uso nella comunità scientifica¹¹⁴.

L'interpretazione giuridica si deve svolgere secondo regole (i c.d. canoni interpretativi: letterali, sistematici, funzionali) e rimanere dunque nell'ambito degli eventuali significati compatibili con la lettera della legge, per garantire elementari esigenze di giustizia formale, le quali impongono di trattare i casi simili in modo simile ed evitare una giustizia del caso singolo¹¹⁵. Il significato assegnato alla

¹¹² R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p. 32 ss.

¹¹³ Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 81. In relazione alla esatta collocazione della interpretazione adeguatrice, tengono separati il problema dell'interpretazione da quello della creazione del diritto, in un approccio ermeneutico alle fonti del diritto che però non confina l'interpretazione in una attività meramente riproduttiva di significati precostituiti, F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, 2009, p. 325 ss. In proposito, v. poi le interessanti considerazioni di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 284 ss.

¹¹⁴ Sul fenomeno dell'interpretazione conforme a Costituzione e la "manipolazione" dei testi legislativi, cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 124 ss. Cfr. inoltre K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Giuffrè, 1970, p. 127 ss., sul necessario rispetto della lettera della legge anche nella interpretazione conforme a Costituzione.

¹¹⁵ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 112. Più in generale sulla interpretazione letterale, cfr. AA.VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di Velluzzi, Giappichelli, 2000. Sul primato del testo nell'interpretazione penalistica, cfr. le approfondite considerazioni di F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione*

disposizione dell'art. 30 comma 4 dalle Sezioni unite "Gatto", non rientra in nessuno dei significati astrattamente identificabile in sede interpretativa. Si tratta, dunque, di una interpretazione creativa: si ascrive al testo legislativo un significato "nuovo" o ulteriore rispetto ai significati attribuibili secondo le regole linguistico-semantiche del contesto sociale, culturale o organizzativo in cui l'interprete opera; un vero e proprio atto nomopoietico, di creazione normativa¹¹⁶.

L'interpretazione giurisprudenziale ha, infatti, dei limiti: i giudici non possono/debbono attribuire ai testi giuridici qualsivoglia significato sembri loro opportuno; per restare nell'ambito dell'interpretazione (e non trasferirsi in quello della creazione di norme nuove) occorre che l'attività svolta dal giudice di ascrizione di significati alle disposizioni giuridiche ricada entro la cornice dei significati ammissibili. Ogni attribuzione di significato che esuli dalla cornice dei significati ammissibili costituisce pertanto non una "interpretazione", bensì una "formulazione di una norma nuova"¹¹⁷.

L'interpretazione adeguatrice non può allora consistere in una pratica in cui i giudici (e più in generale gli interpreti) attribuiscono un significato a un testo normativo – sia pure per renderlo conforme alla Costituzione – che non rispetti il senso comune delle singole parole contenute nell'enunciato legislativo, oppure che ancori l'operazione interpretativa alla mera somma dei significati dei singoli

penalistica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 528 ss. Ma ciò non vuol dire – come notato – che il diritto penale sia riconducibile a un prodotto di mera legislazione, nel senso che la legge, in realtà, ha sempre necessità di essere interpretata. Il giudice è tenuto indispensabilmente a interpretare la legge, proprio per rendere più precisa e determinata la formulazione legale della regola. L'applicazione della legge la trasforma così in diritto (cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, p. 80 ss.).

¹¹⁶ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, p. 36 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 32. Secondo G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 136, se è innegabile che il procedimento ermeneutico è aperto alle scelte valutative del giudice, è pur vero d'altronde che «occorre circoscriverne lo spazio entro i limiti corrispondenti al significato letterale, sia pure teso all'estremo, del testo di legge».

¹¹⁷ In tal senso, espressamente, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 61. Sui rapporti tra diritto penale giurisprudenziale e principio di legalità penale, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 2014, p. 67 ss.

vocaboli contenuti nell'enunciato¹¹⁸. L'interpretazione giuridica non muove dai singoli vocaboli per sommare poi i loro significati, ma dall'enunciato legislativo nel suo insieme, e dalle connessioni in cui esso si trova. Il significato della disposizione si ricava dall'interpretazione del complessivo enunciato, perché i significati dei suoi singoli componenti (cioè: i vocaboli) derivano in larga misura dal significato complessivo dell'enunciato legislativo¹¹⁹.

Ebbene, quando l'attribuzione di un significato al testo, che rispetti il senso letterale della legge, produca una norma non oscura o non assurda, la disposizione dell'art. 12 preleggi preclude una interpretazione diversa da quella letterale fondata sull'uso consolidato del linguaggio dei giuristi: non è ammissibile dunque né una interpretazione correttiva, né una interpretazione di natura integrativa. Altrimenti, consentendo l'interpretazione correttiva e/o integrativa si degraderebbe il principio del testo chiaro (art. 12 preleggi, "*in claris non fit interpretatio*") a mero luogo dell'argomentazione giuridica, vanificabile dal confronto con gli altri canoni interpretativi¹²⁰. È vietato, in definitiva, un procedimento

¹¹⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 107; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999, p. 472 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. n. 110 del 2012, secondo cui la lettera della disposizione impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre.

¹¹⁹ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, 2012, p. 115 ss.; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, Giappichelli, 2011, p. 178 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1990, p. 106 ss., p. 117 ss., secondo cui il significato di un enunciato riposa sull'ordine delle parole e sul modo in cui le parole sono connesse. Si segnala tuttavia che gli studi più recenti di ermeneutica giuridica tendono sempre di più a valorizzare il contesto applicativo rispetto al testo legislativo (cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, E.S.I., 2006, p. 49 ss.). Sul c.d. "chiasma ontologico", ossia l'insanabile frattura tra semantica nominale (il significato della parola intesa come nome o unità elementare di riferimento extra-linguistico) e semantica proposizionale (il significato della proposizione intesa come totalità semplice, non-analizzabile o non-definibile), si rinvia alle illuminanti pagine di E. MELANDRI, *La linea e il circolo*, *Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, 2004, p. 156 ss., p. 349 ss.).

¹²⁰ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 33 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 339 ss., e p. 482 ss.; e più in generale cfr. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, vol. I, diretto da P. Rescigno, Utet, 1999, p. 423 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle*

ermeneutico che individui un “significato” del testo al di fuori del novero dei significati ricavabili per mezzo dell’interpretazione letterale alla luce dei comuni canoni metodologici dell’ermeneutica contemporanea¹²¹.

Occorre allora scongiurare in maniera decisa l’affermazione di un modello di “giurisdizione senza legislazione”, il quale mediante l’impiego di una tecnica argomentativa che miri a “relativizzare il testo della legge” giunga a soluzioni che talora possono apparire “giuste”, ma che non sono di certo “giustificate” sotto il profilo delle regole e dei principi legislativi vigenti nel nostro ordinamento¹²². Invero, il principio democratico sottrae quanto più possibile la produzione delle norme giuridiche al potere giudiziario quale organo privo di diretta legittimazione democratica¹²³.

In caso contrario, bisogna ritenere che il giudice abbia travalicato i limiti del testo legislativo creando una norma nuova, non riconducibile cioè ad alcuna disposizione preesistente; in violazione

norme, cit., p. 201 ss.; P. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, vol. X, Utet, 1993, p. 36 ss., il quale mette in evidenza come il primato del criterio letterale nell’interpretazione è affermato non solo dalle Corti italiane, ma anche dai giudici nel sistema francese e in quello anglosassone. In senso difforme, v. però A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, art. 1-9, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Branca, Zanichelli, 2011, p. 262 ss., secondo il quale va respinta l’impostazione per cui l’attività interpretativa sarebbe esclusa nei casi in cui il significato della disposizione applicabile è “chiaro”, secondo il brocardo *in claris non fit interpretatio*. Nella dottrina penalistica nel senso della priorità del criterio dell’interpretazione letterale, sembra orientato D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 664 ss., secondo cui i testi normativi vincolano l’interprete nella ricerca di una corretta comprensione del loro significato.

¹²¹ In proposito, si veda la difesa del senso letterale nell’interpretazione compiuta da U. ECO, *I limiti dell’interpretazione*, Bompiani, 2004, p. 26 ss., per il quale bisogna invero iniziare ogni discorso sulla libertà dell’interpretazione da una difesa del senso letterale.

¹²² Cfr. le sempre attuali e penetranti considerazioni di A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 418 ss.

¹²³ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 107 ss. Sulla attuale maggiore consapevolezza della nostra *giurisprudenza penale* della propria funzione costruttiva rispetto al contenuto del diritto e dunque delle norme che scaturiscono dall’interpretazione delle disposizioni, cfr. però M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 92 ss. Sull’ansia creativa della giurisprudenza in rapporto con la dottrina in funzione di ausilio della stessa, v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, p. 87 ss. Per una trattazione approfondita sul tema “giurisdizione e legislazione”, v. ora M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016, p. 392 ss.

del vincolo costituzionale della soggezione dell'organo giurisdizionale soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) e del principio costituzionale della divisione dei poteri¹²⁴. Principio di sottoposizione alla legge che rappresenta il fondamento e il limite della indipendenza del giudice, e che gli impone di operare esclusivamente nell'ambito di ciò che la legge prevede e ammette¹²⁵.

A ben vedere, nel nostro caso non si configura una lacuna normativa integrabile dal Giudice ordinario mediante interpretazione estensiva o analogica, bensì una lacuna assiologica (o ideologica) fondata sul mancato rispetto del principio di ragionevolezza¹²⁶. L'ordinamento è privo, cioè, di una norma la cui emanazione è richiesta per evitare una irragionevole regolamentazione legislativa del conflitto tra il principio di stabilità dei rapporti giuridici esauriti e il diritto fondamentale della libertà personale (inciso dal *quantum* di pena relativo alla norma penale non incriminatrice incostituzionale). La regola legislativa del conflitto, che si può trarre dall'art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953 e dall'art. 673 c.p.p., è nel senso di sacrificare del

¹²⁴ Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di 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 dottrina, cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 128 ss.; R. GUASTINI, *La Magistratura*, sub art. 101, in *Commentario della Costituzione* Branca, Zanichelli, 1994, p. 159 ss. Sotto il profilo più squisitamente penalistico, cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 124 ss., secondo i quali sebbene appare illusorio disconoscere il momento creativo dell'attuale ermeneutica giuridica, non si può legittimare tuttavia il principio di libera creazione del diritto da parte dei giudici nel nostro Stato, ancorato al modello costituzionale della divisione dei poteri.

¹²⁵ Cfr. N. ZANON - L. PANZERI, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III, Utet, 2006, p. 1962 ss.; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 682 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema*, cit., p. 527 ss.; G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 2016, p. 177 ss.

¹²⁶ In argomento, cfr. C.E. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Sistemi normativi*, Giappichelli, 2005, p. 135 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, 1996, p. 133 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., p. 334; N. BOBBIO, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994, p. 96 ss., il quale parla in questo caso di mancanza di una norma adeguata, giusta; mancanza che, a differenza dalle lacune propriamente dette, non può essere colmata dal giudice. Per l'illustre autore, si può parlare di lacuna ideologica allorché «esiste una norma certa, ma questa norma non è quella che deve essere, secondo i valori fondamentali assunti dallo stesso giurista, e in base ai quali egli giudica l'adeguatezza o l'inadeguatezza di un ordinamento giuridico».

tutto il diritto fondamentale della libertà personale a vantaggio della certezza dei rapporti giuridici esauriti (il giudicato) nell'ipotesi di pronuncia ablativa avente ad oggetto una norma penale diversa da quella incriminatrice. E tale regola legislativa non è ragionevole, perché appare frutto di un bilanciamento che non rispetta la corretta gerarchia di valori che si trae dalla nostra Costituzione.

Ebbene, siffatta lacuna assiologica non doveva di certo, come è successo, essere riempita dalla Cassazione a sezioni unite: al giudice non può essere assegnato l'esercizio della funzione legislativa, la creazione del diritto (nel senso di produzione di testi); poiché ciò si pone in radicale contrasto con i caratteri fondamentali del nostro ordinamento costituzionale della separazione dei poteri e della sottoposizione del giudice alla legge¹²⁷.

In mancanza di un intervento legislativo, che introduca una previsione legislativa che renda concretamente ammissibile l'incidente di esecuzione per ottenere l'eliminazione della pena irrogata in rapporto alla norma penale non incriminatrice dichiarata incostituzionale, la lacuna assiologica può essere colmata soltanto dalla Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva, che dichiari costituzionalmente illegittima l'assenza di una norma la cui esistenza la Corte ritiene costituzionalmente necessaria; costituendo così la lacuna assiologica l'oggetto della sentenza medesima¹²⁸.

In conclusione, se è vero che uno dei caratteri fondamentali della modernità giuridica si rinviene nel cambiamento di paradigma: dal "sillogismo pratico" al "bilanciamento dei principi"¹²⁹, occorre allora assodare dapprima che cosa sia posto sul piatto della bilancia, per poi poter soppesare i valori in equilibrio su di essa.

Al di sopra del primo piatto della bilancia è collocata la non modificabilità dell'accertamento giurisdizionale consacrato nel

¹²⁷ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, cit.

¹²⁸ Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva*, cit., p. 139 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia*, cit., p. 261 ss.; e nella dottrina penalistica, cfr. M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione": creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, 2011, p. 83 ss.

¹²⁹ Cfr. l'approfondita riflessione di C. LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir. pubblico*, 2013, p. 429 ss.

giudicato penale; e sull'altro piatto la norma costituzionale invalida che incide sul calcolo del trattamento sanzionatorio, e dunque sul diritto fondamentale della libertà personale.

E non c'è dubbio che la bilancia nel nostro caso pende tutta da un lato: quello del diritto fondamentale della libertà personale.

7. La rideterminazione della pena in fase esecutiva

Sommario: 7.1. Legalità della pena e giudicato. – 7.2. Pena illegale e invalidità della legge. – 7.3. Pena incostituzionale, pena illegale in senso stretto, pena non più vigente. – 7.4. La rimodulazione in sede esecutiva della pena illegale derivante da giudizio ordinario. – 7.5. L’illegalità della pena applicata con la sentenza di patteggiamento irrevocabile. – 7.6. Le Sezioni unite “Marcon” e la rinnovazione dell’accordo in sede esecutiva attraverso la disciplina dell’art. 188 disp. att. – 7.6.1. Gli esiti del caso “Marcon”. – 7.7. La riparazione del danno da errore del legislatore?

7.1. Legalità della pena e giudicato

Si esamina in questo capitolo la questione riguardante i ricorsi al giudice dell’esecuzione per la rideterminazione della pena illegale rispetto a sentenze di condanna irrevocabili aventi ad oggetto “droghe leggere”: sia all’esito di giudizio ordinario (o abbreviato), sia nei confronti di pronunce di patteggiamento.

Prima però di prendere in esame i due diversi criteri (criterio aritmetico proporzionale e criterio della commisurazione discrezionale della sanzione ex artt. 132 e 133 c.p.) – che sono stati elaborati dalla dottrina e giurisprudenza (con l’intervento infine delle Sezioni unite “Marcon”) per addivenire alla rinnovazione parziale del precedente titolo esecutivo per quanto riguarda il *quantum* di pena con la sostituzione perciò della pena illegale –, occorre porre

attenzione sul seguente problema che appare logicamente preliminare.

Si tratta in pratica di stabilire l'esatta nozione di pena illegale (o illegittima) in senso stretto; e se debba essere considerata illegale la pena inflitta, la quale è compatibile con la cornice edittale ripristinata: nel senso, cioè, che è stato irrogato un trattamento sanzionatorio in via definitiva che comunque rientra ancora nel quadro sanzionatorio vigente. Ad esempio, è stata inflitta una pena di 6 anni di reclusione che prima era il minimo edittale del reato di spaccio di sostanze stupefacenti, mentre oggi la pena di 6 anni di reclusione è divenuto il massimo edittale (rientrando perciò ancora nei parametri sanzionatori legali).

Quanto al concetto di pena illegale – la cui definizione non può prescindere in tale ambito dal collegamento col vizio procedurale rilevato nel caso di specie dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale –, deve essere ricondotto alla definizione di pena (o sanzione) non prevista dall'ordinamento giuridico. E dunque in questa nozione vi rientra anche la pena compatibile con il ripristinato quadro edittale: si tratta pur sempre di una pena illegale (*nulla poena sine lege*).

La Corte costituzionale nella sent. n. 32 del 2014 ha colto invero – come accennato in precedenza – un vizio procedurale nella vicenda degli stupefacenti: la non omogeneità tra decreto legge e legge di conversione nel contenuto del provvedimento legislativo.

La pena non è dunque incostituzionale, bensì è presente un vizio nella sequenza decreto legge → legge di conversione che rende la disposizione invalida perché non conforme all'art. 77, comma 2, Cost. Occorre inoltre porre attenzione sul fatto che qui non è incostituzionale una norma incriminatrice, un reato (un illecito penale), ma soltanto una norma penale non incriminatrice che disciplina il trattamento sanzionatorio (e che si trae dalla disposizione invalida caducata).

Non è stata dichiarata incostituzionale l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra droghe "leggere" e droghe "pesanti" in

¹ Per un quadro storico e costituzionale, del principio di legalità della pena cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. d. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994, p. 278 ss.

quanto irragionevole stante la diversa pericolosità delle sostanze (come può anche evincersi dalla successiva modifica dell'art. 73, comma 5, t.u. stup. che ha tenuto riunite ancora le due diverse tipologie di sostanze nella nuova incriminazione del fatto di lieve entità), bensì è incostituzionale l'unificazione delle due ipotesi (droghe "leggere" e "pesanti") giacché è stato usato uno strumento che contrasta con il procedimento di formazione legislativa.

La legge di conversione era estranea come materia contenuta rispetto a quella del decreto legge; e quindi la *lex posterior* non ha abrogato la precedente legge "Iervolino-Vassalli", che in realtà è stata senza interruzione vigente. La legge "Fini-Giovanardi" non è mai entrata in vigore validamente e stabilmente. Il vizio procedurale nella formazione della legge è originario; mentre a sopraggiungere dopo è stata soltanto la decisione n. 32, che ha preso atto dell'incostituzionalità delle disposizioni della legge "Fini-Giovanardi" per mancanza del nesso funzionale tra decreto/legge di conversione.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 ha caducato tutte le norme inserite con la legge "Fini-Giovanardi": determinandosi – per un verso – l'annullamento delle norme con efficacia *ex tunc* come se le norme non fossero mai esistite; dall'altro verso, si è prodotta la "reviviscenza" delle norme della legge "Iervolino-Vassalli" previgente: o meglio, vi è stato un ripristino normativo in senso lato, perché tali norme, che distinguevano il trattamento sanzionatorio delle sostanze stupefacenti "leggere" da quelle "pesanti", non sono mai state definitivamente abrogate.

In breve: il trattamento sanzionatorio previsto dalla legge "Fini-Giovanardi" non è dunque stato dichiarato incostituzionale nella sua dimensione sostanziale, ma è da considerarsi soltanto illegale (o illegittimo) giacché per effetto del vizio genetico-procedurale nel metodo di formazione legislativa in realtà non è mai entrato validamente in vigore².

E proprio valorizzando le statuizioni contenute nelle Sezioni unite "Gatto" e nella sent. n. 210 del 2013 della Corte costituzionale

² M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 12 ss.

(secondo cui la tutela della libertà personale garantita costituzionalmente è violata anche nel caso in cui si esegua una pena illegale), le successive Sezioni unite “Basile” hanno ammesso che, l’applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem* da parte del giudice della cognizione, possa essere rilevata anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza in sede di giudizio di esecuzione a determinate condizioni (sia essa determinabile senza alcuna discrezione nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione)³.

Il superamento dell’intangibilità del giudicato, nella pronuncia “Basile”, è stato collegato in modo molto stretto al tema della legalità della pena. Orbene, il principio di legalità della pena – implicitamente riconosciuto a livello costituzionale dall’art 25, comma 2, e previsto all’art. 1 c.p. – informa tutto l’ordinamento penale e implica che una pena inflitta illegittimamente sia rimossa non solo attraverso i rimedi previsti in sede di cognizione, ma anche nella fase esecutiva dopo il passaggio in giudicato della sentenza da parte del giudice dell’esecuzione. Quest’ultimo incide così sul giudicato nel momento in cui va a rimuovere la pena non conforme ai parametri legali inflitta dal giudice della cognizione⁴.

Ebbene, l’illegalità della pena può essere rilevata anche in sede di esecuzione, allorché tale qualificazione origini dall’essere il trattamento sanzionatorio non previsto dall’ordinamento giuridico ovvero esso ecceda per specie e quantità il limite legale. Il principio di

³ Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2564 ss., con nota di F. COSTANTINI, *L’intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*. In relazione alla pena illegale e l’intangibilità del giudicato, si è osservato come proprio l’adozione di una prospettiva orientata ai diritti della persona ha condotto la Corte di cassazione a riflettere da un angolo visuale più ampio del tema della “cedevolezza del giudicato” (G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 6 ss.).

⁴ Cass., sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, cit. Cfr. altresì Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4317 ss.; e con ampia trattazione di legalità della pena Cass., sez. un., 26 giugno 2015, Della Fazia, n. 46653. Si è scritto che si è transitati da un modello che tende ad assicurare la costituzionalità della legge a un modello che tende a garantire l’effettività dei diritti fondamentali, cui non riescono ad opporre resistenza neppure gli sbarramenti più tradizionali e granitici, come l’intangibilità del giudicato, sempre cedevole, a fronte di una pena illegale (G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 3 ss.)

legalità della pena (artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost.) vale inoltre tanto per le pene detentive quanto per quelle pecuniarie, escludendo che una pena la quale non trovi fondamento in una disposizione di legge – pure se inflitta con sentenze irrevocabile – possa avere esecuzione⁵.

La legalità della pena costituisce un valore tutelato anche a livello convenzionale dall'art. 7 Cedu. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in tal senso, si è dato risalto al profilo della prevedibilità del *quantum* di pena da espiare, sostenendosi che se la normativa nazionale non consente al soggetto agente di conoscere, al momento della commissione del reato, l'effettiva ampiezza della cornice edittale all'interno della quale verrà determinata la pena, è integrata la violazione del principio di legalità della pena⁶.

Negli ultimi tempi, in relazione al tema della legalità della pena, la Corte europea ha posto una crescente attenzione al profilo della prevedibilità della entità di pena da espiare. Basti pensare, ad esempio, a quelle pronunce in cui è stata evidenziata sotto il profilo dell'art. 7 Cedu l'impossibilità per il condannato di conoscere la data effettiva della propria liberazione per la confusione sussistente nella disciplina dell'esecuzione penale (sent. *Kokkinakis c. Cipro*) o la posticipazione della stessa per effetto di un mutamento interpretativo sfavorevole delle modalità di accesso ad una misura alternativa (sent. *Del Rio Prada c. Spagna*).

Anzi stabilisce esplicitamente l'art. 7 § 1 Cedu che non può essere inflitta una pena più grave di quella che era applicabile al momento in cui è stato commesso il fatto costituente reato. Rappresentando così tale disposizione una più puntuale formulazione del principio di legalità della sanzione rispetto all'art. 25, comma 2, Cost.⁷. Nelle vicende legate agli stupefacenti, per le condotte poste in essere sino alla sentenza costituzionale n. 32 del 2014, si potrebbe postulare che la pena applicabile era pur sempre quella più favorevole della legge "Tervolino-Vassalli" mai effettivamente abrogata dalla legge

⁵ Cfr. Cass., sez. I, 23 gennaio 2013, n. 38712, Villirillo.

⁶ C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta.

⁷ Cfr. V. MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 282 ss.

successiva, affetta dal radicale e genetico vizio procedurale nella sequenza decreto/legge di conversione.

7.2. Pena illegale e invalidità della legge

Nella complessa vicenda scaturita dalla sentenza costituzionale n. 32 del 2014, il tema della “pena illegale” s’intreccia in modo deciso con un altro tema teorico-generale: quello della “invalidità” della legge penale. Le domande che, ad esempio, immediatamente qui si pongono sono: può una legge penale essere invalida? Che cosa s’intende per invalidità di una legge penale?

Anzitutto, occorre evidenziare che la validità non è una proprietà della legge in sé, ma piuttosto una proprietà della legge in rapporto ad altre norme dell’ordinamento giuridico⁸.

Occorre poi nell’esaminare il tema, tenere distinto il fenomeno dell’invalidità della “norma” da quello dell’invalidità della “disposizione”. Mentre il primo concetto (l’invalidità di una “norma”) attiene alla validità materiale (o sostanziale): la coerenza o l’assenza di conflitto tra la norma presa in considerazione e le norme ad essa gerarchicamente superiore; il secondo concetto (l’invalidità di una “disposizione”) concerne più propriamente la validità formale: la correttezza del procedimento seguito per produrre quella disposizione⁹.

Come si è scritto, la “validità” è una nozione complessa, che si articola in due dimensioni: (a) la conformità alle forme (validità formale); (b) la coerenza del significato (validità sostanziale). E pertanto, la validità formale riguarda le forme; la validità sostanziale concerne invece i significati. La prima è un fatto di “conformità”, la seconda è un fatto di “coerenza” (o contraddizione)¹⁰.

⁸ Cfr. G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, 2013, p. 170.

⁹ Cfr. G. PINO, *Norma giuridica*, cit., p. 170 ss.

¹⁰ Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Laterza, 2007, p. 530 ss. Nota tuttavia P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, p. 28 ss., che mentre nella modernità «il diritto veniva sottoposto alle forche caudine della validità ... il pos-moderno valorizza, al contrario, la *effettività*, con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante».

Sussiste perciò un vincolo non solo “formale” ma anche “sostanziale” dei poteri normativi nello stato costituzionale di diritto. Nelle moderne democrazie costituzionali i poteri normativi conoscono dei vincoli di contenuto nelle loro scelte, coercizioni dettate dai principi costituzionali e dai diritti fondamentali. L'inosservanza di tali vincoli di contenuto pregiudica la validità sostanziale (materiale) di una norma, affetta da vizi di significato determinati dalle incoerenze con le norme sostanziali ad essa sopraordinate¹¹.

Con il “costituzionalismo” – ossia la costituzione rigida sovraordinata alla legislazione ordinaria, dotata di un controllo giurisdizionale di costituzionalità – si è determinato un mutamento delle condizioni di validità delle leggi, che dipende non più solo dalle forme e procedure della produzione delle leggi, ma anche dai loro contenuti; cioè dalla coerenza dei loro significati con i principi stabiliti dalle norme costituzionali e dai diritti fondamentali. Nella nostra democrazia si è affermata così anche una dimensione sostanziale dalla validità delle leggi, che si impone ai poteri politici e alle maggioranze¹².

Il concetto di validità sostanziale tende allora a tenere insieme diritto positivo e giustizia. Il diritto positivo se ingiusto materialmente, perché contrasta con i diritti fondamentali (i diritti costituzionalmente garantiti), diventa, oltre che “ingiusto”, anche “invalido”¹³.

Si impone così in tale ambito il controllo di costituzionalità materiale, quale giudizio di relazione tra norme: legislativa e costituzionale (un concetto generale di relazione tra qualcosa che condiziona e qualcos'altro che è condizionato). Un giudizio non concepibile sul modello di una sussunzione (o di un sillogismo), bensì come confronto normativo (corrispondenza o non-contrasto tra la legge e la Costituzione) che serve a stabilire la validità della legge¹⁴.

¹¹ In tal senso L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 525 ss.

¹² Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013, p. VI ss. Sull'importanza del “contenuto” del diritto, si vedano le riflessioni di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Laterza, 2010, p. 109 ss.

¹³ G. ZAGREBELSKY, in ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, 1997, p. VIII ss.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 220 ss.

Ora, la sentenza costituzionale n. 32 del 2014 ha colto l'invalidità delle "disposizioni" che disciplinano il trattamento sanzionatorio in materia di stupefacenti, per il vizio formale della mancanza di interrelazione funzionale tra le disposizioni del decreto legge e quelle della legge di conversione. L'invalidità formale delle nuove "disposizioni" inserite è tale da rendere inesistente giuridicamente le "norme" in esse contenute, perché non si è determinato il normale effetto abrogativo connesso all'introduzione di una *lex posterior* di pari grado nella scala gerarchica delle fonti (alla stregua del c.d. criterio cronologico), non innovandosi pertanto l'ordinamento giuridico.

Si tratta, come detto, di un vizio formale nel procedimento legislativo (sequenza decreto legge → legge di conversione): le "norme" non sono venute giuridicamente ad esistenza perché le "disposizioni" che le esprimevano non sono state prodotte secondo le forme (o procedure) prestabilite dall'ordinamento.

L'esistenza giuridica della "norma" va tenuta distinta dalla "esistenza fattuale" della "disposizione" da cui la norma medesima si trae; nel senso che la "disposizione" potrebbe addirittura non essere identificabile come una disposizione: si pensi, ad esempio, ad un consistente *deficit* nella formulazione linguistica del testo di legge, ovvero ad un organo-soggetto radicalmente incompetente rispetto alla funzione legislativa. Sicché in tale ultima ipotesi non potrebbe formularsi un giudizio della "disposizione" in termini di validità/invalidità, né di conseguenza potrebbe predicarsi l'inesistenza giuridica della "norma" ricavabile dalla disposizione "fattualmente" inesistente¹⁵.

Il rispetto della forma nell'emanazione della "disposizione" costituisce una condizione di esistenza giuridica della "norma" prodotta, in quanto se manca la conformità della "disposizione" alle norme costituzionali sulla produzione normativa, la "norma" che si ricava dalla "disposizione" formalmente invalida è giuridicamente inesistente. La non-esistenza giuridica dipende qui solo dalla forma di produzione della "disposizione" e non in base ai contenuti della

¹⁵ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 256 ss.

“norma”. È questo esattamente il caso verificatosi con la menzionata sentenza costituzionale n. 32 del 2014: le disposizioni della legge “Fini-Giovanardi” sono state adottate non rispettando il procedimento di formazione legislativo previsto dalla nostra Costituzione, di talché le norme contenute nelle disposizioni invalide sono da reputarsi giuridicamente inesistenti, mai venute stabilmente ad esistenza nel nostro sistema giuridico.

Adesso, invece, supponiamo il caso in cui nella sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale avesse accolto non il vizio formale del procedimento legislativo, bensì solo quello sostanziale della irragionevole equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere. Le “disposizioni” non sarebbero state dichiarate invalide formalmente; per contro le “norme” ricavabili da tali disposizioni sarebbero state giudicate affette da un vizio sostanziale, dipendendo appunto l’invalidità qui dalla sostanza o contenuto normativo per la mancanza di coerenza o compatibilità di siffatte norme con i principi o le norme di rango costituzionale.

Le “disposizioni” sarebbero state validamente prodotte, ma le “norme” espresse sarebbero state viziate perché antinomiche con le norme costituzionali. Le norme sarebbero state giuridicamente esistenti, eppure invalide materialmente (sotto il profilo contenutistico)¹⁶.

7.3. Pena incostituzionale, pena illegale in senso stretto, pena non più vigente

Ora, sotto l’espressione generica di “pena illegale”, nel senso di pena non prevista dalla legge o dall’ordinamento¹⁷, a ben vedere possiamo racchiudere (almeno) tre fenomeni distinti.

Nei primi due l’illegalità della pena discende da una pronuncia della Corte costituzionale, la quale dichiara illegittima costituzionalmente una norma che incide sul trattamento sanzionatorio.

¹⁶ In argomento, cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 8 ss.

¹⁷ Cfr. sul concetto di penale illegale G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 14 ss.

Il terzo fenomeno si configura allorché, tramite una nuova scelta, il legislatore sostituisce con una pena “più favorevole” la previgente sanzione penale: anche quest’ultima può genericamente reputarsi come pena non più “legale” per quel tipo di reato.

Per esempio, la sottofattispecie di concussione per induzione era punita *ante* legge n. 190 del 2012 con la pena della reclusione da quattro a dodici anni; successivamente, il legislatore ha collocato la figura di reato (in piena continuità normativa, secondo il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite “Maldera” n. 12228/2014) all’interno del nuovo art. 319-*quater* c.p. comminando la pena della reclusione da tre a otto anni¹⁸.

In questa ipotesi di sostituzione della pena con una più favorevole, la vecchia sanzione non è applicabile nemmeno ai fatti commessi durante la sua vigenza e che ancora non sono stati giudicati definitivamente. Si tratta qui di una pena non (più) prevista dall’ordinamento, non (più) vigente; in altri termini illegale.

L’illegalità della previgente pena – intesa allora come pena non più comminata in astratto – deriva da una nuova scelta del legislatore nell’ambito del normale esercizio delle sue funzioni legislative. Esso opera attraverso il criterio cronologico: ad una norma ne subentra un’altra nella disciplina di un certo trattamento sanzionatorio; in senso lato siamo all’interno dei fenomeni abrogativi/creativi di nuove norme penali (non incriminatrici).

Nel nostro sistema questa pena non più prevista dall’ordinamento e meno favorevole resta però imm modificabile quando la condanna è passata in giudicato, secondo quanto stabilito dall’art. 2 comma 4 c.p.¹⁹.

¹⁸ La l. n. 69 del 2015 ha poi innalzato la pena del primo comma dell’art. 319-*quater* c.p., fissandola nella reclusione da sei a dieci anni e sei mesi.

¹⁹ Nella motivazione della sentenza “Scoppola” (Corte eur., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, n. 10249/03, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss.) si è asserito testualmente che «se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato».

Veniamo adesso alle due ipotesi di pena “genericamente illegale”: perché oggetto di una declaratoria di incostituzionalità le norme che disciplinano le sanzioni medesime.

In queste due ipotesi, vi è un intervento della Corte costituzionale che, sulla base del criterio gerarchico, ritiene una norma formalmente o sostanzialmente invalida; norma che pur essendo di natura penale incide unicamente sul trattamento sanzionatorio. In tali vicende la Corte costituzionale annulla la norma sul trattamento sanzionatorio, e il giudicato di condanna anche in questi due casi – come nella vicenda della norma incriminatrice illegittima costituzionalmente – deve essere modificato in sede esecutiva, essendo necessario assicurare la legalità in senso ampio della pena pure nella fase dell’esecuzione.

Le due ipotesi vanno però tenute separate: solo ad una di esse spetta più propriamente l’appellativo di “pena illegale”, l’altra è meglio denominarla come “pena incostituzionale”.

Ebbene, (i) la pena può essere designata come “illegale in senso stretto” quando la Corte costituzionale ha caducato la norma sanzionatoria sulla base di un vizio formale: ad esempio, un vizio nel procedimento di formazione della legge (è il caso della sent. n. 32 del 2014).

Inoltre, (ii) la pena è da ritenersi in senso proprio “incostituzionale” allorché essa viene stimata in contrasto direttamente con una norma (o principio) costituzionale, che la rende invalida dal punto di vista sostanziale. Si pensi invero alla circostanza comune dell’art. 61 n. 11-*bis* c.p. della c.d. “clandestinità”, dichiarata incostituzionale con la sent. n. 249 del 2010 per contrasto all’art. 25, comma 2, Cost., iscrivendosi in un diritto penale dell’autore invece che in un diritto penale del fatto. Per la Corte il principio che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali, vale infatti anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

Si pensi ancora alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 567 comma 2 c.p. (il delitto di “alterazione di stato”), a causa della manifesta irragionevolezza per sproporzione della forbice edittale, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da cinque a quindici anni, anziché la pena della reclusione da tre a dieci anni; il Giudice delle leggi lo ha così parificato, nel trattamento

sanzionatorio, alla figura criminosa contemplata al primo comma dell'art. 567 c.p.²⁰. Secondo la Corte costituzionale, infatti, l'eccessiva severità della cornice edittale stabilita dal legislatore viola qui sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena²¹.

In particolare, quanto alla pena illegale in senso stretto (i), l'incostituzionalità è fondata su un vizio formale (ad esempio: sequenza decreto legge → legge di conversione, eccesso di delega); e non è precluso quindi al legislatore di riproporre la disciplina ritenuta illegittima, se la stessa viene depurata dalla causa formale della incostituzionalità. Si è prima illustrato il recente esempio costituito dall'incriminazione del fatto di lieve entità di traffico di stupefacenti in cui ancora oggi sono sanzionate con la stessa pena le droghe leggere e le droghe pesanti.

Riguardo alla pena incostituzionale (ii), il vizio sostanziale da cui è stata riconosciuta dalla Consulta essere affetta la norma sanzionatoria, impedisce al legislatore di immettere nuovamente nell'ordinamento quella previsione normativa; ostando qui il giudicato costituzionale (nel senso del vincolo che sorge, dall'accertamento della incostituzionalità, nei confronti del legislatore), o comunque dovendosi ritenere autonomamente in violazione delle norme sostanziali della Costituzione la norma riproduttiva del trattamento sanzionatorio²².

7.4. La rimodulazione in sede esecutiva della pena illegale derivante da giudizio ordinario

Torniamo ora agli orientamenti formati in tema di rideterminazione della pena *in executivis* in relazione a sentenze di condanna pronunciate nel giudizio ordinario (o abbreviato). In tale ambito può affermarsi che in capo al giudice dell'esecuzione sussiste un vero e proprio potere commisurativo della pena.

²⁰ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Diritto penale contemporaneo*, con commento di F. VIGANÒ.

²¹ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, cit.

²² Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 414 ss.; G. AMOROSO - G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2015, p. 394 ss.

Una volta invero che si è riconosciuto, attraverso il diritto vivente culminato con le Sezioni unite "Gatto", che occorre sostituire alla pena illegittima in via esecutiva la pena che risponde ai parametri legali, allora è necessario per non rendere irragionevole (irrazionale) il sistema attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di commisurare la pena ex artt. 132 e 133 c.p. Potere che egli non ha già esercitato perché i parametri edittali non erano mai entrati stabilmente in vigore: non erano quelli i "limiti fissati dalla legge" di cui parla l'art. 132 c.p. entro cui il giudice applica discrezionalmente la pena. Ma ciò – come vedremo – non rispetto a sentenze di patteggiamento, dove occorre almeno inizialmente una nuova richiesta di applicazione della pena indicata dalle parti, che il giudice dell'esecuzione deve ritenere congrua.

Ebbene, il giudice dell'esecuzione, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei citati artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, con conseguente reviviscenza del previgente trattamento sanzionatorio, dettato dal d.P.R. n. 309 del 1990, deve procedere alla rideterminazione della pena in favore del condannato a norma degli artt. 132 e 133 c.p., attenendosi al rispetto sia dei limiti edittali previsti dall'originaria formulazione dell'art. 73 t.u., in relazione alla tipologia di condotta e di sostanza stupefacente oggetto di contestazione, sia delle valutazioni già effettuate in sentenza dal giudice della cognizione con riferimento alla sussistenza del fatto e al significato allo stesso attribuibile²³.

L'esecuzione della pena implica l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Pertanto fino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e devono essere rimossi dal giudice dell'esecuzione cui è affidato il compito di

²³ Così Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 52981, De Simone, in *C.E.D. Cass.*, n. 261688. In senso conforme Cass., sez. III, 19 maggio 2015, n. 36357, Testani, *ivi*, n. 264880.

decidere con efficacia giurisdizionale su ogni questione inerente al rapporto esecutivo²⁴.

La declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma inficia sin dall'origine la disposizione impugnata, affetta da un'invalidità originaria; determinando la cessazione di efficacia della norma che ne è oggetto e facendo sorgere l'obbligo per il giudice – davanti al quale viene invocata la norma di legge dichiarata illegittima – di non applicarla, salvo che si versi in un caso di rapporto esaurito in modo definitivo e irrevocabile e non più suscettibile di alcuna azione o rimedio.

Ne consegue che la conformità della pena a legalità in fase esecutiva, in relazione a rapporti non ancora esauriti, deve ritenersi costantemente *sub iudice*, non essendo tollerabile che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla Carta fondamentale²⁵.

Ora, appare opportuno concentrare l'attenzione su di un aspetto peculiare concernente la precedente proposizione: ossia che la legalità della pena in fase esecutiva debba essere garantita unicamente per i "rapporti non esauriti".

Siffatta affermazione sembrerebbe trovare la sua scaturigine nella pronuncia "Gatto" delle Sezioni unite (ampiamente esaminata nel capitolo precedente), nella quale si è sostenuto esplicitamente che il

²⁴ Sul tema, cfr. il quadro d'insieme tracciato da G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 6 ss.

²⁵ Così ancora Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 52981, De Simone, cit. in senso conforme Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, 261581, la quale ha affermato che per effetto delle sentenze della Corte costituzionale nn. 251 del 2012 e 32 del 2014, il giudice dell'esecuzione, ove il trattamento sanzionatorio non sia stato ancora interamente eseguito, deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali. La Corte ha inoltre precisato, stante la particolarità della fattispecie (relativa a sentenza di condanna per illecita detenzione di sostanza stupefacente, in cui era affermata l'equivalenza della circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. 309/1990 con la ritenuta recidiva reiterata in ragione del divieto di prevalenza di cui all'art. 69 comma 4 c.p. dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 251 del 2012) che il giudice dell'esecuzione nel rideterminare il trattamento sanzionatorio è tenuto ad applicare l'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo ritornato in vigore a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014.

giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato qualora il trattamento sanzionatorio non sia stato però interamente eseguito²⁶.

L'impostazione è stata poi confermata dalle sezioni semplici della Cassazione, le quali in una prima decisione hanno nettamente statuito che il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato e rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla norma dichiarata incostituzionale solo se l'esecuzione della pena sia in corso, ma non anche nel caso di esaurimento del rapporto esecutivo²⁷. Nel caso di specie la Corte ha rigettato il ricorso del ricorrente, che aveva esaurito in via definitiva l'esecuzione della pena, che aveva nondimeno chiesto la rideterminazione della pena inflitta con sentenza irrevocabile per il reato di detenzione a fine di spaccio di sostanze stupefacenti "leggere", allo scopo di vedersi accordato il beneficio della non menzione della condanna in precedenza precluso dall'entità della sanzione irrogata.

In una seconda decisione, si è attenuata la netta affermazione precedente, sostenendosi che il limite alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio, rappresentato dall'avvenuta integrale espiazione della pena, deve essere interpretato nel senso che la richiesta di nuova determinazione della pena sulla base dei parametri edittali più favorevoli vigenti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 deve essere basata sulla sussistenza di un interesse concreto ed attuale del condannato ad ottenere una rivisitazione della pena in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità del trattamento sanzionatorio previsto per le "droghe leggere". E tale interesse sussiste sia nel caso in cui la pena suscettibile di rideterminazione in sede esecutiva debba ancora essere espia, sia nel caso analogo in cui una quota della pena espia in eccesso rispetto alla sopravvenuta cornice edittale più favorevole possa essere imputata alla condanna per altro reato, in applicazione

²⁶ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 260697.

²⁷ Così Cass., sez. I, 28 maggio 2015, n. 32193, Quaresima, in *C.E.D. Cass.*, n. 264257.

del generale criterio della fungibilità previsto dall'art. 657, comma 3, c.p.p.²⁸.

Una successiva decisione – che sembra andare nella giusta direzione – muovendo dal principio di diritto appena riportato, ha aggiunto che tale conclusione è ancor più persuasiva nei casi in cui sia applicabile la disciplina del cumulo di pene fissata nel codice penale. L'unificazione delle pene – nel caso di specie determinata dal riconoscimento della continuazione – implica infatti unicità, e quindi attualità, anche della porzione di pena già eseguita, posto che, in particolare, l'art. 86, comma 1, c.p. stabilisce che «salvo che la legge stabilisca altrimenti, le pene della stessa specie concorrenti a norma dell'art. 73 si considerano come pena unica per ogni effetto giuridico». Secondo la Corte, nel caso di specie, inoltre, non si evidenziano problemi circa la sussistenza del requisito cronologico di cui all'art. 657, comma 4, c.p.p., posto che, per la contestualità dei fatti unificati in continuazione, l'espiazione della detenzione *sine titulo* è iniziata necessariamente dopo la commissione del reato per il quale si chiede il riconoscimento del credito di pena²⁹.

La suprema Corte ha chiarito poi che, ferma restando la qualificazione dei fatti a norma del comma 1 e non del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup., così come accertato nel giudizio di merito, la rideterminazione della pena per il reato di illecita detenzione di stupefacenti impone anche un nuovo giudizio ai fini dell'individuazione del reato più grave tra le due fattispecie unificate in continuazione. La sentenza impugnata deve essere così annullata affinché, ferma restando l'irrevocabilità dell'accertamento in ordine alla sussistenza anche del reato di illecita coltivazione di stupefacenti a norma dell'art. 73, comma 1, il giudice del rinvio ridetermini la pena per il reato già irrevocabilmente giudicato, individui il reato più

²⁸ Così Cass., sez. I, 26 giugno 2015, n. 32205, Gomes Toscani, in *C.E.D. Cass.*, n. 264620, la quale ha precisato che ai fini della legittimità della richiesta di rideterminazione della pena per fungibilità, è necessario che sia indicata specificamente la sentenza di condanna a pena passibile di esecuzione (quindi non condizionalmente sospesa, non indultabile) rispetto alla quale è richiesta la fungibilità della pena espia in eccesso, ed è necessario che sussista il requisito cronologico previsto dall'art. 657 c.p.p. comma 4 secondo cui la detenzione sofferta in eccesso deve essersi verificata dopo la commissione del reato per cui si chiede la fungibilità.

²⁹ Cass., sez. VI, 10 giugno 2016, n. 27403, Crivello, in *C.E.D. Cass.*, n. 267365

grave e computi in relazione al reato di coltivazione illecita di stupefacenti la parte di sanzione sofferta oltre i limiti costituzionalmente consentiti per il reato di illecita detenzione di sostanze del medesimo tipo³⁰.

A ben vedere, l'orientamento in questione, tenuto conto soprattutto della prima decisione della suprema Corte presa in esame, non appare essere del tutto condivisibile e potrebbe condurre a esiti non in linea con il sistema penale costituzionale. Va ribadito: nessuna conseguenza sfavorevole di nessun genere può derivare da una sanzione illegale, perché la norma sanzionatoria è stata dichiarata invalida dalla Corte costituzionale in quanto affetta da un vizio sostanziale o formale. E seguendo quanto asserito dalle Sezioni unite "Gatto" nell'interpretazione "ampia" del comma 4 dell'art. 30 l. n. 87 del 1953, nel senso di ricomprendere nel suo campo applicativo qualsiasi "norma penale", va inoltre rammentato che proprio in tale testo si dispone che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Il rapporto esecutivo sembrerebbe definitivamente esaurito solo allorché non sussista più alcun effetto pregiudizievole che scaturisce dal giudicato di condanna. Si pensi all'esempio chiaro di una pena accessoria perpetua i cui effetti negativi perdurano sebbene si sia interamente espiata la pena detentiva principale. E pertanto finché dall'applicazione di una pena illegale (a seguito di una norma penale non incriminatrice dichiarata costituzionalmente illegittima) promana un qualsivoglia effetto, l'esecuzione è comunque perdurante e il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito.

Diversamente, il caso della norma sul trattamento sanzionatorio stimata incostituzionale e dunque "annullata" sarebbe assoggettato ad una disciplina meno rigorosa di quello dell'abrogazione di una norma incriminatrice cui consegue, ai sensi dell'art. 2 comma 2 c.p., l'eliminazione di ogni effetto penale. Accordando così in modo irragionevole una maggiore estensione al fenomeno abrogativo rispetto a quello dell'invalidità costituzionale riguardo alla possibilità

³⁰ Cass., sez. VI, 10 giugno 2016, n. 27403, Crivello, cit.

per il condannato di rimuovere gli effetti pregiudizievoli del giudicato che scaturiscono dalla pena non più prevista (o meglio: mai prevista!) dall'ordinamento.

7.5. L'illegalità della pena applicata con la sentenza di patteggiamento irrevocabile

E veniamo all'ipotesi della sentenza di condanna definitiva a seguito di patteggiamento in relazione alle cosiddette droghe leggere. Qui la vicenda, concernente la rideterminazione della pena illegale in sede di esecuzione, si complica. Vi è, infatti, un accordo tra le parti sull'entità della sanzione ratificato dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione fondato sui limiti edittali stabiliti dalla legge del 2006.

Per un verso, vi è la necessità di rispettare la volontà delle parti che hanno richiesto l'applicazione della pena nella misura concordata e ritenuta congrua dal giudice della cognizione. Dall'altro verso, la natura di accertamento giurisdizionale della sentenza di patteggiamento obbliga al rispetto dei principi costituzionali della legalità della pena (artt. 25, comma 2, Cost. e 7 § 1 Cedu) e della sottoposizione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.); implicando così il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di essere tenuto a ritenere congruo solo il trattamento sanzionatorio indicato sulla base della cornice di pena edittale ripristinata³¹.

Si è sottolineato altresì in proposito che il non ammettere la rideterminazione della pena anche nei casi di sentenza irrevocabile di patteggiamento provocherebbe una grave compromissione del principio di eguaglianza e una evidente disparità di trattamento, con l'esecuzione di pene illegali in ragione soltanto del rito prescelto³².

Come diremo subito, i termini del negozio processuale non vengono in discussione: è solo la non legittimità della pena inflitta

³¹ Cfr., per considerazioni che possono essere valorizzate in tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1039 ss.

³² In tal senso G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 19 ss.

con la sentenza irrevocabile a non poter essere tollerata, anche se siamo nella fase dell'esecuzione.

A tale proposito, si è generata incertezza su quale sia il corretto criterio che il giudice dell'esecuzione debba adoperare per giungere ad una nuova quantificazione della sanzione, per assicurare così la legalità della pena anche nella fase della sua esecuzione; non potendosi comunque tollerare che si esegua una pena incostituzionale (sulla base di un vizio formale relativo al procedimento di formazione della legge) oppure contrastante con le norme convenzionali.

(i) Ad avviso di un primo orientamento, va adottato un criterio oggettivo di tipo aritmetico-proporzionale. Esso salvaguarda meglio la volontà delle parti irrevocabilmente manifestata (e la susseguente valutazione di congruità della pena concordata espressa dal giudice). E nel giudizio di cassazione, su ricorso contro la decisione negativa del giudice dell'esecuzione, occorre – secondo quanto disposto dall'art. 620 lett. 1 c.p.p. – che il Giudice di legittimità annulli senza rinvio la decisione impugnata e ridetermini poi autonomamente la pena con una propria statuizione.

In tal senso, si è esplicitamente sostenuto che la rimodulazione della pena deve avvenire tramite un criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale; metodo che, rispettando l'irrevocabilità del patto e la volontà delle parti, trasponga la pena all'interno della nuova cornice edittale determinatasi in seguito alla reviviscenza della normativa previgente alla dichiarazione di incostituzionalità³³.

In chiave critica nei confronti della teoria del criterio matematico di riduzione della pena, può tuttavia osservarsi quanto segue.

L'individuazione della pena base entro i limiti edittali non è una operazione che può definirsi "neutra". Essa è condizionata dalla cornice sanzionatoria prevista; sicché la determinazione della pena dipende e muta con la variazione dei parametri edittali stabiliti dalla legge.

³³ Cfr. Cass., sez. I, 25 novembre 2014, n. 51844, in *C.E.D. Cass.*, n. 261331; in senso conforme Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 52980, Cassia, *inedita*.

Va esclusa dunque la correttezza dell'adozione di un criterio automatico di riduzione proporzionale della pena: l'originaria valutazione di congruità della pena irrogata, compiuto dal giudice della cognizione in caso di patteggiamento, è connessa in modo stretto alla specifica forbice edittale.

All'epoca essendo unica la cornice sanzionatoria in relazione a tutte le sostanze stupefacenti, la pena base per il calcolo della sanzione da infliggere coincideva perlopiù con la soglia minima edittale quando la contestazione riguardava le "droghe leggere". Riducendo pertanto la sanzione con un parametro matematico proporzionale non si terrebbe conto della concreta gravità dei fatti e della personalità dell'autore.

(ii) Un secondo orientamento riconosce, pure in presenza di una sentenza di patteggiamento, un autonomo potere discrezionale di rideterminazione della pena in capo al giudice dell'esecuzione, che si deve attenere ai principi di discrezionalità di cui agli artt. 132 e 133 c.p. E ciò deriva quale logica conseguenza di aver riconosciuto la permeabilità del giudicato sulla pena alle "vicende" del trattamento sanzionatorio; ferma restando l'intangibilità dell'accertamento di merito, e quindi il riconoscimento di circostanze attenuanti o aggravanti, benefici, eventuali prognosi positive o negative di recidiva³⁴.

Nel giudizio di cassazione, necessità di annullamento del provvedimento con rinvio al giudice dell'esecuzione per la determinazione della pena, il quale a tale scopo si può avvalere dei criteri discrezionali di cui agli artt. 132 e 133 c.p.

In questo senso nella giurisprudenza di legittimità si è sostenuto che il giudice dell'esecuzione deve procedere qui alla rideterminazione della pena in favore del condannato a norma degli artt. 132 e 133 c.p., adeguandosi al rispetto sia dei limiti edittali previsti dalla originaria formulazione dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in relazione alla tipologia di condotta e di sostanza stupefacente oggetto di contestazione, sia delle valutazioni già effettuate in

³⁴ G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., p. 23 ss.

sentenza dal giudice della cognizione con riferimento alla sussistenza del fatto e al significato allo stesso attribuibile³⁵.

Ebbene, a sostegno di questa impostazione può certamente osservarsi che nell'enunciato dell'art. 132 c.p. il legislatore impiega il sintagma "nei limiti fissati dalla legge" il giudice commisura discrezionalmente la pena. In questi casi i limiti legali per individuare la pena non sono quelli *illo tempore* utilizzati dal giudice della cognizione: quest'ultimi sono parametri edittali mai entrati in vigore. Dunque, la commisurazione della pena non è stata compiuta mediante i limiti legali di pena.

(iii) Una ulteriore tesi ha propugnato una soluzione analoga a quella adottata dalla giurisprudenza di legittimità per le sentenze di patteggiamento non ancora passate in giudicato.

Il giudice dell'esecuzione è tenuto a revocare l'intera sentenza di patteggiamento, perché l'illegalità della pena travolge del tutto il patto concluso dalle parti (e ratificato dal giudice), che risulta irrimediabilmente invalido. Occorre poi che il giudice trasmetta gli atti al pubblico ministero.

In particolare nel giudizio di cassazione, l'esito è un annullamento della decisione con rinvio al giudice dell'esecuzione, che deve revocare la condanna patteggiata e rinviare gli atti al pubblico ministero.

In senso critico su tale opzione si è asserito che la presenza del giudicato formale rende le due situazioni non assimilabili: precludendo che il vizio concernente la determinazione della pena oggetto dell'accordo possa estendersi al titolo esecutivo nella sua interezza, dovendosi limitare gli effetti del vizio alla sola quantificazione della sanzione illegale³⁶.

³⁵ Così Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 52981, in *C.E.D. Cass.*, n. 261688. In tal senso v. altresì Cass., sez. I, 4 dicembre 2014, n. 53019, *ivi*, n. 261581, secondo cui il giudice dell'esecuzione, ove il trattamento sanzionatorio non sia stato ancora interamente eseguito, deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali.

³⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4337 ss.

(iv) Infine per un'altra impostazione, è praticabile la strada della nuova richiesta di pena concordata in esecuzione; sul presupposto che la pena è illegale anche se essa non esorbita dalla cornice edittale vigente dopo la declaratoria di incostituzionalità³⁷.

La nuova richiesta di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. ha come presupposti già assodati che non si doveva pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p. e che è corretta la qualificazione del fatto sotto quella norma incriminatrice. La nuova richiesta deve, inoltre, necessariamente tener ferme le condizioni dell'accordo relative alla recidiva, alla concessione delle attenuanti generiche, al bilanciamento delle circostanze, alla applicazione della disciplina della continuazione tra reati.

Le parti indicano una nuova pena (o il condannato con il consenso o dissenso del pubblico ministero), la quale deve essere giudicata congrua dal giudice dell'esecuzione.

Se vi è dissenso del pubblico ministero, sulla scorta delle regole dell'art. 188 disp. att. c.p.p. analogicamente applicabili, il giudice dell'esecuzione può accogliere la nuova pena ex art. 444 c.p.p., sostituendola alla precedente ove la ritenga ragionevole e giudichi il dissenso del pubblico ministero ingiustificato³⁸.

Ma che cosa succede se il giudice dell'esecuzione non ritiene congrua alla gravità del fatto la pena richiesta con la nuova cornice edittale?

Va in questo caso riconosciuto allora un autonomo potere discrezionale del giudice di determinare la pena? Si riappropria il giudice dell'esecuzione del potere di rideterminare la pena illegale? Gli è demandato solo il calcolo col criterio di tipo aritmetico proporzionale?

Oppure prevale la considerazione che il giudice dell'esecuzione non dovrebbe sovrapporsi alla volontà delle parti nella indicazione del trattamento sanzionatorio. E dunque le parti sono tenute a riproporre la richiesta di pena concordata al giudice dell'esecuzione, cercando di rimodularla in un'ottica di pena congrua.

³⁷ Cfr. Trib. Torino, sez. III pen., 16 settembre 2014, Giud. Arata, n. 378/2014 RG.

³⁸ In generale, sul patteggiamento in fase esecutiva, v. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, Wolters Kluwer Cedam, 2015, p. 97 ss.

Alla soluzione di questi e altri dubbi in proposito ha fornito una argomentata risposta la Cassazione a sezioni unite con la sentenza “Marcon”.

7.6. Le Sezioni unite “Marcon” e la rinnovazione dell’accordo in sede esecutiva attraverso la disciplina dell’art. 188 disp. att.

Le Sezioni unite “Marcon” ribadiscono, anzitutto, quanto già asserito nelle quasi coeve Sezioni unite “Jazouli”: reputando illegale la pena anche se è ricompresa all’interno dei limiti edittali stabiliti dall’originaria formulazione della disposizione, rivissuta per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014³⁹.

La Corte a sezioni unite ha perciò censurato il provvedimento impugnato là dove si è esclusa la necessità di una rideterminazione sanzionatoria in presenza di una pena che risulti racchiusa nella cornice edittale ripristinata a seguito della menzionata decisione della Consulta. Nel caso di specie la pena base oggetto dell’accordo era stata determinata in sei anni di reclusione, e il giudice dell’esecuzione aveva respinto la richiesta di rideterminazione della pena oggetto di patteggiamento irrevocabile sul presupposto della coincidenza della pena con i nuovi limiti edittali e della sua piena congruità rispetto alla gravità dei reati; finendo così per ritenere la sostanziale legalità della pena applicata, in quanto inclusa nei “nuovi” parametri edittali.

Per le Sezioni unite “Marcon” – riprendendo quanto già sostenuto dalle Sezioni unite “Gatto” del 2014 –, il giudice dell’esecuzione non può respingere, evocando l’intangibilità del giudicato, l’istanza di chi gli chiede di controllare la legalità della pena ancora in esecuzione;

³⁹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit. Non sembra condividere tale impostazione, G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 18 ss., secondo cui nella ipotesi di pena comunque compatibile con i limiti edittali ripristinati non vi è una violazione della disciplina sostanziale del trattamento sanzionatorio, come tale suscettibile di integrare un caso di illegalità della pena; ma al più una eventuale irregolarità del procedimento sotto il profilo della motivazione sulla congruità della pena, la quale in relazione ai procedimenti non ancora chiusi definitivamente può riflettersi sulla legittimità della sentenza. La tesi riprende quanto asserito da una parte della giurisprudenza minoritaria (cfr. così Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/2015, Minardi, cit.).

anzi, il giudice deve rilevare che la pena inflitta è stata determinata sulla scorta di una norma penale sostanziale dichiarata incostituzionale, che egli ha l'obbligo di "disapplicare".

E proprio nel solco della più recente elaborazione giurisprudenziale, le Sezioni unite cercano di fissare alcuni punti fermi. Si è affermato pertanto che, per effetto della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale sostanziale riguardante il trattamento sanzionatorio, occorre rimuovere gli effetti che da tale norma discendono; imponendo al giudice la rivisitazione del giudicato di condanna in tutti i casi in cui il rapporto esecutivo non sia esaurito. In questi casi, il giudicato di condanna – per un verso – deve essere reputato intangibile quanto ai profili concernenti la sussistenza del fatto, alla sua attribuzione soggettiva e alla sua qualificazione giuridica; mentre – per altro verso – deve essere rimodulato quanto ai profili sanzionatori: in questi casi il compito di incidere sul giudicato spetta al giudice dell'esecuzione, il quale deve provvedere pure allorché la rimozione degli effetti derivanti dalla norma dichiarata incostituzionale richieda l'esercizio di poteri valutativi (il luogo in cui il giudice deve procedere alla rideterminazione della pena è costituito dal procedimento di esecuzione previsto dall'art. 666 c.p.p.)⁴⁰.

Dopo aver chiarito che la pena inflitta con sentenza irrevocabile, divenuta illegale a seguito della declaratoria di incostituzionalità della norma penale non incriminatrice deve essere rideterminata anche *in executivis*, le Sezioni unite "Marcon" esaminano la questione centrale della pronuncia concernente la sentenza di patteggiamento irrevocabile fondata su una pena frutto dell'accordo delle parti, regolarmente ratificato dal giudice, formatosi però su parametri edittali dichiarati in seguito incostituzionali.

⁴⁰ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit. Già in dottrina si è sottolineata la duplice dimensione del giudicato penale: la dimensione relativa all'accertamento del fatto, che risulta intangibile; e la dimensione concernente la determinazione della pena, che invece è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio *in bonam partem*. Cosicché va affermata la possibilità di rideterminare la pena *in executivis* quando la dichiarazione di incostituzionalità riguarda una norma penale diversa da quella incriminatrice (non il precetto, ma solo dunque la misura della sanzione) (così G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., p. 12 ss.).

La Corte, in primo luogo, distingue l'ipotesi della sentenza di patteggiamento definitiva da quella del patteggiamento non ancora irrevocabile, nella quale la soluzione pacifica in giurisprudenza è nel senso dell'invalidità dell'accordo concluso tra le parti con il conseguente annullamento senza rinvio della sentenza: è invalida la base negoziale sulla quale l'accordo è maturato, e dunque si ritiene viziata anche la decisione che lo ha recepito. In relazione alla pronuncia di patteggiamento irrevocabile, la presenza del giudicato formale impedisce invece che il vizio riguardante la quantificazione illegale della pena oggetto dell'accordo possa estendersi alla sentenza stessa, ossia al titolo esecutivo che si è già formato. Non è pertanto il titolo esecutivo nella sua interezza che deve essere messo in discussione, bensì solo la parte di esso che attiene alla quantificazione della pena. Il giudice dell'esecuzione non è tenuto alla revoca del titolo esecutivo, dovendo viceversa operare soltanto una parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena; e ciò perché persiste la validità intrinseca dell'accordo nel suo nucleo concernente la definizione giuridica del fatto, l'individuazione delle circostanze e il relativo bilanciamento⁴¹.

Premesso dunque che la legalità della pena deve sempre essere assicurata anche nella fase dell'esecuzione, le Sezioni unite "Marcon" rifiutano entrambi gli orientamenti giurisprudenziali che si contrappongono circa il procedimento da seguire per la rideterminazione della pena: sia quello il quale afferma che il calcolo della sanzione deve avvenire con un criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale, sia quello che muove da una svalutazione del contenuto pattizio (prescinde in pratica dalla volontà delle parti) e sostiene la tesi della libera determinazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione. Il primo indirizzo limita la discrezionalità in sede di esecuzione, finendo così per disattendere le acquisizioni della più recente giurisprudenza a sezioni unite (sentenze "Ercolano" e "Gatto"), la quale riconosce al giudice dell'esecuzione ampi poteri e margini di apprezzamento. Il difetto del restante indirizzo è quello di prescindere del tutto dall'accordo delle parti, attribuendo al giudice

⁴¹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit.

dell'esecuzione l'intero potere di rideterminazione della pena oggetto del patteggiamento.

Le Sezioni unite adottano una soluzione che si discosta dunque da entrambi gli orientamenti di legittimità formati in proposito (cfr. il § che precede). Esse individuano nella applicazione analogica della disciplina prevista dall'art. 188 disp. att. c.p.p. lo strumento processuale per rimodulare la pena, oggetto della sentenza di patteggiamento irrevocabile, diventata illegale a seguito della declaratoria di incostituzionalità intervenuta con la sentenza n. 32 del 2014. Le regole procedurali contenute nell'art. 188 disp. att. c.p.p. consentono di rideterminare la pena oggetto del patteggiamento irrevocabile, qui non perché si è riconosciuta la presenza della continuazione, bensì in quanto è necessario sostituire una pena divenuta illegale per effetto dell'accertata invalidità costituzionale dei parametri edittali sulla scorta dei quali le parti hanno raggiunto l'accordo⁴².

Ad avviso della Corte il ricorso analogico alla disciplina dell'art. 188 disp. att. c.p.p. assicura alle parti la possibilità di rinnovare l'accordo, rispettando l'essenza stessa dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta. Invero, il condannato e il pubblico ministero possono sottoporre al giudice dell'esecuzione un nuovo accordo sulla pena, calcolata in relazione alla cornice edittale ripristinata dalla citata sentenza costituzionale n. 32. In caso di mancato accordo per il dissenso del pubblico ministero, seguendo quanto disposto dall'art. 188 disp. att., il giudice dell'esecuzione può comunque accogliere la richiesta se ritiene il dissenso ingiustificato; egualmente qualora il pubblico ministero resti inerte, il giudice dell'esecuzione può accogliere la proposta del condannato, sostanziosamente l'inerzia del pubblico ministero quale implicito dissenso.

Sotto il profilo applicativo, le Sezioni unite hanno riconosciuto, per un verso, al giudice dell'esecuzione il potere di valutare la congruità della pena richiesta dalle parti; dall'altro verso, escludono che il giudice possa limitarsi a respingere il patteggiamento, perché implicitamente vi sarebbe una conferma della pena illegale oggetto

⁴² Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit.

dell'accordo originario che invece deve assolutamente essere rimossa. La Corte ha ritenuto poi non praticabile la soluzione che in questo caso il condannato possa ripresentare una nuova richiesta: si tratta di una opzione in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo e di economia processuale, che potrebbe ingenerare una proliferazione di istanze e di conseguenza l'allungamento senza certezze dei tempi di decisione per sostituire la sanzione illegale. Pertanto, al giudice dell'esecuzione, in presenza di una pena stimata incongrua, deve essere riconosciuto il potere di rideterminare la sanzione autonomamente, poiché vi è una obiettiva esigenza di eliminare una pena diventata illegale. Né questo potere di rideterminazione autonoma della pena produce una distorsione inconcepibile rispetto alla struttura del patteggiamento essendo già previste altre ipotesi in cui il giudice prescinde dall'esistenza dell'accordo (art. 448 c.p.p., art. 188 disp. att. c.p.p.).

E comunque tale potere di rimodulazione diretta della pena da parte del giudice dell'esecuzione è sempre subordinato al previo esperimento di un tentativo di patteggiamento poi fallito che fa sorgere la necessità di eliminare la pena illegale. Il giudice dell'esecuzione deve dunque procedere autonomamente alla rideterminazione della pena adoperando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p., alla luce dei canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità che tengano conto dei nuovi parametri edittali⁴³.

Laddove invece – in tema di sentenza irrevocabile di patteggiamento, in ordine a reati di detenzione di c.d. droghe leggere – il giudice dell'esecuzione proceda d'ufficio, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, alla rideterminazione della pena illegale, senza tentare la rielaborazione di un accordo tra le parti, ai sensi dell'art. 188 disp. att. c.p.p., tale provvedimento è

⁴³ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit. Successivamente la Corte di cassazione a sezioni semplici ha statuito che il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena applicata con sentenza irrevocabile ex art. 444 c.p.p., divenuta illegale a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, in mancanza di un nuovo accordo tra le parti o in caso di incongruità della pena indicata, è tenuto a rispettare la misura della riduzione per la scelta del rito originariamente concordata. La Corte, in motivazione, ha precisato che, in materia di patteggiamento, detta misura costituisce oggetto essenziale dell'accordo tra le parti (Cass., sez. I, 28 ottobre 2015, n. 49935, in *C.E.D. Cass.*, n. 265697).

affetto da nullità insanabile, ponendosi l'intervento diretto del giudice al di fuori del modello procedimentale, con conseguente lesione dei diritti delle parti ed alterazione della fisionomia complessiva del rito speciale⁴⁴.

Quanto infine alla possibilità di riconoscere la sospensione condizionale della pena in sede esecutiva, per le Sezioni unite le parti nel nuovo accordo possono includere anche la sospensione condizionale esclusa in precedenza perché, ad esempio, non ricompresa nei limiti di pena. Resta nondimeno ferma la valutazione del giudice dell'esecuzione che può non condividere l'applicazione del beneficio, e di conseguenza è tenuto a recepire l'accordo (se la pena è reputata congrua) senza però la sospensione condizionale della pena. Non è escluso inoltre che nell'ipotesi di autonoma rideterminazione della pena, il giudice dell'esecuzione possa autonomamente disporre l'applicazione di tale beneficio⁴⁵.

7.6.1. Gli esiti del caso "Marcon"

Ora nel caso "Marcon", le Sezioni unite hanno ritenuto fondato il presupposto alla base del ricorso del condannato: ossia che la pena concordata nella sentenza di patteggiamento è illegale a seguito degli effetti propagatisi dalla sentenza costituzionale n. 32 del 2014. La Corte ha pertanto annullato l'ordinanza impugnata con rinvio al giudice dell'esecuzione, per consentire alla parte di formulare nell'udienza di rinvio (ai sensi dell'art. 666 c.p.p.) una proposta di accordo sulla pena da sottoporre al pubblico ministero secondo le modalità di cui all'art. 188 disp. att. c.p.p.

Le parti, tuttavia, nell'udienza davanti al giudice dell'esecuzione non hanno raggiunto un nuovo accordo per la quantificazione della pena. Cosicché, il Gip presso il Tribunale di Padova, nella qualità di giudice dell'esecuzione, ha autonomamente provveduto alla rideterminazione della pena impiegando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.⁴⁶.

⁴⁴ Così Cass., sez. I, 3 novembre 2015, n. 35465/2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 267577.

⁴⁵ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, cit.

⁴⁶ Trib. Padova, sez. G.i.p., 26 ottobre 2015, n. 197/2015 SI GE, Marcon, Giud. Fortuna.

Il giudice dell'esecuzione ha stimato equo individuare la pena base detentiva in cinque anni di reclusione; pena dunque ampiamente superiore al minimo edittale ripristinato (sei anni), motivata con la gravità significativa del fatto con riferimento alla fattispecie consumata. Dopo aver operato la medesima riduzione come nella fase di cognizione ex art. 62-*bis* c.p., l'aumento ex art. 81 c.p. riguardo alla ipotesi di fattispecie tentata e ridotta la pena per il rito di un terzo (come in fase di cognizione), la pena inflitta è stata rideterminata nella misura di due anni e sei mesi di reclusione, così discostandosi in modo poco rilevante dalla precedente pena detentiva *illo tempore* irrogata al Marcon, ex art. 444 c.p.p., e quantificata in tre anni di reclusione.

7.7. La riparazione del danno da errore del legislatore?

Si è ampiamente detto come il Parlamento nel 2006 ha impiegato, in modo improprio, il potere che la Costituzione gli assegna al fine di convertire un decreto legge, inserendo nella legge di conversione emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del decreto legge, rompendo così il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione istituito dall'art. 77, comma 2, Cost. Nella legge n. 49/2006 (legge c.d. "Fini-Giovanardi") il Parlamento ha infatti introdotto norme in materia di stupefacenti totalmente eterogenee rispetto al contenuto del decreto legge riguardante invece le Olimpiadi invernali di Torino.

Si è trattato di un caso di assoluta carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione, che ha implicato un vizio così radicale della legge di conversione tale da impedire l'effetto abrogativo della precedente normativa (legge "Iervolino-Vassalli"). Vi è stato un chiaro "errore" del legislatore parlamentare, che non rispettando la funzione tipica della legge di conversione, ha agito in una situazione di carenza di potere.

Non è esclusa qui dunque la presenza di "danni" subiti da soggetti condannati in conseguenza delle pene illegali inflitte sulla base di una normativa sugli stupefacenti mai entrata validamente in vigore: condanne in cui talvolta il trattamento sanzionatorio è stato interamente eseguito nei confronti del reo.

È tuttavia assente una specifica disciplina per ristorare i danni (patrimoniali/non patrimoniali) patiti da una persona per effetto di un "errore" del legislatore; e derivanti qui dalla espiazione di una pena (o di una frazione di essa) irrogata sulla scorta di una norma mai stabilmente e validamente immessa nel nostro ordinamento giuridico. Ciò è forse spiegabile, per un verso, perché la Costituzione al comma 4 dell'art. 24 prende in considerazione unicamente il diritto "alla riparazione degli errori giudiziari" e non già dunque gli "errori" del legislatore; per altro verso, sulla base del "troppo" recente mutamento giurisprudenziale innescato dalle Sezioni unite "Gatto" in tema di intangibilità del giudicato e norme-penali-non-incriminatrici incostituzionali (cfr. *retro* Cap. VI § 8), che ancora quindi non ha avuto il tempo di una "metabolizzazione" legislativa.

Dobbiamo quindi muovere dall'assunto della mancanza di una specifica disciplina per riparare i danni patrimoniali/non patrimoniali subiti da un soggetto condannato ad una determinata pena sulla scorta di una normativa sanzionatoria radicalmente invalida sin dall'origine, perché frutto di un "errore" del legislatore.

Tuttavia il soggetto condannato, per effetto delle norme della l. n. 49/2006, può avere qui espiato l'intera pena inflittagli; pena che, lo si ripete, è stata calcolata sulla base di una disciplina sanzionatoria mai validamente vigente. Il *quantum* di pena patito dal reo potrebbe essere stato maggiore di quello che avrebbe scontato in base all'effettiva norma sanzionatoria vigente all'epoca. Nei confronti del reo è stata allora definitivamente eseguita una porzione di pena in più, e comunque la pena è stata determinata dal giudice in relazione ad una cornice editale non realmente vigente all'epoca; come poi accertato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 che ha colto l'errore legislativo nell'ambito del quale si è generata una norma radicalmente invalida, non in grado nemmeno di innovare nell'ordinamento: senza la forza cioè di abrogare la previgente disciplina per effetto del principio cronologico.

Ora la "riparazione per l'errore legislativo" non dovrebbe essere né una forma di risarcimento del danno per fatto illecito altrui né un mero indennizzo per atto legittimo, ma dovrebbe consistere in una autonoma misura riparatoria volta a ristorare tanto la sofferenza morale quanto il danno materiale patito dal condannato a seguito dell'errore del legislatore.

La disciplina potrebbe essere costruita sulla falsariga della normativa – in tema di “revisione” delle sentenze di condanna – sulla riparazione dell’errore giudiziario (ai sensi degli artt. 643 e ss. c.p.p.), stante il tratto comune: il superamento dell’intangibilità del giudicato in entrambe le ipotesi; tenendo presente però le peculiari differenze. L’istituto della “revisione” si fonda in sostanza sul presupposto che il condannato avrebbe dovuto invece essere prosciolto: l’ingiustizia sostanziale della condanna e la necessità dell’eliminazione dell’errore giudiziario; sicché l’esito è la revoca della decisione di condanna passata in giudicato⁴⁷. Quanto all’errore legislativo è qui foriero di norme sul trattamento sanzionatorio illegittime costituzionalmente, perché affette da un vizio formale talmente grave da impedirgli finanche di innovare l’ordinamento; errore-vizio che tuttavia può dar luogo unicamente alla rideterminazione, da parte del giudice dell’esecuzione, del trattamento sanzionatorio in senso favorevole qualora la pena non sia stata del tutto eseguita.

Non parrebbe, infatti, avere un diritto alla riparazione dell’errore legislativo il condannato in via definitiva il quale abbia ancora la possibilità di farsi rideterminare la pena in sede esecutiva ed evitare di espriare la porzione di pena calcolata sulla base della (pseudo) norma concernente il trattamento sanzionatorio, norma dichiarata poi illegittima dalla Corte costituzionale per l’errore del legislatore.

Nel caso invece in cui il condannato abbia espriato l’integrale sanzione inflittagli, si dovrebbe riparare il danno per effetto dell’errore del legislatore. Ma in che modo? Ad esempio, si potrebbe attribuire al condannato – nei confronti del quale la pena è stata già del tutto eseguita – un diritto a una riparazione commisurata alla durata dell’espiazione della maggiore pena e alle conseguenze personali e familiari derivanti da quest’ultima.

Si potrebbe stabilire il pagamento da parte dello Stato di una somma di denaro, che rappresenti l’equivalente monetario del danno cagionato in virtù dell’errore del legislatore, che ha portato il condannato a scontare una porzione di pena maggiore.

⁴⁷ Cfr. Cass., sez. un., 26 settembre, 2001, n. 624, Pisano.

Per quanto concerne la quantificazione della misura riparatoria, nel procedimento di liquidazione del danno il giudice potrebbe impiegare sia il “criterio risarcitorio” (con riferimento ai danni patrimoniali e non patrimoniali) sia il “criterio equitativo” rispetto alle voci non esattamente quantificabili⁴⁸.

⁴⁸ Cfr., in relazione all’istituto della revisione, Cass., sez. IV, 20 gennaio 2014, n. 10878, in *C.E.D. Cass.*, n. 252446.

8. Il ripristino delle tabelle degli stupefacenti e la rilevanza penale dei fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014

Sommario: 8.1. Il d.lg. n. 36 del 2014 e il ripristino delle tabelle caducate. – 8.2. La tesi della parziale *abolitio criminis*. – 8.3. La nozione legale di sostanza stupefacente. – 8.4. La deroga alla retroattività *in mitius*. – 8.5. La rimessione alle Sezioni unite. – 8.6. Le Sezioni unite “De Costanzo” decidono per l'irrilevanza penale delle sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle successivamente all'entrata in vigore della legge “Fini-Giovanardi”. – 8.7. La questione risolta dalle Sezioni unite “De Costanzo” osservata da una diversa angolazione.

8.1. Il d.lg. n. 36 del 2014 e il ripristino delle tabelle caducate

E veniamo adesso all'ulteriore fattore di innovazione del sistema penale degli stupefacenti, che è consistito nel ripristino delle tabelle caducate (d.lg. n. 36 del 2014)¹.

¹ Sulla caducazione del sistema tabellare, cfr. G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 24 ss.; M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 30 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 82 ss.; A. VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio*, cit., p. 43 ss.; G. TOSCANO, *Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d.*

Si è fatto cenno in precedenza alla circostanza che gli artt. 13 e 14 t.u. stup. – nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, i quali legittimavano il sistema unificato del trattamento sanzionatorio delle condotte illecite afferenti alle diverse tipologie di sostanze stupefacenti² – sono stati demoliti a seguito della citata sentenza n. 32 del 2014, facendo rivivere così la precedente disciplina della legge “Iervolino-Vassalli”.

Da una parte sono venute meno le disposizioni che raggruppavano in due tabelle le sostanze stupefacenti (nella prima tabella tutte le droghe, sia quelle “pesanti” sia quelle “leggere”; nella seconda tabella i medicinali, ripartita in cinque sezioni), con l’ulteriore caducazione consequenziale delle tabelle contenenti l’elenco delle sostanze stupefacenti allegate a tali disposizioni invalidate dalla Corte e dei successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle stesse³. Dall’altra parte, e di conseguenza, si sono ripristinate le disposizioni e le sei tabelle previste dal previgente testo del d.P.R. n. 309 del 1990 con le relative sostanze stupefacenti.

L’annullamento da parte della Corte costituzionale tramite la sentenza n. 32 del 2014 delle disposizioni della legge “Fini-Giovanardi” concernenti le tabelle (criteri di formazione delle tabelle ed elenco delle sostanze ivi contenute aggiornato periodicamente con decreto ministeriale) ha determinato, pertanto, la reviviscenza delle

Fini-Giovanardi, in *Leg. pen.*, n. 4, 2014, p. 357 ss.; E. MAZZANTI, *Punti fermi e questioni in sospeso nella recente evoluzione del diritto penale in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 528 ss.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 534 ss.

² In proposito, cfr. S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 555 ss.; C. RUGA RIVA, *Stupefacenti e doping*, in *Diritto penale, parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 169 ss.

³ In senso difforme, secondo un orientamento di merito (Procura della Repubblica di Lanciano), menzionato nell’ordinanza di rimessione, vi sarebbe spazio per far salva comunque la classificazione delle nuove sostanze, avvenuta attraverso decreti approvati durante la vigenza della legge “Fini-Giovanardi”, giacché i decreti ministeriali di aggiornamento non presupporrebbero necessariamente la vigenza delle norme dichiarate incostituzionali (artt. 4-bis e 4-vicies ter). Ciò, in quanto, la parziale modifica del procedimento, quale quella introdotta dalla legge “Fini-Giovanardi”, non dovrebbe considerarsi idonea a far perdere validità ai decreti stessi, anche in considerazione della coincidenza dei criteri di classificazione delle sostanze tra la disciplina censurata e quella che ha ripreso vigore.

tabelle e delle sostanze che operavano sotto la vigenza della legge "Iervolino-Vassalli"; nel breve lasso temporale delimitato però dall'entrata in vigore del d.lg. n. 36 del 2014 (il 21 marzo 2014). Quest'ultimo provvedimento ha riproposto le tabelle della disciplina dichiarata invalida con le relative inedite sostanze stupefacenti che negli anni erano state immesse per mezzo di decreti ministeriali, senza tuttavia ripresentare l'assetto a suo tempo determinato dalla legge "Fini-Giovanardi".

In particolare, il sistema è adesso stato articolato su quattro tabelle (più una quinta relativa ai medicinali) in cui sono state ridistribuite le sostanze che, sulla base della l. n. 49 del 2006, erano raggruppate nelle due tabelle soppresse dalla pronuncia costituzionale, in modo che per ciascuna sostanza venga fatto salvo il regime sanzionatorio di cui alle disposizioni originarie del testo unico ripristinate dalla sentenza della Corte n. 32 del 2014.

In pratica, per ovviare alla situazione di incertezza determinatasi, il Governo nel C.d.m. 14 marzo 2014 ha approvato un decreto legge (20 marzo 2014, n. 36), il quale ha reintrodotto le tabelle venute meno a seguito della sentenza della Consulta, aggiornandole con l'inserimento di circa cinquecento nuove sostanze stupefacenti (per la maggior parte "droghe sintetiche"), che dal 2006 ad oggi erano state via via aggiunte nelle tabelle attraverso decreti ministeriali (in virtù di ventidue provvedimenti di aggiornamento).

La reintroduzione delle tabelle caducate dalla sentenza della Corte costituzionale, contenenti le nuove sostanze stupefacenti che dal 2006 erano state immesse negli elenchi ministeriali (attraverso la previsione di quattro tabelle, in cui sono state inserite al loro interno tutte le sostanze raggruppate nella tabella I della legge "Fini-Giovanardi"), ha come esplicita funzione, evidenziata nel preambolo del decreto legge, di «assicurare la continuità della sottoposizione al controllo del Ministero della salute delle predette sostanze e il rispetto delle convenzioni internazionali in base alle quali sono state aggiornate le relative tabelle».

Nel preambolo del decreto legge viene indicata inoltre la "straordinaria necessità e urgenza" di ripristinare, a tutela della salute pubblica e dell'esigenza di certezza giuridica, la disciplina normativa vigente; garantendo la continuità degli effetti dei

provvedimenti amministrativi spazzati via dalla citata sentenza n. 32 della Corte costituzionale.

A tal fine – e cioè di assicurare l'efficacia degli atti amministrativi già adottati – l'art. 2 nella versione del decreto legge n. 36 del 2014 (poi modificata come vedremo successivamente in sede di conversione) ha prescritto che «a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto *continuano* a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014» (ossia il 5 marzo 2014).

Si tratta di una vera e propria “disposizione transitoria”: la logica del citato art. 2 è indiscutibilmente quella di porre una disciplina transitoria, che consenta di evitare una frattura tra “il prima e il dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 circa gli effetti degli atti amministrativi adottati ai sensi del t.u. stupefacenti. Ciò è chiarissimo nella formulazione della disposizione proposta dal decreto legge, che nell'enunciato usa il verbo “continuano” rispetto alla produzione di effetti degli atti amministrativi emanati sino alla data di pubblicazione della pronuncia costituzionale.

La disposizione di cui all'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 ha inteso, quindi, ripristinare la sottoposizione ai controlli previsti dal testo unico non solo delle sostanze originariamente contenute nelle tabelle allegate al testo unico per effetto della legge "Fini-Giovanardi", ma pure delle sostanze sottoposte a controllo in forza dei decreti successivamente emanati dal Ministero della salute ai sensi dell'art. 13 del t.u. stup., e assicurare così la “continuità” della loro rilevanza dal 2006 ad oggi⁴.

⁴ La scelta di assicurare la perdurante efficacia agli atti amministrativi venuti meno in virtù della sentenza della Corte costituzionale, che ha caducato numerose disposizioni introdotte dalla legge “Fini-Giovanardi”, trova la sua ragione anche nel cercare di ovviare ai numerosi provvedimenti amministrativi adottati in forza proprio delle disposizioni demolite; provvedimenti concernenti, ad esempio: le autorizzazioni alla produzione o alla fabbricazione delle sostanze stupefacenti, l'approvazione dei ricettari per prescrivere medicinali con effetti stupefacenti, la registrazione informatica e il trasporto di tali medicinali, etc. (cfr. la *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di V. PAZIENZA).

8.2. La tesi della parziale *abolitio criminis*

In dottrina, si è fornita però una risposta fortemente negativa sulla eventualità che il legislatore possa raggiungere l'obiettivo di assicurare l'efficacia dei provvedimenti ministeriali, che hanno implementato l'elenco delle sostanze stupefacenti, attraverso il decreto legge n. 36 del 2014.

Si è affermato, infatti, che in virtù della pronuncia della Corte, dovranno considerarsi come non validamente abrogate dalla "Fini-Giovanardi" le tabelle ministeriali precedenti al 2006, alle quali dovrà pertanto continuare a farsi riferimento per l'intero periodo dal 2006 al 21 marzo 2014, data di entrata in vigore del citato decreto legge. Né potranno considerarsi validi i successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle tabelle emanati sulla base dell'art. 13 t.u., nella formulazione modificata dalla "Fini-Giovanardi"⁵.

Orbene, si è aggiunto che «l'avvenuto reinserimento nelle tabelle, per effetto del presente decreto legge, delle nuove sostanze già (invalidamente) introdotte nelle tabelle della "Fini-Giovanardi" ad opera della stessa legge 49 del 2006 o dai decreti ministeriali successivi varrà allora ad assicurare "per il futuro" la rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto tali sostanze; ma certo non potrà produrre effetto "retroattivo" rispetto alle condotte compiute sino al 21 marzo 2014, a ciò ostando il principio costituzionale di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Decisivo è, infatti, che tali condotte siano state compiute in un'epoca nella quale le sostanze cui si riferivano non erano ancora state validamente inserite nelle tabelle previste dal t.u.: e tanto basta per escluderne in radice la rilevanza penale»⁶.

⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 2 ss.

⁶ Così F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari*, cit., p. 2 ss.; in senso analogo A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 84; A. VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio*, cit., p. 46; G. TOSCANO, *Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi*, cit., p. 681 ss.; G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 900 ss.; E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 54 ss.; F.

Nel solco di tale impostazione, si è inoltre sostenuto che la nuova inclusione nelle tabelle ad opera del d.lg. n. 36 del 2014 di sostanze che erano state eliminate a seguito della caducazione del sistema tabellare della legge “Fini-Giovanardi”, non vale a “sanare” retroattivamente l’ormai intervenuta *abolitio criminis*. L’eliminazione, infatti, di una sostanza dalle tabelle richiamate dall’art. 73 t.u. stup. (in quanto sostanza non inclusa nelle tabelle della legge “Iervolino-Vassalli” “reintrodotte” a seguito delle sentenza di incostituzionalità), comporta la modifica della fattispecie astratta di reato, con l’eliminazione di un suo possibile oggetto, in quanto l’elencazione delle sostanze contenute nelle tabelle concorre alla descrizione del fatto di reato ed ha quindi una funzione integratrice del precetto⁷.

La caducazione della normativa tabellare, integrativa della fattispecie “in bianco” ex art. 73 cit., si ripercuote perciò con effetti parzialmente abolitivi sui reati ivi previsti. Né gli effetti *de quibus* possono dirsi neutralizzati dal tempestivo recupero delle nuove droghe nel sistema tabellare (introdotte dal d.lg. n. 36 del 2014), la cui retroattività appare evidentemente preclusa dall’art. 25, comma 2, Cost.⁸.

E tale ricostruzione si è consolidata in dottrina sulla scorta della modifica avvenuta in sede di conversione del decreto legge n. 36. La legge di conversione n. 79 ha sostituito nell’art. 2 cit. la parola “continuano” con quella “riprendono”. Si è così scritto che la sostituzione serve «a fugare in radice il dubbio che il legislatore intendesse introdurre una disciplina con efficacia retroattiva, volta ad evitare l’effetto di frattura della continuità normativa prodottasi nella rilevanza penale delle sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle dalla stessa legge n. 49/2006»⁹.

LICATA - S. RECCHIONE - N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, cit., p. 26 ss.

⁷ G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., p. 37 ss.

⁸ Così B. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale*, cit., p. 1904 ss.

⁹ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti*, cit., p. 5 ss.; in senso dubitativo, v. L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 14 ss.

Da notare che la legge di conversione ha aggiunto pure un nuovo comma 1-*bis* all'art. 2, secondo cui nei decreti applicativi del testo unico sugli stupefacenti, adottati dalla data di entrata in vigore della legge n. 49 del 2006 fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ogni richiamo alla tabella II è da intendersi riferito alla tabella dei medicinali di cui all'allegato A del decreto legge n. 36 del 2014.

Occorre, tuttavia, subito osservare che l'idea secondo cui il legislatore abbia appositamente posto il menzionato art. 2 d.lg. n. 36 a garanzia della persistenza dell'efficacia degli atti amministrativi adottati sino alla sentenza della Corte costituzionale, sembra compatibile pure con il cambiamento di verbo in sede di conversione: il passaggio, cioè, da "continuano" a "riprendono" a produrre effetti i previgenti provvedimenti dell'amministrazione.

Ora, all'enunciato legislativo non pare assegnabile il significato più immediato, secondo cui riprendono vigore solo "per il futuro" gli atti amministrativi che hanno introdotto le nuove sostanze stupefacenti a partire dal 2006. E ciò perché è stato proprio il legislatore che con lo stesso decreto legge n. 36 del 2014 ha immesso nelle nuove tabelle allegate le circa cinquecento nuove droghe che erano state spazzate via dalla sentenza della Corte costituzionale.

In altre parole, un'interpretazione che postulasse la ripresa dell'efficacia degli atti amministrativi i quali hanno inserito dal 2006 al 12 febbraio 2014 le nuove droghe non avrebbe senso, perché il legislatore con il decreto legge n. 36 ha autonomamente e "per il futuro" inserito quelle sostanze cancellate dalla decisione del Giudice delle leggi.

E coerentemente la dottrina prima citata è "costretta" invero a ritenere "superflua" la disposizione transitoria dell'art. 2, in quanto a partire dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 36 operano le nuove tabelle, e per i fatti precedenti alla vigenza del medesimo decreto legge si applicano le tabelle antecedenti al 2006¹⁰.

¹⁰ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 6.

Gli atti che “riprendono” a produrre effetti, sono gli atti amministrativi travolti dalla Corte costituzionale che hanno visto sospesa la loro efficacia dal 5 marzo 2014 (data di pubblicazione della sentenza costituzionale) al 21 marzo 2014 (data di entrata in vigore del decreto legge n. 36 che ha inserito le tabelle contenenti anche le nuove sostanze stupefacenti caducate dalla Consulta).

La “ripresa” di produzione di effetti lì dove vi è stata una disciplina analoga inserita per il futuro dal legislatore, non può che essere orientata alla permanenza della pregressa efficacia degli atti amministrativi. Un ripristino per il futuro è ipotizzabile, invece, per il provvedimento amministrativo che aveva fissato i quantitativi massimi detenibili anche ai sensi della circostanza aggravante della ingente quantità (art. 80, comma 2, t.u. stup.) (cfr. *retro* Cap. III § 6)¹¹.

Ebbene, “riprendono” o “continuano” a produrre effetti gli atti amministrativi: l’idea non cambia; si tratta di una disposizione transitoria che serve al legislatore per derogare alle norme o ai principi di diritto intertemporale, alla normale disciplina generale che sarebbe applicabile in base alle comuni regole o principio di diritto intertemporale, in deroga con quanto stabilito dalle generali prescrizioni che regolano, nel settore considerato, la materia intertemporale. E nello specifico, deroga alla necessaria retroattività della modificazione favorevole del sistema penale¹².

8.3. La nozione legale di sostanza stupefacente

Al fine di offrire un contributo alla soluzione delle complesse questioni di ordine intertemporale, sembra necessario muovere dal seguente consolidato dato: le sostanze stupefacenti raggruppate nelle tabelle – secondo il paradigma delle c.d. “norme penali in bianco” – contribuiscono a descrivere la condotta penalmente rilevante nei reati in materia di traffico e spaccio di stupefacenti.

Per quel che concerne il modello delle norme penali in bianco, siamo al cospetto di una classe di norme in cui il legislatore affida a

¹¹ Cfr. L. ROMANO, *La riforma della normativa*, cit., p. 15.

¹² M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 34 ss.

un atto normativo, scaturente da una fonte secondaria, il completamento della norma incriminatrice.

Come è noto, si distingue in proposito tra l'ipotesi che si tratti di provvedimenti normativi "generali e astratti" ovvero di provvedimenti "individuali e concreti del potere esecutivo"¹³.

Nel nostro caso si configura l'ipotesi più semplice concettualmente dello schema di norme penali in bianco che rinviano, per integrare la fattispecie tipica cui è collegata la sanzione penale, a un "provvedimento amministrativo generale e astratto". E pertanto si può senz'altro affermare che le disposizioni amministrative richiamate contribuiscono a delineare la fattispecie astratta della norma incriminatrice¹⁴.

L'atto o la disposizione di fonte sublegislativa richiamata completa il precetto; e più precisamente concorre a integrare l'area normativa di quel tipo di illecito penale.

Cosicché, se viene eliminata definitivamente dal sistema giuridico con efficacia *ex tunc* – tramite una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale – una disposizione che contiene un provvedimento amministrativo il quale contribuisce ad individuare l'area della incriminazione, si determina una irrilevanza penale originaria della classe dei fatti denotati mediante la disposizione caducata.

Si pensi ad una modificazione che attenga ad atti normativi contenenti specificazioni tecniche della fattispecie astratta. Per esempio, proprio alla vicenda della rideterminazione delle tabelle relative alle sostanze stupefacenti. Il compito di individuare le sostanze stupefacenti vietate è qui rimesso al Ministero della salute, che le include in un'apposita tabella. Il sistema tabellare stabilisce che possono essere sanzionate penalmente soltanto quelle condotte che

¹³ Sviluppano in modo approfondito la distinzione G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 99 ss.; v. altresì P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, p. 67 ss.; v. poi M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, p. 264 ss.

¹⁴ Cfr. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Giappichelli, 2012, p. 252 ss. In rapporto alla funzione integratrice dei regolamenti, cfr. M. ROMANO, "Repressione" della condotta antisindacale", Giuffrè, 1974, p. 147 ss. Sul tema, l'ampia analisi di G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.

riguardino sostanze inserite nella tabella allegata alla legge, che assolve quindi la funzione di integrare la disposizione incriminatrice circa l'individuazione dell'oggetto materiale della condotta¹⁵.

In tal senso nella prevalente giurisprudenza si è affermato che non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge, perché la nozione di sostanza stupefacente ha natura legale; nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegate al testo unico degli stupefacenti¹⁶.

In particolare, poi, con riferimento alla nozione prettamente legale di sostanza stupefacente accolta nel nostro sistema e alla conseguente rilevanza penale delle sole condotte incluse nelle tabelle, si è posta la seguente questione.

Il problema è rappresentato dalla verifica dell'effettiva riconducibilità o meno della monoacetilmorfina tra le sostanze stupefacenti considerate dalla norma incriminatrice di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73.

Al quesito una parte della giurisprudenza ha fornito una risposta positiva.

Si è asserito, infatti, che se per un verso non v'è dubbio che la disposizione incriminatrice a fattispecie plurime disciplinata di cui all'art. 73 t.u. stup. presuppone che l'oggetto materiale del reato, nelle sue diverse forme di manifestazione, sia costituito da una delle

¹⁵ G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Laurus Robuffo, Roma, 2006, p. 37 ss. E più in generale sul tema, cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994, p. 47 ss.; G. GENTILE, *Appunti sulla (pretesa) natura tecnica dell'individuazione delle sostanze stupefacenti*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di G. Balbi, A. Esposito, Giappichelli, 2011, p. 237 ss.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kreml, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073, per la quale la nozione di stupefacente ha natura legale: nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti; Cass., sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, Cardoni, *ivi*, n. 250693, secondo cui la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte subprimaria che integra la fattispecie penale, alla quale va applicato il principio di non retroattività. In senso conforme Cass., sez. IV, 18 aprile 2005, n. 20907, Hassan, *ivi*, n. 231561. Cfr. inoltre Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, Ndreu, *ivi*, n. 249113, secondo cui la nozione di stupefacente ha natura legale, sicché sono assoggettate alla disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990 solo le sostanze specificamente indicate nelle tabelle previste dall'art. 14 di detto d.P.R.

sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle allegate alla legge richiamate dagli artt. 13 e 14 t.u. cit., poiché la nozione di sostanza stupefacente adottata dal legislatore nazionale ha carattere meramente "legale". Per altro verso, è altrettanto indubbio che, ai fini dell'inquadramento di una determinata sostanza dotata di effetti stupefacenti o psicotropi in una delle specie elencate nelle tabelle del testo unico, debba aversi riguardo all'effettiva nozione della sostanza "tabellata", nel rispetto dei generali criteri di catalogazione dettati dal d.P.R. n. 309 del 1990 (art. 14)¹⁷.

Seppure il Ministero della salute non abbia formalmente inserito nella tabella 1 la monoacetilmorfina, inserendovi – oltre al prodotto vegetale primario rappresentato dall'oppio – la morfina e l'eroina (diacetilmorfina) ed altri derivati noti in farmacologia. Nondimeno ciò non significa che la monoacetilmorfina possa davvero valutarsi estranea alle categorie di sostanze stupefacenti "tabellate".

Si è osservato che, nei limiti di una classificazione tabellare pur ampia, non sarebbe stato possibile includere in tabella tutti i possibili ed innumerevoli derivati, per sintesi chimica o naturale ovvero integranti passaggi "intermedi" del processo di trasformazione, delle sostanze tabellate.

Ebbene, la monoacetilmorfina, pur non essendo formalmente inserita nella tabella 1 allegata al d.P.R. n. 309 del 1990, è un diretto derivato della morfina, sostanza "tabellata", che si ottiene nel procedimento di acetilazione che conduce alla formazione dell'eroina, sostanza anch'essa "tabellata", la cui definizione chimica è non a caso quella di diacetilmorfina. In altri termini la monoacetilmorfina, rappresentando un "tappa intermedia" tra morfina ed eroina, è un prodotto della morfina, sostanza elencata nella tabella 1 del testo unico sugli stupefacenti. Ciò che vale ad attribuire, senza incorrere in alcuna ipotesi di analogia *in malam partem* e nel rispetto del principio di tassatività, rilievo penale alla sua detenzione per illeciti fini di vendita¹⁸.

¹⁷ Cass., sez. VI, 1 aprile 2011, n. 14431, Qotbi, in *C.E.D. Cass.*, n. 249396.

¹⁸ Cass., sez. VI, 1 aprile 2011, n. 14431, Qotbi, cit. In senso conforme Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7965, Figliolia, in *C.E.D. Cass.*, n. 249112.

In senso contrario, v. Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, Ndreu e altri, *ivi*, n. 249113, secondo cui la nozione di stupefacente ha natura legale, sicché sono assoggettate alla

In pratica, si reputa punibile lo spaccio o la detenzione di una sostanza che – pur non inclusa nell'apposita tabella – abbia delle caratteristiche tali da farla ritenere di natura stupefacente, in quanto deriva per sintesi chimica o naturale da una sostanza inserita nella tabella degli stupefacenti; non appare, cioè, eluso il principio di tassatività (e il divieto di analogia) ancorché si prescinda dalla formale inclusione di questa sostanza nelle tabelle allegate al testo unico degli stupefacenti¹⁹.

Tramite la clausola sussidiaria (o residuale) di cui all'art. 14 comma 2 t.u. stup.²⁰ è perciò consentito assimilare le sostanze stupefacenti identiche molecolarmente a quelle tabellate, ma con diversa formula di struttura o con diverso orientamento degli atomi ovvero composti organici prodotti dalle reazioni chimiche. Sono dunque sostanze stupefacenti a tutti gli effetti anche quelle sostanze che, pur avendo identica formula molecolare, presentano delle variazioni (come gli isomeri o gli stereoisomeri) o composti organici prodotti dalla reazione di acetilazione di un alcol o di un fenolo con acido carbonilico o un suo derivato (gli esteri). In tal modo è rispettato il principio di legalità riguardo a situazioni che potevano generare incertezze giurisprudenziali²¹.

disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990 solo le sostanze specificamente indicate nelle tabelle previste dall'art. 14 di detto d.P.R. Nel caso di specie la Corte, annullando con rinvio per diversità del fatto la sentenza della Corte d'appello che aveva ritenuto la responsabilità per il reato di tentativo di detenzione di eroina a fronte della contestata detenzione di monoacetilmorfina, ha affermato non essere tale ultima sostanza inclusa nelle tabelle suddette.

¹⁹ Cfr. Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 19646, Bergamo, in *C.E.D. Cass.*, n. 252905; Cass., sez. VI, 1° aprile 2011, n. 14431, Qotbi, *ivi*, n. 249396; Cass., sez. III, 11 ottobre 2011, n. 46197, Buggiani, *ivi*, n. 251605.

²⁰ «Nelle tabelle di cui al comma 1 sono compresi, ai fini della applicazione del presente testo unico, tutti gli isomeri, gli esteri, gli eteri, ed i sali anche relativi agli isomeri, esteri ed eteri, nonché gli stereoisomeri nei casi in cui possono essere prodotti, relativi alle tabelle I, II, III e IV, e ai medicinali inclusi nella tabella dei medicinali, salvo sia fatta espressa eccezione» (art. 14, comma 2, t.u. stup.). Cfr. sul punto M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 16 ss., il quale osserva che di questa indicazione si è tenuto conto nella redazione delle tabelle: in calce alla tabella I del testo introdotto con la l. n. 79 del 2014 è infatti inserita una formula analoga.

²¹ Per quanto concerne poi la giurisprudenza di legittimità in materia di tutela sanitaria delle attività sportive, si è asserito che la natura dopante delle sostanze, la quale costituisce presupposto per l'integrazione dei reati previsti dall'art. 9 della l. 14 dicembre 2000, n. 376, può essere desunta anche da una serie di elementi di tipo oggettivo che consentono di

Va privilegiato quindi il criterio di selettività tabellare, quale mezzo di riconoscimento della natura legale delle sostanze stupefacenti. E pertanto, se viene eliminata una sostanza stupefacente dalla tabella, si circoscrive l'area di illiceità penale: riducendosi le tipologie di condotte prese in considerazione dal frammento di norma; e di conseguenza si restringe anche l'ambito sanzionatorio della norma incriminatrice²².

Occorre però mantenere separate le ipotesi in cui il ripermimento è avvenuto ad opera di una modifica legislativa, da quelle in cui si è prodotto in virtù di una decisione ablativa della Consulta. Nel primo caso siamo in presenza di una vicenda parzialmente abolitiva dell'incriminazione, nel restante di una originaria irrilevanza penale della sottofattispecie astratta invalidata a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale.

Nel caso in esame riguardante la materia degli stupefacenti, non si è trattato di una vicenda parzialmente abrogativa, bensì dell'annullamento di una serie norme incriminatrici ricavabili dalle disposizioni caducate *ex artt.* 13 e 14 t.u. stupefacenti; cui è seguita la posteriore introduzione da parte del legislatore di nuove figure di reato dal medesimo contenuto.

La situazione è allora assoggettata alle garanzie stabilite, per un verso, dall'art. 136 Cost. e dall'art. 30 l. n. 87 del 1953, che vietano l'applicazione della norma invalidata facendo altresì retroagire al momento dell'entrata in vigore della norma l'efficacia della caducazione con esiti di modificazione *in mitius* del sistema penale in via retrospettiva; e dall'altro verso da quelle apprestate dall'art. 25

includere le stesse all'interno delle classi previste dall'art. 2 della medesima legge, indipendentemente dalla acquisizione delle tabelle ministeriali recanti la classificazione dei farmaci e delle pratiche vietate, in quanto a queste deve assegnarsi carattere meramente ricognitivo. Ritenendosi nel caso di specie corretta l'affermazione di penale responsabilità per il reato di commercio di sostanze dopanti riguardo ad attività avente ad oggetto il testosterone e suoi derivati, in quanto sostanze notoriamente adoperate per le loro proprietà anabolizzanti (così Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36700, Ferraro, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1333, con commento critico di S. BONINI, *Il commercio di farmaci dopanti: coinvolti i principi di riserva di legge, determinatezza e offensività*. In argomento, cfr. inoltre Cass., sez. un., 29 novembre 2005, n. 3087, Cori, in *C.E.D. Cass.*, n. 232557).

²² In questo senso, in giurisprudenza, v. Cass., sez. IV, 22 febbraio 2006, n. 17230, Sepe, in *C.E.D. Cass.*, n. 234029.

comma 2 Cost. e dall'art. 2 comma 1 c.p., riguardanti l'applicazione solo per il futuro della nuova incriminazione.

Non viene in rilievo dunque una *abolitio criminis*, perché quest'ultima è legata ad una nuova scelta politico-criminale del legislatore che nel nostro caso non si è avuta. È stata, invece, accertata da parte della Corte costituzionale una invalidità normativa per un vizio formale/procedurale, che ha determinato una espulsione definitiva con efficacia retroattiva della norma dall'ordinamento; e solo successivamente si è reintrodotta una figura di reato con la medesima fattispecie astratta²³.

Ora se proviamo a seguire la dottrina prima citata, e pertanto riteniamo che l'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 (convertito con modificazioni dalla l. n. 79 del 2014) non possa fare salvi i fatti di reato concernenti le sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle ripristinate (in relazione alle specifiche sostanze introdotte sulla scorta delle nuove acquisizioni scientifiche a partire dal 2006), le conseguenze giuridiche dovrebbero essere le seguenti.

Per le sentenze passate in giudicato, la disciplina applicabile dovrebbe essere quella dell'art. 673 c.p.p. in tema di revoca della sentenza definitiva di condanna in fase esecutiva: non il relazione però al primo caso di abrogazione, bensì al secondo caso preso in considerazione dalla disposizione e concernente l'"illegittimità costituzionale della norma incriminatrice"²⁴. Quanto ai processi penali ancora in corso, l'esito dovrebbe essere l'immediata declaratoria del giudice – ex art. 129 c.p.p. – che il fatto non è previsto dalla legge come reato a seguito della dichiarazione di incostituzionalità che ha interessato la previsione incriminatrice (stessa formula nella fase delle indagini preliminari per la richiesta di archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p.)²⁵.

²³ Per una puntuale valorizzazione della distinzione tra i due fenomeni della abrogazione e della invalidità costituzionale delle norme, cfr. ora Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, ampiamente esaminata *retro* nel Cap. VI.

²⁴ Espressamente in tal senso, cfr. G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., p. 37; G. TOSCANO, *Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi*, cit., p. 684.

²⁵ Cfr. B. LAVARINI, *Incstituzionalità della disciplina penale*, cit., p. 1905; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 84.

8.4. La deroga alla retroattività *in mitius*

L'assetto appena tratteggiato non sembra, tuttavia, l'unica ricostruzione prospettabile in coerenza con la catena di eventi normativi che si sono prodotti negli ultimi tempi in materia di stupefacenti.

A ben vedere, l'art. 2 d.lg. n. 36 cit. (anche nella formulazione adottata dalla legge di conversione che ha sostituito il verbo "continuano" con quello "riprendono") ha in sostanza cercato di introdurre una "deroga" alla operatività del principio della necessaria retroattività della *lex mitior*; principio collegato qui non ad una *abolitio criminis*, ma alla efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità che ha travolto le disposizioni del testo unico e le tabelle contenenti le sostanze stupefacenti della legge "Fini-Giovanardi" in relazione alle singole droghe man mano aggiunte negli elenchi ministeriali.

Il nostro ordinamento contempla, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice o di una o più classi di fattispecie relativa a quest'ultima (art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953) tra le diverse ipotesi, disciplinate positivamente, in cui si determina l'introduzione di una *lex mitior* in senso stretto in ambito penalistico, con la produzione di un "mutamento favorevole retroattivo" nel sistema delle incriminazioni.

L'ordinamento italiano – oltre alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice – prevede, come noto, una serie di ipotesi disciplinate positivamente in cui si determina l'introduzione di una *lex mitior* in senso stretto in ambito penalistico. Per esempio: la mancata conversione di un decreto legge contenente una incriminazione (art. 77 Cost.); l'abolizione di una incriminazione (o di una porzione di essa) (art. 2, comma 2, c.p.); la depenalizzazione di un illecito penale con la sua contemporanea degradazione ad illecito amministrativo (art. 2, comma 2, c.p.; l. n. 689 del 1981); la dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante; la disciplina sanzionatoria (in senso ampio) più favorevole (art. 2, commi 3 e 4, c.p.) (ivi compresa la c.d. legge intermedia favorevole)²⁶.

²⁶ Cfr., in proposito, M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., cap. II.

Bisogna precisare nondimeno che l'art. 136 Cost. sancisce unicamente l'immediata perdita di vigenza della legge dichiarata incostituzionale; cessazione di efficacia della legge invalida che vale solo *pro futuro*: influisce, cioè, sui rapporti e le situazioni sorte dopo la pubblicazione della decisione, e non su quelle venute in essere in precedenza.

Gli effetti retroattivi delle sentenze d'incostituzionalità, vanno riconnessi alla disciplina posta dall'art. 30 l. n. 87 del 1953: è fatto divieto ai giudici di applicare la legge dichiarata incostituzionale rispetto a situazioni sostanziali o giudizi preesistenti (comma 3). Non si verifica qui alcun fenomeno di successione di norme, ma si determina la conseguenza nel processo dell'accertata invalidità della norma in base alla quale esso sarebbe stato risolto²⁷.

Di regola, poi, l'accertata incostituzionalità della legge non produce effetti iperretroattivi: ossia non incide sui rapporti definitivamente chiusi, sulle sentenze passate in giudicato. Soltanto, in materia penale, una legge ordinaria – appunto il comma 4 dell'art. 30 cit. – estende l'incidenza retroattiva delle sentenze di incostituzionalità sulle pronunce di condanna irrevocabili²⁸.

Ebbene, l'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 – nell'interpretazione qui proposta – deroga non al principio di irretroattività e all'assoluto dovere che grava sul giudice penale di applicare le nuove incriminazioni per i fatti commessi dopo la l'entrata in vigore della legge, ma deroga piuttosto al principio della retroattività degli effetti delle sentenze di incostituzionalità di una norma penale per i processi pendenti e finanche oltre il giudicato di condanna (efficacia iperretroattiva sancita dall'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953). E ciò è confermato pure in virtù del riferimento nel testo dell'art. 2 d.lg. n. 36 cit. alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, e non al momento temporale dell'entrata in vigore del decreto legge medesimo.

La questione decisiva da risolvere sembrerebbe, dunque, quella se al legislatore è dato il potere di derogare in casi limite come questo,

²⁷ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 351 ss.

²⁸ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 353 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 153 ss.

definiti nel preambolo del decreto legge n. 32 del 2014 di “grave incertezza giuridica”, al principio di retroattività della *lex mitior*: mutamento favorevole retrospettivo verificatosi qui a seguito di una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia penale, decisione relativa alla caducazione di uno o più elementi integrativi della fattispecie legale.

Si tratterebbe, pertanto, di ammettere l’eventualità di una “eccezione legislativa” alla retroazione degli effetti della sentenza di accoglimento del Giudice delle leggi (art. 136 Cost. e art. 30 l. n. 87 del 1953). Una tipologia di sentenza che in ambito penale, come detto, non trova nemmeno il limite alla sua efficacia retroattiva nella decisione di condanna passata in giudicato; e che, in tale ultima ipotesi, ravvisa il suo fondamento giuridico in due disposizioni di legge ordinaria: l’art. 30, comma 4, l. 87 del 1953 e nell’art. 673 c.p.p.²⁹. E rinviene poi la sua *ratio* nel fatto di ritenere intollerabile di mantener ferma una condanna di chi, alla stregua dei principi costituzionali, non avrebbe dovuto essere condannato³⁰; ovvero non avrebbe dovuto ricevere un trattamento sanzionatorio così afflittivo, secondo quanto ormai affermatosi con le Sezioni unite “Ercolano” e “Gatto” (se dopo una sentenza di condanna irrevocabile, la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma penale “non incriminatrice”, che ha operato in senso sfavorevole sul trattamento sanzionatorio inflitto al condannato, si deve incidere sul giudicato e sostituire la sanzione irrogata)³¹.

È ipotizzabile perciò la legittimità costituzionale di una scelta legislativa che si risolva in una deroga o comunque in una rimodulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento, in campo penale, incentrati sulla loro efficacia retroattiva (e iperretroattiva)?

Il legislatore può, in altre parole, limitare l’efficacia retroattiva delle dichiarazioni di incostituzionalità tramite un ragionevole

²⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 353; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, 1998, p. 770 ss.

³⁰ Cfr., in tal senso, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 248 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 153 ss.

³¹ Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *C.E.D. Cass.*, n. 258649-651; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto (cfr. Cap. VI).

bilanciamento tra i diversi principi e valori costituzionali che vengono concretamente in considerazione, o a ciò è legittimata solo la Consulta ponderando i differenti interessi in gioco?

Ora, lo *status* costituzionale della retroattività *in mitius* ha oggi come punto di riferimento non solo i principi costituzionali interni (“eguaglianza”, “ragionevolezza” delle scelte legislative, “proporzione” tra disvalore della condotta e sanzione), ma, dopo la pronuncia della Corte europea “Scoppola c. Italia” del settembre 2009³², anche l’art. 7 § 1 Cedu. Quest’ultima previsione normativa, per mezzo del parametro dell’art. 117 Cost., ha assunto quindi il ruolo di norma interposta di legittimità costituzionale³³, elevando di conseguenza il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona³⁴.

Nonostante ciò, bisogna escludere che il nuovo inquadramento “convenzionale” del principio di retroattività della norma penale favorevole e la sua inclusione tra le garanzie sancite dall’art. 7 Cedu, oltre a fargli acquisire autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, facendolo divenire “assoluto” e “inderogabile” (come il principio di irretroattività della legge sfavorevole)³⁵. Rimane, quindi, ancora uno spazio per legislatore – e non già per l’interprete – nell’introduzione di limiti, deroghe o eccezioni al canone della retroattività *in mitius*, mediante la tecnica del bilanciamento ragionevole tra gli interessi di rilevanza costituzionale in collisione.

³² C. eur., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (n. 10249/03), in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss., con nota di ICHINO. In argomento, cfr. C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”*, Aracne, 2012, p. 69 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 59 ss.

³³ Cfr. F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 10 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012, p. 158 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit.

³⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1173 ss.; V. MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 284 ss.

³⁵ Cfr. Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021 ss., con commento critico di C. PINELLI; Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, *ivi*, 2012, p. 3440 ss., con commenti di O. MAZZA e V. MANES.

E siffatte previsioni derogatorie se fondate su una ragionevole ponderazione degli interessi e valori in gioco, come nel nostro caso, dovrebbero passare indenni anche al vaglio del giudice ultimo dei diritti fondamentali: ossia la Corte di Strasburgo, che non dovrebbe quindi individuare nella “deroga” un *vulnus* al principio della necessaria retroattività della *lex mitior* di cui all’art. 7 § 1 della Convenzione³⁶.

8.5. La rimessione alle Sezioni unite

La questione della perdurante rilevanza penale dei fatti concernenti le sostanze stupefacenti introdotte per la prima volta nelle tabelle allegate al d.P.R. n. 309 del 1990 a partire dal 27 febbraio 2006, e commessi entro la data del 21 marzo 2014 giorno di entrata in vigore del decreto legge 20 marzo 2014, n. 36, è stata rimessa alle Sezioni unite penali.

In pratica, ci si è chiesti se la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, tramite la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzione delle disposizioni che nel 2006 avevano in modo radicale modificato la normativa in materia di droga, abbia prodotto o meno una serie di *abolitiones criminis* rispetto alle condotte di traffico e spaccio di stupefacenti relative alle sostanze di nuova “tabellizzazione”.

La problematica, sulla quale non esistono precedenti nella giurisprudenza di legittimità, è stata rimessa alle Sezioni unite penali: anzitutto sotto il profilo della novità della questione, e poi a causa della rilevanza della stessa per le significative conseguenze che ne deriverebbero seguendo le diverse opzioni ermeneutiche espresse in proposito dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina, nonché al fine di prevenire eventuali futuri contrasti giurisprudenziali.

Nel caso di specie l’imputato è chiamato a rispondere del reato di cui all’art. 73 comma 1 e comma 1 *bis* d.P.R. n. 309 del 1990 in

³⁶ In senso decisamente difforme, si è sostenuto che pur accettando l’idea secondo cui il principio della retroattività *in mitius* sia derogabile, non si può dire che nel caso di specie la tutela della salute pubblica e l’esigenza di certezza giuridica prevalgano sul canone di retroazione della *lex mitior* (E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito*, cit., p. 63 ss.).

relazione alla sostanza stupefacente “nandrolone”, sostanza inserita nella tabella II sez. A dell’art. 14 .P.R. n. 309 cit. con d.m. salute in data 11 giugno 2010 di aggiornamento del sistema tabellare. Il ricorrente sostiene che riguardo ai fatti a lui addebitati (commessi fino al 22 agosto 2011) si sarebbe verificata una *abolitio criminis* (*rectius*: una irrilevanza penale) per effetto della caducazione del sistema tabellare delle sostanze stupefacenti con applicazione delle tabelle precedenti alla novella della l. n. 49 del 2006, che non contenevano quindi al suo interno il citato “nandrolone”; a nulla rilevando oltretutto la ripenalizzazione di tali fatti intervenuta, successivamente alla definitiva consumazione del reato, attraverso il d.lg. n. 36 del 2014.

Anticipando gli esiti della decisione delle Sezioni unite “De Costanzo”, si può osservare che quanto scritto all’epoca dalla Corte costituzionale nella sent. n. 32 (§ 6): spetta al giudice comune governare le questioni intertemporali che discendono dalla pronuncia di incostituzionalità medesima, ingenera il dubbio che la Corte non si sia resa conto delle possibili conseguenze di tale declaratoria rispetto alle condotte inerenti alle nuove sostanze droganti inserite dopo la novella del 2006.

Alla luce delle Sezioni unite “De Costanzo”, lo si può constatare con un senso quasi di disorientamento: è stata affermata infatti – come meglio vedremo – l’irrilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto le sostanze stupefacenti (nella specie il Nandrolone) incluse nelle tabelle solo successivamente all’entrata in vigore della legge n. 49 del 2006 e sino alla vigenza del decreto legge n. 36 del 2014.

Irrilevanza penale delle condotte relative alle nuove droghe (perlopiù sintetiche e molto pericolose per la salute) che in pratica vuol dire: archiviazione se il procedimento è nella fase delle indagini preliminari, ovvero nei processi già nella fase dibattimentale proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato e inoltre per le sentenze definitive revoca della condanna (ex art. 673 c.p.p.) per la stessa ragione.

E solo per fare un esempio: il proscioglimento – cui si è data ampia risonanza sulla stampa (Corriere della Sera, 18 novembre 2015) – di due persone sbarcate all’aeroporto di Orio provenienti da Londra (tra gennaio e febbraio 2014) in possesso in totale di ben 68 chili di

una sostanza stupefacente denominata *chata edulis* (o più semplicemente *khat*) che non era annoverata nelle tabelle ripristinate.

8.6. Le Sezioni unite “De Costanzo” decidono per l’irrelevanza penale delle sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle successivamente all’entrata in vigore della legge “Fini-Giovanardi”

Una questione preliminare viene affrontata dalle Sezioni unite “De Costanzo”: la Corte si è chiesta infatti se realmente la sentenza di incostituzionalità n. 32 del 2014, che ha travolto la disciplina del 2006, abbia pure caducato gli atti ministeriali i quali, nella vigenza di tale normativa, hanno inserito nuove sostanze stupefacenti nelle tabelle³⁷.

Ora, per risolvere il quesito le Sezioni unite muovono dalla asserzione che nel nostro ordinamento penale è stata accolta una nozione “legale” di stupefacente. E pertanto l’impiego di una sostanza contenente principi stupefacenti, ma non inserita nelle tabelle, non costituisce reato prima del suo formale inserimento nel catalogo³⁸.

Invero si è ricordato come a partire dalle Sezioni unite “Kremi” del 1998, la giurisprudenza ha affermato che non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge; nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegate al testo unico degli stupefacenti³⁹.

³⁷ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, in *Dir. pen. cont.*, 1° agosto 2015, con nota adesiva di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto ... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*.

³⁸ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, 2015, p. 5 ss.

³⁹ Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kremi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073; v. inoltre in tal senso Cass., sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, Cardoni, *ivi*, n. 250693; Cass., sez. IV, 18 aprile 2005, n. 20907, Hassan, *ivi*, n. 231561; Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, Ndreu, *ivi*, n. 249113.

Da quanto osservato, ne consegue – ad avviso delle Sezioni unite – che deve quindi essere respinta qualsiasi impostazione che tenti di risolvere la questione demandata in via “sostanzialistica”.

L’individuazione della norma incriminatrice in materia di stupefacenti, in alcune ipotesi, si ricava dall’integrazione tra la disciplina espressa dalla legge e gli atti amministrativi che contribuiscono quindi a definire l’area del penalmente rilevante. Si tratta di un modello di fattispecie penale parzialmente in bianco, la specificazione della fattispecie avviene per effetto di atti (decreti ministeriali) provenienti da fonti secondarie.

Le Sezioni unite “De Costanzo” pongono tuttavia correttamente in evidenza che solo nell’originaria versione del sistema degli stupefacenti (come previsto dal t.u. degli stupefacenti del 1990) si può parlare di una eterointegrazione della fattispecie da parte di atto di fonte normativa subordinata: nell’originaria versione del testo unico la tecnica legislativa in tema di tabelle si è differenziata rispetto a quanto compiuto dal legislatore in seguito.

Nell’originario assetto del testo unico del 1990 si sono dettati solo i criteri generali per l’inclusione delle sostanze nelle varie tabelle, demandando all’Autorità ministeriale di formare le tabelle in conformità ai criteri di cui all’art. 14.

Mentre nelle novelle del 2006 e del 2014 si è provveduto a una iniziale allegazione al testo unico si un elenco di fonte legislativa di sostanze stupefacenti suscettibile poi di aggiornamento attraverso decreto ministeriale.

Sulla scorta di tali precisazioni – osservano le Sezioni unite –, annullate le disposizioni di legge ne è conseguito necessariamente il venir meno dei provvedimenti ministeriali che costituiscono l’attuazione di quegli enunciati legislativi. Una differente soluzione di stampo “sostanzialistico”, postulando la sopravvivenza dei provvedimenti amministrativi non più sorretti dalle norme di carattere direttivo che li avevano ispirati, darebbe luogo ad una evidente violazione del principio di legalità⁴⁰.

⁴⁰ In senso conforme alle Sezioni unite De Costanzo, cfr. successivamente Cass., sez. III, 10 luglio 2015, n. 40268, Cassotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 265038, secondo cui la caducazione, per effetto di dichiarazione di incostituzionalità, della legge che fissa le direttive di carattere

Le Sezioni unite giungono dunque alla conclusione che il decreto ministeriale dell'11 giugno 2010, che ha collocato il nandrolone nelle tabelle I e II lett. A allegate alla novella del 2006, è stato certamente caducato dalla invalidazione della legge di cui costituiva espressione⁴¹.

Due sono le questioni su cui le Sezioni unite "De Costanzo" prendono decisamente posizione con approfondite argomentazioni anche di carattere sistematico.

(i) La prima questione riguarda la specifica sostanza oggetto di contestazione nel processo: ossia la sostanza denominata "nandrolone" e il medicinale "Deca Durabolin" contenente tale sostanza.

Le Sezioni unite si domandano se effettivamente l'illecito concernente questa sostanza sia stato nuovamente introdotto dalla disciplina del 2014.

Il problema sorge dall'osservazione che l'art. 73 t.u. stup., nella formulazione derivante dalle modifiche scaturite dalle recenti vicende, fa riferimento solo alle sostanze di cui alle prime quattro tabelle, e non menziona più la quinta tabella relativa ai medicinali⁴².

Per le Sezioni unite i medicinali rientrano nell'area penale qualora contengano principi di cui alle quattro tabelle delle sostanze stupefacenti: è possibile dunque punire la condotta non in relazione al medicinale in sé, bensì in relazione ai quantitativi in esso contenuti di principio attivo delle sostanze di cui alle prime quattro tabelle⁴³.

Questa soluzione interpretativa per la Corte è l'unica che «consente di superare la vaghezza e indeterminatezza della disciplina legale, ancorando saldamente la repressione penale alla presenza di

generale alle quali devono attenersi i decreti ministeriali di inserimento delle singole sostanze nel catalogo legale comporta la conseguente caducazione di tali atti amministrativi, integrativi del precetto di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, se adottati successivamente all'entrata in vigore della legge incostituzionale e sulla base di essa. Fattispecie riferita alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale ed ai suoi effetti sui D.M. 16 giugno 2010 e 11 maggio 2011 relativi ai cannabinoidi sintetici JWH-018, JWH-073, JWH-081, JWH-122, JWH-210, AM-2201.

⁴¹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, cit.

⁴² Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, cit. Cfr. in proposito altresì M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 134 ss.

⁴³ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 135 ss.

principi attivi inseriti nelle tabelle oggetto della normativa sanzionatoria di cui all'art. 73».

Si viene tuttavia a perdere il trattamento di maggior favore previsto dalla l. n. 49 del 2006 per l'art. 73 comma 1-*bis* t.u. stup.: sia sotto il versante strutturale, che prima assegnava rilevanza penale alle condotte allorché vi fosse il possesso di un quantitativo eccedente a quello prescritto; sia riguardo al trattamento sanzionatorio, prevedendosi l'applicazione di pene "diminuite da un terzo alla metà" rispetto a quelle del primo comma dell'art. 73⁴⁴.

(ii) Il secondo quesito, strettamente correlato con la rimessione alle Sezioni unite, viene formulato dalla Corte nei seguenti termini: "se la nuova incriminazione possa applicarsi retroattivamente" al caso in esame.

Posta la questione in tali termini, non v'è dubbio che la soluzione cui giungono le Sezioni unite – cioè che deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore della legge n. 49 del 2006 e fino all'entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente alla vigenza del testo novellato dalla richiamata legge n. 49 del 2006 – è da condividere sulla base del principio costituzionale di irretroattività della legge penale incriminatrice.

Il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli al cittadino, secondo la uniforme giurisprudenza costituzionale, è infatti vincolante per il legislatore che non può derogarvi⁴⁵.

Precisano le Sezioni unite "De Costanzo" che la sentenza costituzionale n. 32 del 2014 ha prodotto l'ablazione della fattispecie con riferimento alle sostanze inserite nelle tabelle nel vigore della disciplina del 2006. In relazione a tali fattispecie è venuto meno l'oggetto materiale del reato, ossia il suo nucleo essenziale.

Per effetto della menzionata sentenza costituzionale – aggiunge la Corte – le fattispecie aventi ad oggetto il nandrolone e le altre

⁴⁴ Cfr. in proposito M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 135 ss.

⁴⁵ Ad esempio, v. Corte cost., 31 ottobre 1991, n. 389, in www.cortecostituzionale.it. Sul tema, cfr. M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè, 2014, p. 648 ss.

sostanze introdotte nelle tabelle nella vigenza della normativa del 2006 sono venute meno radicalmente. Ne discende che la novella del 2014, la quale ha rinnovato l'inserimento di tali sostanze nelle tabelle di legge, ha generato nuove incriminazioni che non possono operare retroattivamente ostandovi l'art. 25 comma 2 Cost.⁴⁶.

8.7. La questione risolta dalle Sezioni unite "De Costanzo" osservata da una diversa angolazione

Senonché nella formulazione dell'ultimo quesito da parte delle Sezioni unite "De Costanzo" sembra già rinvenibile la risposta: invero non è nemmeno astrattamente pensabile una applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole, in presenza delle consolidate e inderogabili garanzie costituzionali e convenzionali.

Ebbene la questione poteva però essere forse enunciata in altro modo, sulla scorta dell'intervento legislativo del 2014 che ha chiaramente cercato di evitare una frattura tra "il prima e il dopo" la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 circa gli effetti degli atti amministrativi adottati ai sensi del t.u. stupefacenti.

Con l'art. 2 decreto legge n. 36 del 2014 si è ripristinata la sottoposizione ai controlli previsti dal testo unico non solo delle sostanze originariamente contenute nelle tabelle allegate al testo unico per effetto della legge "Fini-Giovanardi", ma pure delle sostanze sottoposte a controllo in forza dei decreti successivamente emanati dal Ministero della salute ai sensi dell'art. 13 del t.u. stup., per assicurare così la "continuità" della loro rilevanza dal 2006 sino all'entrata in vigore del citato d.lg. n. 36.

Si tratta di una autentica "disposizione transitoria" tramite la quale il legislatore ha voluto introdurre una "deroga" – fondata sul ragionevole bilanciamento tra i diversi principi e valori costituzionali che vengono concretamente in considerazione – alla operatività del principio della necessaria retroattività della *lex mitior*. Principio collegato nel nostro caso agli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità, che ha travolto le disposizioni del testo unico e le

⁴⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, cit. Cfr. in tal senso altresì F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto*, cit.

tabelle contenenti le sostanze stupefacenti della legge “Fini-Giovanardi” in relazione alle singole droghe man mano aggiunte negli elenchi ministeriali. Questa soluzione è convalidata altresì dal riferimento nel testo dell’art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 alla data di pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32 del 2014, e non al momento temporale dell’entrata in vigore del decreto legge medesimo⁴⁷.

E allora si poteva forse riformulare il quesito in modo diverso: nel senso di chiedersi se è data al legislatore la facoltà di introdurre una disciplina in deroga agli effetti retroattivi della pronuncia della Corte costituzionale, che ha determinato una modificazione *in mitius* del sistema penale. Una disciplina legislativa qui chiaramente finalizzata ad una continuità nell’efficacia degli atti amministrativi che implementano la fattispecie astratta dei reati in materia di stupefacenti, così da evitare la discontinuità nella disciplina prodotta dalla citata decisione n. 32 della Consulta.

Una risposta positiva in tal senso si poteva trarre non solo dallo spazio che ancora oggi la Corte costituzionale assegna al legislatore nell’introduzione di limiti alla retroattività *in mitius*, mediante la tecnica del bilanciamento ragionevole tra gli interessi in conflitto, ma pure – come diremo tra un attimo – valorizzando l’obbligo discendente dagli accordi internazionali di arricchire il catalogo degli stupefacenti allorché a livello pattizio si è provveduto ad allargare il campo di applicazione del controllo delle sostanze stupefacenti.

Ora, se da un lato è vero che la regolamentazione degli effetti temporali delle decisioni della Corte costituzionale appare ormai consentita: ed è dunque ipotizzabile il contenimento degli effetti retroattivi delle pronunce di illegittimità costituzionale⁴⁸. E anche vero, d’altro lato, che – secondo la Consulta – questi ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare valori di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente

⁴⁷ Cfr. M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., p. 31 ss.

⁴⁸ Espressamente così, v. Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in *Foro it.*, I, 2015, c. 1502, con nota di R. ROMBOLI.

sacrificati; e, soprattutto, che su tale attività di bilanciamento ha competenza esclusiva la Corte costituzionale⁴⁹.

Le affermazioni della Corte costituzionale non sembrano però sbarrare la strada in modo definitivo a una eventuale delimitazione temporale dell'efficacia delle sentenze ablative da parte del legislatore, come quest'ultimo ha cercato di fare con l'art. 2 d.lg. n. 36 del 2014 in tema di tabelle degli stupefacenti.

E ciò perché non tanto sembra precluso al legislatore di emanare norme che delimitano gli effetti nel passato delle pronunce costituzionali di accoglimento. Quanto piuttosto è da ammettere che la disciplina legislativa – in deroga all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento – debba passare poi lo scrutinio costituzionale volto a verificare il corretto bilanciamento di valori compiuto dal legislatore che è alla base della normativa derogatoria emanata.

In definitiva, quando la ponderazione tra valori sia stata compiuta dal legislatore nel senso di far prevalere un valore su di un altro, senza rispettare nel caso di specie la corretta gerarchia e gli interessi in gioco, allora dovrebbe intervenire la Corte costituzionale per riequilibrare il bilanciamento legislativo: essa con un proprio bilanciamento (un "metabilanciamento") dovrebbe sovrapporsi al bilanciamento del legislatore per annullarlo, dichiarando incostituzionale la norma che deroga alla retroattività degli effetti della pronuncia della Consulta.

E venendo adesso agli obblighi internazionali di "tabellizzazione" di nuovi stupefacenti, essi potrebbero addursi come argomento a favore della tesi contraria all'irrelevanza penale delle sostanze droganti immesse negli appositi elenchi tra il 2006 e l'entrata in vigore del d.lg. n. 36 del 2014.

Come verrà meglio approfondito nel capitolo seguente, il sistema tabellare è imposto infatti dalla Convenzioni Unica in materia di stupefacenti (New York 30 marzo 1961), dalla Convenzione di Vienna

⁴⁹ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, cit.

del 21 febbraio 1971 e dalla Convenzione delle Nazioni unite contro il traffico degli stupefacenti del 1988⁵⁰.

La lista di stupefacenti allegata alla Convenzione Unica di New York del 1961 in quattro tabelle può essere modificata di volta in volta in conformità a quanto previsto dall'art. 3 della Conv. Allo stesso modo le quattro tabelle previste dalla Convenzione di Vienna possono essere implementate da sostanze non ancora sottoposte a controllo internazionale e che si ritenga necessario aggiungere a una delle Tabelle della Convenzione (secondo quanto stabilito dall'art. 2 della stessa Conv.).

Sebbene la tesi prevalente ritenga che si tratti di un obbligo di adeguamento "necessario" ma non "automatico" della normativa interna alle fonti internazionali e pattizie (sicché l'inserimento di una nuova sostanza nelle tabelle elaborate in ambito internazionale implica la necessità di una autonoma classificazione della stessa nelle tabelle italiane)⁵¹, tuttavia tali indicazioni devono essere rispettate anche nel nostro ordinamento: stabilisce infatti l'art. 13 comma 2 t.u. stup. che le tabelle devono contenere l'elenco di tutte le sostanze indicate nelle convenzioni e negli accordi internazionali e sono aggiornate "tempestivamente" pure in base a quanto previsto dalle convenzioni e accordi medesimi (ovvero a nuove acquisizioni scientifiche).

⁵⁰ S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 561 ss.; G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Giappichelli, 2012, p. 271 ss.

⁵¹ Cfr. S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012, p. 12; S. TROMBETTI, *Le tabelle*, cit., p. 562.

9. La normativa internazionale e eurounitaria. I vincoli per il legislatore interno

Sommario: 9.1. Premessa. La scomparsa delle decisioni-quadro e la loro disciplina transitoria. – 9.1.1. La proposta di Direttiva in materia di *illicit drug trafficking*. – 9.2. Il controllo di costituzionalità delle norme interne che contrastano con atti normativi europei privi di efficacia diretta. – 9.2.1. La distinzione tra effetti *in bonam* e *in malam partem* delle pronunce costituzionali. – 9.3. Gli obblighi di penalizzazione europei e la sentenza costituzionale n. 32 del 2014. – 9.4. Il nuovo delitto per fatti di lieve entità e la perdurante unificazione tra droghe leggere e droghe pesanti. – 9.5. I limiti edittali nel fatto di lieve entità e la decisione-quadro del 2004. – 9.6. La preclusione di sentenze additive in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata (Corte cost. n. 23/2016). – 9.6.1. I limiti edittali di pena dell'art. 73 comma 1, la decisione-quadro del 2004 e l'art. 49 Carta UE. – 9.7. La detenzione e la coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale alla luce degli atti internazionali e comunitari. – 9.7.1. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità in rapporto alla normativa sovranazionale. – 9.8. Il sistema tabellare. L'aggiornamento degli elenchi a seguito dell'evoluzione in ambito internazionale.

9.1. Premessa. La scomparsa delle decisioni-quadro e la loro disciplina transitoria

Al fine di tracciare le esatte coordinate della disciplina in materia di stupefacenti, non può tralasciarsi nell'ultimo capitolo l'esame di

alcuni importanti atti nomativi rinvenibili a livello internazionale ed europeo. Si tratta nel dettaglio dei seguenti provvedimenti: la Convenzione Unica sugli stupefacenti di New York del 30 marzo 1961 (ratificata con l. n. 412 del 1974); la Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 21 febbraio 1971; la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope di Vienna del 1988; la decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004; la raccomandazione 2012/C 402/01 recante la "Strategia dell'Unione Europea in materia di droga 2013/2020"¹.

Per quanto concerne in particolare la decisione-quadro sugli stupefacenti del 2004, essa non è stata ancora formalmente recepita in Italia; l'unica sua traccia è rinvenibile nella legge comunitaria del 2009, e più precisamente nell'art. 52 della l. n. 96 del 2010².

Come è noto, le decisioni-quadro (per il ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri), venivano annoverate tra gli atti adottati dal Consiglio dell'Unione europea, su iniziativa di uno o più Stati membri o della Commissione, nell'ambito di quello che, prima del Trattato di Lisbona, era chiamato il terzo pilastro (Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale); con evidente funzione nella materia penale di armonizzazione delle legislazioni nazionali (analogamente al ruolo svolto dalle direttive)³.

L'art. 34 par. 2 lett. *b* del Trattato sull'unione europea (TUE) escludeva esplicitamente che le decisioni quadro avessero "efficacia diretta"; essendo solo "vincolanti" per gli Stati membri quanto al "risultato" da ottenere, restando salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi (formula mutuata da quella

¹ Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, 2015, p. 41 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, p. 2 ss.

² Cfr. C. RUGA RIVA *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esempio della legislazione antidroga*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bonomia University Press, 2007, p. 125 ss.; GC. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 271 ss., p. 292 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 46.

³ Cfr. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2014, p. 185 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, 2012, p. 49 ss.

impiegata per le direttive)⁴. Inoltre, parimenti alle direttive, le decisioni-quadro dovevano essere recepite negli ordinamenti nazionali con un atto di legislazione *ad hoc* dello Stato membro, entro un termine fissato da ciascuna decisione-quadro⁵.

In proposito, conviene distinguere tra “efficacia diretta” preclusa alle decisioni-quadro e “interpretazione conforme” ammissibile per le stesse.

E tale distinzione è stata valorizzata nella notissima sentenza “Pupino” della Corte di giustizia (16 giugno 2005, C-105/03), originata dalla questione pregiudiziale proposta dal giudice italiano sulla esatta interpretazione di una decisione-quadro ai sensi dell’art. 35 TUE (competenza pregiudiziale della Corte di giustizia sulla validità o l’interpretazione delle decisioni-quadro).

Viene ammesso dunque che, pur non avendo le decisioni-quadro efficacia diretta, vi è tuttavia un “obbligo di interpretazione conforme”⁶. Ad avviso della Corte di giustizia “Pupino”, il carattere vincolante delle decisioni-quadro formulato in termini analoghi a quello delle direttive comporta in capo alle autorità giudiziarie interne un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale. E pertanto il giudice domestico chiamato a interpretare il diritto nazionale, è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest’ultima. L’obbligo di far riferimento al contenuto della decisione-quadro trova il limite nei principi generali di certezza del diritto, irretroattività sfavorevole e divieto di interpretazione analogica *in malam partem*.

Ora, è importante capire che cosa sia accaduto a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, che ha soppresso la categoria delle decisioni-quadro. Infatti, con

⁴ Si veda L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2014, p. 275 ss., p. 282.

⁵ R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 185.

⁶ Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007, p. 57 ss., p. 241; A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 67 ss.; V. MANES, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera – N. Mazzacava – M. Pavarini – M. Zanotti, Giappichelli, 2012, p. 163; A. BERNARDI, *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, in *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, a cura di A. Bernardi, Jovene, 2015, p. VII ss.

l'eliminazione della divisione in pilastri separati all'interno della struttura dell'Unione europea, sono venuti meno anche i differenti tipi di atti normativi prima a disposizione delle Istituzioni nei due settori di cooperazione di politica estera e difesa comune (secondo pilastro) e cooperazione in materia penale e di polizia (terzo pilastro)⁷.

Ai sensi dell'art. 288 comma 1 TFUE, gli atti tipici di cui le Istituzioni si possono avvalere nello svolgimento della attività normativa sono attualmente: i regolamenti, le direttive, le decisioni (oltre che delle raccomandazioni e dei pareri); "decisioni" quest'ultime che pur nella coincidenza del termine non devono essere assolutamente confuse o assimilate alle decisioni-quadro stante la differente natura⁸.

In altri termini, bisogna appurare se quanto asserito riguardo alla mancanza di efficacia diretta delle decisioni-quadro e all'obbligo di interpretazione conforme, quando gli operatori giuridici sono chiamati ad applicare norme interne, sia ancora valido dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), che ha ricondotto al sistema generale degli atti di diritto derivato i settori afferenti al secondo e terzo pilastro. In pratica, la cooperazione giudiziaria in materia penale è passata dall'ambito di competenze del terzo pilastro alla disciplina ordinaria dell'Unione europea; e di conseguenza l'atto con cui si interviene anche in questa materia è la "direttiva", adottata in base alla procedura legislativa ordinaria (art. 83 TFUE). Mediante direttiva – recita l'art. 83 cit. – si possono stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale...». Tra le sfere di criminalità in questione (c.d. eurocrimini) viene individuato esplicitamente anche il "traffico illecito di stupefacenti".

In via generale, si è osservato che le decisioni-quadro non cessano di avere efficacia sulla scorta del principio di continuità giuridica,

⁷ R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 184 ss.

⁸ Per un quadro sintetico, cfr. G. PICCIRILLI, voce *Atti legislativi dell'Unione europea*, in *Dig. d. pubbl.*, Aggiornamento, Utet, 2015, p. 7 ss.

fintantoché non saranno sostituite da atti adottati in applicazione dei nuovi Trattati⁹.

Nel Protocollo n. 36 allegato al Trattato sull'Unione europea all'art. 9 è contenuta una disposizione transitoria relativa alle decisioni-quadro adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si statuisce di mantenere gli effetti giuridici delle decisioni-quadro fino a quando tali atti non saranno abrogati o modificati in applicazione dei Trattati. All'art. 10 del Protocollo n. 36 è previsto inoltre che, per un periodo transitorio di cinque anni, alle decisioni-quadro non saranno nemmeno applicabili i comuni meccanismi di controllo sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri¹⁰.

Si evince quindi dalla disciplina transitoria che, anzitutto, restano vigenti le decisioni-quadro già adottate, pur se tale tipologia di atto giuridico è scomparsa con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona. Ma se ne ricava, pure, che la formulazione contenuta nella disposizione transitoria non innova rispetto alla mancanza di effetti diretti delle decisioni-quadro, così come era stabilito dall'art. 34 § 2 del previgente TUE¹¹.

In proposito, si è correttamente precisato che la previsione transitoria ha come obiettivo di evitare che, sulla base della giurisprudenza elaborata in tema di direttive, si possano oggi attribuire alle decisioni-quadro effetti maggiori o diversi da quelli che si assegnavano sotto la vigenza dei precedenti Trattati. Per escludere, in altre parole, – in relazione alle decisioni-quadro che il previgente art. 34 dichiarava prive di ogni efficacia diretta – l'applicazione della teoria degli effetti diretti elaborata dalla Corte di giustizia riguardo ai casi di mancato o non corretto recepimento delle direttive (sufficientemente precise e incondizionate), ovvero nell'ipotesi in cui le disposizioni nazionali di trasposizione delle stesse non vengano applicate in modo tale da garantire il risultato al quale la direttiva è

⁹ R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 186.

¹⁰ R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 186 ss.

¹¹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 275 ss., p. 282.

rivolta. Effetti diretti subordinati, comunque, alla scadenza del termine dato agli Stati per l'attuazione della direttiva¹².

Effetti diretti che vorrebbe dire attribuire al giudice comune la potestà di disapplicare la norma incriminatrice in contrasto con la decisione-quadro, e non invece chiaramente la creazione o l'aggravamento di ipotesi di reato o l'estensione del campo penalmente rilevante di fattispecie già previste nell'ordinamento interno.

9.1.1. La proposta di Direttiva in materia di *illicit drug trafficking*

Si analizza adesso la proposta di Direttiva in materia di *illicit drug trafficking* avanzata dalla Commissione europea e volta a modificare, per quanto riguarda la definizione di "stupefacenti", la decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004, estendendone l'ambito di applicazione alle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive) (Brussels, 17.9.2013 COM 2013 618 *final*)¹³.

Occorre collegare il testo del progetto di Direttiva con la proposta di Regolamento sulle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive) avanzata dalla Commissione ai sensi dell'art. 114 TFUE (Brussels, 17.9.2013 COM 2013 619 *final*).

Il Regolamento disciplina, tra l'altro, le uniformi restrizioni al commercio delle nuove sostanze psicotrope (o psicoattive) in base ai livelli di rischio (in termini sociali, di salute e sicurezza) di tali sostanze, le quali agiscono sui processi o sulle funzioni psichiche. Le decisioni di restrizione del mercato sono prese dalla Commissione tramite un atto d'esecuzione. Gli Stati membri sono tenuti a prevedere sanzioni applicabili in caso di inosservanza delle citate decisioni, e devono adottare tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione (art. 17). Per le nuove sostanze psicotrope, reputate dalla Commissione (con atto d'esecuzione) ad alto rischio (art. 13), la

¹² R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 172 ss., p. 186 ss.

¹³ L. MANCANO, *Stupefacenti e diritto dell'Unione europea: la proposta di direttiva penale in materia di drug trafficking*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di G. Morgante, Giappichelli, 2015, p. 255 ss.

Direttiva richiede agli Stati membri la criminalizzazione delle condotte ad esse relative¹⁴.

Ora, la proposta di Direttiva in materia di *drug trafficking* si basa sul disposto dell'art. 83 § 1 TFUE, che autorizza il Parlamento europeo e il Consiglio a stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nell'ambito del traffico illecito di stupefacenti, per mezzo di una direttiva adottata in conformità con la procedura legislativa ordinaria. Ai sensi dell'art. 83 § 1 TFUE, la direttiva rappresenta lo strumento appropriato per garantire un'armonizzazione minima a livello UE in materia di traffico illecito di stupefacenti, lasciando flessibilità agli Stati membri nella sua attuazione a livello nazionale¹⁵.

Chiarisce la proposta di Direttiva che il traffico di stupefacenti è una materia particolarmente sensibile per le istituzioni europee, anche perché ha un effetto molto negativo sull'economia dell'area dell'Unione europea.

In particolare, ciò che desta preoccupazione a livello UE sono le nuove sostanze psicoattive. E nella proposta di Direttiva si sottolinea come l'Unione europea sia in una posizione migliore rispetto agli Stati membri per intervenire al fine di limitare la disponibilità nel mercato interno delle nuove sostanze psicoattive, nocive per i consumatori; e allo stesso tempo l'Unione può assicurare che il commercio legittimo non sia ostacolato. Questo è dovuto al fatto che individualmente gli Stati membri non sono in grado di affrontare in modo efficace e duraturo la rapida nascita e la diffusione di queste sostanze. Una non coordinata azione a livello nazionale e l'esistenza di diversi regimi nazionali in materia di nuove sostanze psicoattive può inoltre dar luogo a seri problemi di cooperazione tra le autorità giudiziarie nazionali e le forze dell'ordine.

Nella proposta di Direttiva viene messo in luce che il traffico illecito di droga e l'abuso di droga sono le principali minacce per la salute e la sicurezza delle persone e per le società nell'Unione europea. Essi influenzano il tessuto sociale ed economico e minano la

¹⁴ L. MANCANO, *Stupefacenti e diritto dell'Unione europea: la proposta di direttiva penale in materia di drug trafficking*, cit., p. 257 ss.

¹⁵ Cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 165 ss.

qualità della vita delle persone, nonché la sicurezza degli Stati. Sebbene il consumo di sostanze controllate ai sensi delle Convenzioni ONU in materia di droghe (come la cocaina, *ecstasy* o *cannabis*), sembra essersi stabilizzato negli ultimi anni anche se ad alti livelli, una sfida importante da affrontare è quella delle nuove sostanze che emergono rapidamente sul mercato. Le nuove sostanze psicoattive, che imitano gli effetti delle droghe controllate e spesso sono commercializzate come alternative legali alle stesse, perché non sono sottoposte ad analogo controllo e hanno numerosi impieghi nel settore, sono infatti sempre disponibili nell'Unione europea. Tra il 1997 e il 2012, gli Stati membri hanno registrato circa 290 sostanze, con più di una nuova sostanza notificata ogni settimana nel 2012. Il numero di sostanze segnalate è triplicato tra il 2009 e il 2012 (da 24 a 73).

Nel progetto di Direttiva si precisa poi che la decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio fornisce un approccio comune per la lotta contro il traffico illecito di stupefacenti. Essa stabilisce le norme minime comuni in materia di definizione dei reati di traffico di droga e le sanzioni per evitare che sorgano problemi nella cooperazione tra le autorità giudiziarie e le forze dell'ordine degli Stati membri, a causa del fatto che il reato o i reati in questione non risultino punibili ai sensi della legge sia dello Stato richiedente sia dallo Stato richiesto. Tuttavia, mentre queste disposizioni si applicano alle sostanze oggetto delle Convenzioni delle Nazioni Unite e alle droghe sintetiche oggetto di un controllo nell'ambito dell'azione comune 97/396/GAI del Consiglio (del 16 giugno 1997), esse non si applicano alle nuove sostanze psicoattive.

Al fine di razionalizzare e chiarire il quadro giuridico applicabile ai farmaci, le nuove sostanze psicoattive più dannose devono essere dunque coperte dalle stesse disposizioni di diritto penale come sostanze controllate ai sensi delle Convenzioni ONU.

È quindi necessario estendere il campo di applicazione della decisione-quadro 2004/757/GAI, alle nuove sostanze psicoattive sottoposte a misure di controllo ai sensi della decisione 2005/387/GAI del Consiglio, così come a quelle sostanze soggette a misure di restrizione permanente del mercato nella proposta di Regolamento sulle nuove sostanze psicoattive.

Inoltre, poiché gli obiettivi della Direttiva – ossia di estendere l'applicazione delle disposizioni di diritto penale dell'Unione, che si applicano al traffico illecito di stupefacenti, alle nuove sostanze psicoattive provocanti gravi danni alla salute, rischi sociali e di sicurezza – non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri che agiscono da soli, mentre possono essere attinti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea. In ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo, la Direttiva viene poi limitata a quanto è necessario per raggiungere il suo obiettivo.

La Direttiva modifica la decisione-quadro 2004/757/GAI nel modo seguente.

(1) *All'articolo 1, il paragrafo 1 è sostituito dal seguente: "stupefacenti":*

(a) *tutte le sostanze contemplate dalla Convenzione unica delle Nazioni Unite del 1961 sugli stupefacenti (quale modificata dal protocollo del 1972) e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1971 sulle sostanze psicotrope;*

(b) *tutte le sostanze elencate in allegato;*

(c) *tutte le nuove sostanze psicoattive che pongono gravi rischi sociali, di salute e di sicurezza, soggette a una restrizione permanente di mercato ai sensi del [articolo 13, paragrafo 1 del regolamento (UE) sulle nuove sostanze psicoattive].*

All'articolo 9, sono aggiunti i seguenti paragrafi 3 e 4:

3. *Per quanto riguarda le nuove sostanze psicoattive soggette a una restrizione permanente di mercato ai sensi del [articolo 13, paragrafo 1 del regolamento (UE) sulle nuove sostanze psicoattive], gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per applicare ad esse le disposizioni della presente decisione-quadro entro 12 mesi dall'entrata in vigore della restrizione permanente di mercato, e comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni.*

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente decisione-quadro o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono decise dagli Stati membri.

4. *Entro [5 anni dall'entrata in vigore della presente direttiva e successivamente ogni 5 anni], la Commissione valuta in che misura gli Stati membri abbiano adottato le misure necessarie per conformarsi alla presente decisione-quadro e pubblica una relazione.*

9.2. Il controllo di costituzionalità delle norme interne che contrastano con atti normativi europei privi di efficacia diretta

Nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo, è assodato, allo stato dell'arte, che i giudici penali sono obbligati a "non applicare" le norme incriminatrici nazionali che si pongono in contrasto con le norme dell'Unione provviste di efficacia diretta, quando gli stessi giudici comuni non abbiano dubbi sull'esistenza del conflitto¹⁶.

Il criterio giuridico per risolvere l'antinomia è quello della prevalenza (*primauté*) della norma comunitaria, provvista di effetto diretto, sulle norme interne con essa contrastante¹⁷.

È noto, inoltre, che le "pronunce pregiudiziali" della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, hanno un "valore generale e vincolante", quanto alla interpretazione assegnata da esse all'atto di diritto europeo, non solo per il giudice *a quo*, ma anche per tutti i giudici nazionali nonché per la pubblica amministrazione nel suo complesso; sicché i giudici penali, a seguito della pronuncia pregiudiziale, sono obbligati a "disapplicare" qualsiasi norma incriminatrice nazionale che si ponga in contrasto con la norma dell'Unione nell'interpretazione assegnatagli dalla Corte di Lussemburgo¹⁸.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte di giustizia "El Dridi" (28 aprile 2011, C-61/11 PPU), pronunciata su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, la quale ha dichiarato la "incompatibilità" del reato previsto all'art. 14 comma 5-ter d.lg. n. 286 del 1998 con la c.d. direttiva "rimpatri" (direttiva del Parlamento

¹⁶ Nella manualistica, in proposito, v. per tutti G. MARINUCCI - E DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 45 ss.; V. MANES, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 161 ss.

¹⁷ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009, p. 146 ss.

¹⁸ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2010, p. 347 ss.; A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, 2011, p. 340 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2012, p. 45 ss.; F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale*, a cura di F. Viganò e O. Mazza, *Gli speciali di Diritto penale e processo*, Ipsoa, 2001, p. 13 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, si veda in particolare Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284.

europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE)¹⁹. Per la Corte di Lussemburgo, tale ipotesi criminosa non rispetta il diritto dell'Unione e compromette in pratica la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla citata direttiva "rimpatri", privandola in tal modo del suo "effetto utile" (nel senso che tra le diverse interpretazioni possibili del testo legislativo, occorre scegliere quella che attribuisce alle sue disposizioni la maggiore effettività possibile, consentendo così alla direttiva di raggiungere gli scopi a cui è rivolta)

La prassi ha ampiamente consentito tale forma di incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sul sistema delle fonti penali interne. Si pensi (oltre ai reati in materia di immigrazione) altresì alle vicende della rilevanza penale dell'esercizio abusivo di scommesse sportive (art. 4 l. n. 401 del 1989) e dell'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui supporti contenenti audiovisivi, banche dati, software e videogiochi²⁰.

Appare opportuno subito precisare come, nel recente passato, si è ritenuto che lo strumento della disapplicazione trovi però il suo limite negli esiti *in malam partem* ai quali può condurre nell'ordinamento penale, in taluni peculiari casi, la non applicazione da parte del giudice della norma interna contrastante con la norma europea²¹. In questo senso si è asserito nella giurisprudenza costituzionale che l'efficacia diretta di una direttiva comunitaria è ammessa solo se dalla medesima derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente; gli effetti diretti devono, invece, ritenersi esclusi se dall'applicazione della

¹⁹ Per una approfondita analisi dell'intera vicenda, cfr. F. VIGANÒ - L. MASERA, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*.

²⁰ Cfr. Corte giust., 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli; Corte giust., 6 marzo 2007, cause C-338/04 359/04 360/04, Placanica. Corte giust., 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert.

²¹ In dottrina, si adduce come esempio l'ipotesi in cui la direttiva comunitaria disciplini un c.d. elemento normativo della fattispecie di una incriminazione in modo più ampio rispetto a quanto disposto dalla previsione interna (attuativa o meno di quella direttiva). In tale ipotesi, la disposizione nazionale, sebbene in contrasto con il diritto dell'Unione europea, non potrà essere disapplicata, perché l'applicazione "diretta" della norma comunitaria determinerebbe effetti espansivi dell'ambito di operatività della figura di reato (in tal senso, cfr. V. MANES, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera - N. Mazzacupa - M. Pavarini - M. Zanotti, Giappichelli, 2012, p. 173 ss.).

direttiva scaturisca una responsabilità penale o un suo aggravamento²².

Come è noto, tuttavia obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* sembrerebbero comunque imposti al giudice nazionale a seguito della pronuncia della Corte di giustizia Taricco del 2015²³. Per la Grande Sezione in causa Taricco, il giudice italiano – sul presupposto della *primauté* del diritto dell’Unione – è tenuto a non applicare la norma interna contrastante con la norma di diritto primario UE; in particolare qui la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione (il combinato disposto tra gli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p.) in opposizione con l’art. 325 § 1 e 2 TFUE in materia di lotta contro le frodi e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione²⁴.

Nel caso Taricco, la Grande Sezione ha statuito che – in forza del principio del primato del diritto dell’Unione – le disposizioni di cui all’art. 325 § 1 e 2 TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Pertanto il giudice interno è tenuto a dare piena efficacia all’art. 325 § 1 e 2

²² Cfr. Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1133, con nota 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 *Cass. pen.*, 2011, p. 117, con nota di D. FRANZIN, *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in un’importante pronuncia sulle cosiddette “ceneri di pirite”. Sul divieto di una disapplicazione (o cripto-disapplicazione) con effetti *in malam partem*, cfr. poi le condivisibili considerazioni di V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 30 (dattiloscritto).

²³ Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco, causa C-105/14, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2105, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*; in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1562, con nota di F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*.

²⁴ Per un primo commento della pronuncia della Grande Sezione, cfr. S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA; note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2015, p. 1 ss. Si vedano inoltre i contributi (E. LUPO, G. RICCARDI, C. CUPELLI, L. DANIELE, E. GALLUCCI, M. GAMBARDELLA, M. LUCIANI) negli Atti del Convegno “Aspettando a Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”, in *Rivista AIC*, 4/2016. Fondamentale, poi, il volume *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, 2017, che contiene importanti saggi al riguardo.

TFUE, disapplicando all'occorrenza le disposizioni nazionali che hanno quale risultato di impedire allo Stato membro di rispettare gli obblighi impostigli dalla normativa primaria dell'Unione europea. Il pregiudizio agli obblighi che scaturiscono dalle norme primarie dall'UE è poi circostanza concreta il cui accertamento è demandato al giudice interno²⁵.

La Corte costituzionale è stata investita della relativa questione di legittimità costituzionale²⁶. I parametri costituzionali individuati dai giudici rimettenti sono stati quelli espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25 comma 2, 27 comma 3, 101 comma 2; con particolare attenzione al principio di legalità in materia penale.

La Corte costituzionale ha ritenuto l'esistenza di un dubbio interpretativo sulla corretta applicazione dell'art. 325 TFUE, sicché ha sollecitato un nuovo chiarimento alla Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325 TFUE sulla base della sentenza resa in causa Taricco²⁷.

La Corte costituzionale nell'ordinanza ha nondimeno chiarito che se per un verso è il giudice europeo che provvede a stabilire il significato della normativa dell'Unione; per altro verso, il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale. E pertanto deve essere sottoposta alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione se l'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, nell'interpretazione resa dalla sentenza della Grande Sezione Taricco, debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini

²⁵ Corte just., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco, cit., § 58.

²⁶ In particolare, la questione di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 2 l. n. 130 del 2008, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), nella parte che impone di applicare l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia Taricco.

²⁷ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro²⁸.

Per quanto concerne, poi, le norme comunitarie (europee) non munite di "efficacia diretta", non è configurabile il potere/dovere del giudice comune di non applicare la norma interna contrastante con la norma comunitaria sprovvista di efficacia diretta. Ciò non significa, tuttavia, che la norma nazionale sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario. Spetta, infatti, alla Corte costituzionale il sindacato di legittimità costituzionale della norma interna in conflitto con la norma eurounitaria priva di efficacia diretta sulla base dei parametri costituzionali degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.²⁹.

Il novellato comma 1 dell'art. 117 Cost. sancisce oggi il primato del diritto comunitario (del diritto dell'Unione) sul diritto interno per quanto riguarda le norme prive di effetto diretto nell'ordinamento, rispetto alle quali la norma nazionale confliggente conserva la sua efficacia finché non venga rimossa a seguito dello scrutinio di costituzionalità³⁰.

²⁸ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

²⁹ Cfr. Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, *cit.*, la quale sulla scorta di tali argomentazioni, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma interna (l'art. 183, comma 1, lettera n, d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale") per contrasto con la direttiva comunitaria sprovvista di effetto diretto; v. inoltre Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2598, con nota di R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione*, e con nota di B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r., l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*; in *Cass. pen.*, 2010, p. 4148, con nota di G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), l. 22 aprile 2005, n. 69, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri per contrasto con la decisione quadro n. 584 del 2002 relativa al MAE. In dottrina, cfr. G. GAJA – A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, 2012, p. 197 ss.; F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., p. 18 ss.; A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, cit., p. 341 ss.

³⁰ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 222 ss.

Ora, se il diritto nazionale contrasta – in modo insanabile in via interpretativa – con una decisione-quadro oppure non si è attuato quanto previsto nella stessa decisione, essendo un atto normativo comunitario privo di efficacia diretta nel nostro ordinamento, per censurare l'antinomia o la carenza non è possibile una diretta disapplicazione della norma interna o comunque un intervento diretto del giudice domestico (se non limitato ad una interpretazione conforme del diritto interno a quello europeo). Occorre invece adire la Corte costituzionale sollevando questione di legittimità, ai sensi dei parametri di cui agli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.

La Corte costituzionale ha espressamente osservato nella sentenza n. 227 del 2010 che «l'ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione-quadro è riconducibile, pertanto, ai casi nei quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non sussiste il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., integrati dalla norma conferente dell'Unione, laddove, come nella specie, sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento»³¹.

La Corte ha così dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), della legge di attuazione della decisione-quadro sul MAE, limitatamente alla parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'UE, che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno»³².

9.2.1. La distinzione tra effetti *in bonam* e *in malam partem* delle pronunce costituzionali

Bisogna tuttavia distinguere tra due ipotesi generali: a seconda che la declaratoria che si chiede alla Corte costituzionale produca effetti *in bonam* o *in malam partem*.

³¹ Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, cit.

³² Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, cit.

Quando la pronuncia è volta ad ottenere effetti favorevoli (*in bonam partem*), devono ritenersi ammissibili sia decisioni ablativo sia decisioni additive (o aggiuntive). Come si è appena accennato, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma in tema di mandato di arresto europeo che aveva attuato in modo difforme quanto previsto dalla decisione-quadro in proposito; integrando la norma illegittima costituzionalmente con la condotta non contemplata, e colmando così la lacuna assiologica rispetto all'atto normativo comunitario.

Dunque, per esempio, nel caso del massimo edittale più alto di quanto previsto dalla decisione-quadro, come per il fatto di lieve entità in relazione a droghe leggere, la Corte costituzionale potrebbe dichiarare illegittima costituzionalmente, per la violazione degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., il limite edittale massimo di quattro anni e sostituirlo con quello di tre anni contemplato nell'atto comunitario. La pronuncia costituzionale produrrebbe qui, anche attraverso l'aggiunta, effetti favorevoli (cfr., *amplius*, i paragrafi seguenti).

Prima di esaminare l'ipotesi in cui la decisione costituzionale genera effetti *in malam partem* e verificare la sua compatibilità con il monopolio del legislatore nelle scelte penali e dunque il principio penalistico della riserva di legge, occorre però tracciare una ulteriore delimitazione fondata sul tipo di violazione dedotta dinnanzi alla Consulta: i "vizi formali" nel procedimento di formazione della legge o dell'atto avente forza di legge, ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost.

Invero, secondo il Giudice delle leggi la preclusione di pronunce *in malam partem* – che mira a salvaguardare il monopolio del Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, stabilito dal principio della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. – non opera in presenza di interventi normativi posti in essere da soggetti non legittimati, perché non rappresentativi dell'intera collettività nazionale: quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare, ovvero un Consiglio regionale che pretenda di "neutralizzare" le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio in materia di reati urbanistici. In simili evenienze, l'eventuale decisione *in malam partem*

della Corte non solo non collide con la previsione dell'art. 25, secondo comma, Cost., ma vale, anzi, ad assicurarne il rispetto³³.

In tal senso si è espressa pure un'altra sentenza della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2268 d.lg. n. 66 del 2010 (codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui, al n. 297 del comma 1, ha abrogato la disposizione relativa al reato di associazione di carattere militare per scopi politici (d.lg. n. 43 del 1948), sul presupposto di una carenza della necessaria delega legislativa. Ad avviso della Corte costituzionale il difetto di delega ha comportato in tale ipotesi un esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa. L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si è posto infatti in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., che attribuisce in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante³⁴.

Anche la sentenza costituzionale n. 32 del 2014 si iscrive, grosso modo, in tale contesto. Il non corretto uso del potere di conversione del decreto da parte delle Camere (ex art. 77, comma 2, Cost.), si è sostanziato qui in una situazione di carenza di potere dell'azione delle Camere che ha reso inidoneo il provvedimento legislativo a innovare nell'ordinamento e di conseguenza ad abrogare la precedente disciplina; e dunque esso non preclude il sindacato di costituzionalità *in malam partem* – come ad esempio il caso delle droghe pesanti in cui è stata ripristinata una pena più afflittiva – non ledendo le prerogative che la Costituzione ha riservato al legislatore-parlamento nell'esercizio della potestà normativa penale³⁵.

³³ Corte cost., 13 marzo 2014, n. 46, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di C. RUGA RIVA.

³⁴ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1164 ss.

³⁵ In proposito, si è osservato 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. –, ma i diversi vizi formali nel procedimento di formazione della legge o dell'atto avente forza di legge (ai

Tuttavia, come accennato in precedenza (cfr. Cap. I, § 5 e Cap. III, § 1), nel caso della sentenza n. 32 del 2014, si è trattato di un vizio nell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento, ossia dell'organo investito secondo la Costituzione del potere di introdurre nel sistema le norme penali. Cosicché, non sembrerebbe consentita qui una pronuncia che modifichi in senso sfavorevole il sistema penale, in quanto il principio della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.) dovrebbe prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante.

Ma torniamo al sindacato della Corte costituzionale *in malam partem*, affrontando il tema degli "obblighi comunitari di tutela penale e la riserva di legge".

Il delicato problema che si pone è il seguente: in materia penale, di fronte all'omessa attuazione di un obbligo di tutela internazionale o comunitario (europeo) da parte del legislatore italiano, la Corte costituzionale può pronunciare una sentenza additiva (o manipolativa) *in malam partem* per adeguare l'ordinamento interno a quello europeo? Oppure in tal modo si sottrae al Parlamento nazionale la funzione incriminatrice, con la conseguente violazione del principio di cui all'art. 25 comma 2 Cost.?³⁶

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 legge, ossia del principio che da sempre incarna un tradizionale *impasse* per l'ammissibilità delle questioni con ricadute peggiorative ed un ostacolo ben più coriaceo di quello rappresentato dalle garanzie intertemporali in sede di rilevanza della questione nel giudizio *a quo*» (così V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi"*, cit., p. 20 ss.).

³⁶ In proposito, si rinvia alle ampie indagini di F. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 659 ss.; F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1510 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 184 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007, p. 161 ss.; G.D. SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.; R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Giuffrè, 2007, p. 327 ss.; G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Cedam, 2008, p. 17 ss.; D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer*

Si tratta in definitiva di stabilire se, allo stato dell'arte, il Giudice delle leggi possa estendere l'ambito di applicazione di una figura di reato o introdurre una nuova incriminazione per supplire alla carenza di una incriminazione ovvero inasprire la risposta sanzionatoria, tutto ciò per conformarsi agli obblighi internazionali o europei³⁷.

Un'ulteriore questione è stata sollevata in dottrina: ci si è chiesti se sia compatibile con il principio costituzionale della riserva di legge l'inserimento – prima – nel nostro sistema di una norma incriminatrice (o un inasprimento sanzionatorio della stessa) in attuazione di un obbligo comunitario di tutela penale, seguita – poi – da una successiva depenalizzazione o mitigazione della pena da parte del legislatore nazionale della figura di reato attuativa dell'obbligo comunitario di tutela³⁸.

Ebbene, può dirsi che tale depenalizzazione (o la riduzione del trattamento sanzionatorio) violi l'obbligo comunitario di tutela penale con la conseguenza che il giudice nazionale potrebbe dunque rivolgersi alla Corte costituzionale per far dichiarare l'incostituzionalità della depenalizzazione o della pena più mite, perché in violazione dell'obbligo comunitario di tutela penale ai sensi dell'art. 117 Cost.? Oppure va affermato che, precludere al Parlamento nazionale la potestà di depenalizzare o attenuare la risposta sanzionatoria, si pone in contrasto col principio costituzionale della riserva di legge?

In realtà, si deve escludere che la Corte possa dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di depenalizzazione o del trattamento sanzionatorio favorevole contrastante con il vincolo comunitario, giacché in tal modo si limiterebbe il superiore, nel caso di specie, principio della riserva di legge, che garantisce tra l'altro al

imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir, in *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 575 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012, p. 119 ss.

³⁷ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2012, p. 43 ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., p. 556 ss., secondo cui tuttavia una futura riforma costituzionale potrebbe attribuire alla Corte costituzionale un limitato potere di intervento, precisandone con cura i confini.

³⁸ C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1157 ss.

Parlamento la possibilità di mettere sempre in discussione le sue scelte di penalizzazione³⁹.

Il concetto che sembra imporsi qui è allora quello della riserva di legge come limite generale alle pronunce di incostituzionalità *in malam partem*⁴⁰.

In ambito penale, la riserva di legge rappresenta senza alcun dubbio un limite generale agli interventi non solo additivi *in malam partem*, ma anche semplicemente ablativi della Corte costituzionale quando da essi ne consegua un effetto sfavorevole.

Disponendo la Costituzione, ex art. 25 comma 2, che la regolamentazione della materia penale sia attribuita alla legge, bisogna di conseguenza escludere che, in via generale, in tale materia vi possa essere un intervento della Corte costituzionale produttivo di nuovo diritto, il quale ampli l'area incriminatrice o inasprisca le sanzioni: altrimenti la Corte invaderebbe la sfera riservata dalla nostra Legge fondamentale al legislatore parlamentare⁴¹.

Il vero ostacolo alle decisioni di incostituzionalità *in malam partem* (additive o ablative) è costituito allora dal principio della riserva di legge (già accolto all'art. 1 c.p. e costituzionalizzato all'art. 25 comma 2 Cost.), che assegna al potere legislativo il monopolio nella produzione delle norme incriminatrici e nella disciplina sanzionatoria penale⁴².

La presenza nel nostro ordinamento del principio in questione consente perciò di assicurare al cittadino la garanzia che, in linea di massima, la produzione di leggi penali, limitative per la loro essenza

³⁹ Così C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1158.

⁴⁰ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 122 ss.

⁴¹ Cfr. L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 10 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 329 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 83 ss., p. 87 ss., i quali precisano che la riserva di legge non preclude viceversa in alcun modo pronunce di incostituzionalità *in bonam partem*. Cfr. inoltre *sub* § 4.5.

⁴² G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 83 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 330 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 115 ss. In senso difforme, sembra essere orientata O. DI GIOVINE, in O. DI GIOVINE e P. VENEZIANI, Opinioni a confronto su “*Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*” (con nota introduttiva di C. DE MAGLIE), in *Criminalia*, 2007, p. 230 ss., secondo cui la funzione para-legislativa *in malam partem* della Corte costituzionale non è ostacolata in modo insuperabile dalla riserva di legge.

della libertà personale, sia affidata al Parlamento quale organo dotato della massima legittimazione democratica⁴³.

Il principio della riserva di legge indubbiamente pone in tal senso una garanzia di natura formale, che riguarda tanto il rango della fonte da cui scaturisce la norma incriminatrice, quanto il soggetto titolare del potere normativo⁴⁴.

Il monopolio legislativo nella produzione normativa penale implica che alla Corte costituzionale sia non soltanto vietato di creare nuove incriminazioni, ma altresì di estendere quelle esistenti a casi non previsti o di incidere in modo peggiorativo sulla risposta punitiva⁴⁵.

Invero, si è ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che vieta alla Corte di pronunciare sentenze che estendano l'ambito di applicazione di una norma incriminatrice o comunque accrescano l'area del penalmente rilevante⁴⁶.

La Corte costituzionale con le sue decisioni non può infatti introdurre nuovi reati, né ampliare figure di reato già esistenti e

⁴³ Cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, 1966, p. 3 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 107 ss.; per un'ampia analisi della riserva di legge in materia penale e della sua attuale fase critica, v. ora D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, Giappichelli, 2010, p. 70 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, p. 23 ss.

Come rilevato in dottrina, l'origine della riserva di legge si rinviene nelle esperienze costituzionali della monarchia limitata, in cui essa svolgeva il ruolo di circoscrivere la potestà dell'esecutivo nei confronti del parlamento; riflettendo così il carattere dualista di tale esperienza: da una parte il re con il suo governo a rappresentare la monarchia, dall'altra il parlamento a sostenere le ragioni della classe borghese (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 47 ss.).

⁴⁴ Sulla preminente funzione garantista della riserva di legge parlamentare in materia penale, cfr. da ultimo C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 7 ss. Più in generale, sulla *ratio* della riserva di legge, cfr. L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 2 ss.

⁴⁵ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 83 ss.; F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 115 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 118 ss.; G. INSOLERA, *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, Giappichelli, 2006, p. 326 ss. Nota, poi, M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, E.S.I., 2006, p. 47 ss., che sebbene la Corte in materia penale abbia proceduto ad addizioni o ablazioni parziali del dettato normativo, che hanno comportato modifiche non solo alla pena edittale, ma anche al contenuto stesso dei precetti, tuttavia si deve riconoscere che, in queste manipolazioni riduttive o additive del testo delle norme, la Corte si è costantemente guardata dall'estendere l'area della punibilità.

⁴⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 118 ss.; M. GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 122 ss.

nemmeno aggravare la pena comminata: si tratta di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.

La Corte diversamente invaderebbe il campo riservato dall'art. 25 comma 2 Cost. al legislatore, sovrapponendo le sue scelte di criminalizzazione a quelle del legislatore, dilatando così lo spazio di rilevanza penale delle condotte umane⁴⁷.

La *ratio* garantista della riserva di legge in materia penale impedisce, in linea generale, l'intervento della Corte costituzionale nei confronti delle c.d. questioni *in malam partem*, essendo la Consulta un organo carente di legittimazione democratica⁴⁸.

9.3. Gli obblighi di penalizzazione europei e la sentenza costituzionale n. 32 del 2014

Nella ordinanza con la quale la terza sezione della Corte di cassazione ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale le disposizioni della legge "Fini-Giovanardi", la difesa aveva prospettato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis decreto legge n. 272 del 2007 in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., sotto il profilo della rispondenza agli obblighi di natura comunitaria⁴⁹.

In particolare, si è osservato che l'art. 4-bis, nella parte in cui ha eliminato la dualità di fattispecie incriminatrici a seconda della diversa nocività delle sostanze stupefacenti, si pone in aperta dissonanza rispetto agli obiettivi enunciati nel «considerato 5» e nell'art. 4 della decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'UE, il che determina indirettamente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. Si è prospettata altresì l'opportunità di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, già art. 234 TCE, alla Corte di giustizia UE per

⁴⁷ Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497 ss., con commento di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità*; in *Cass. pen.*, 2004, p. 3938, con nota di L. GIZZI, *Brevi osservazioni in tema di bene giuridico e soglie di non punibilità nei reati di false comunicazioni sociali*

⁴⁸ F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 116 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, cit., p. 629 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 331 ss.

⁴⁹ Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 25554, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3405, con nota di C. CUPELLI, *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del "cambio di passo" della giurisprudenza costituzionale*.

verificare la compatibilità, in via interpretativa, del citato art. 4-*bis* rispetto all'art. 4 della decisione-quadro 2004/757/GAI, nella parte in cui pretende da ciascuno Stato membro la previsione di "pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive" in relazione anche al reato di traffico di sostanze stupefacenti, pene già in via indicativa quantificate nel prosieguo del testo normativo.

La difesa ha ricordato inoltre che la proporzionalità delle pene è principio sancito dall'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), laddove prevede che "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato". Secondo la difesa, l'eliminazione della distinzione tra c.d. droghe leggere e c.d. droghe pesanti e il relevantissimo aumento delle pene edittali per le condotte aventi ad oggetto le prime, non sarebbe conforme né al principio di proporzionalità rispetto al disvalore espresso dalla condotta incriminatrice né all'esempio di proporzionalità predisposto a livello comunitario, con la medesima decisione-quadro, con risposte sanzionatorie differenziate a seconda del grado di offensività della condotta. La difesa ha rammentato in più che, con la trattatizzazione della Carta di Nizza, il principio di proporzionalità è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione Europea, vincolante per i legislatori nazionali. Il citato art. 4-*bis*, quindi, si porrebbe doppiamente in contrasto col diritto eurounitario: sia con l'art. 4 della decisione-quadro 2004/727/GAI, sia col principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, comma 3, della CDFUE⁵⁰.

La terza sezione della Cassazione ha ritenuto tuttavia l'eccezione di costituzionalità prospettata con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., sotto il profilo del contrasto con la decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'UE e col principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assorbita dall'accoglimento della seconda eccezione relativa al possibile contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost. (l'arbitraria disomogeneità delle disposizioni introdotte rispetto al contenuto del decreto-legge)⁵¹.

⁵⁰ Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 25554, cit.

⁵¹ Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 25554, cit.

Ora, gli “obblighi di penalizzazione” in virtù della normativa dell’Unione europea nella sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale hanno giocato un ruolo non principale ma di ausilio: ossia si tratta di un argomento che ha avvalorato nelle motivazioni della Corte il meccanismo della c.d. “reviviscenza” della disciplina penale in materia di stupefacenti contenuta nella versione precedente alla novella del 2006.

Ad avviso infatti della Corte costituzionale n. 32/2014 «la decisione-quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, 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. Il che 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.» (§ 5).

In dottrina si è valorizzato tale *obiter* della Consulta, leggendolo come un primo tentativo di impostare in modo originale i rapporti tra il diritto europeo e l’ordinamento punitivo, in relazione ai margini di intervento della Corte costituzionale rispetto all’ipotesi di c.d. “inadempimento statale sopravvenuto”⁵².

Per questa dottrina si tratta dell’ipotesi in cui alla scelta di penalizzazione di una determinata condotta da parte del legislatore nazionale, che rappresenta adeguato adempimento di un obbligo punitivo comunitario, faccia poi seguito un ripensamento dello stesso legislatore che depenalizza (o decrimininalizza) la medesima

⁵² Si allude a V. MANES - L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”*: gli orizzonti della democrazia penale, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 13 ss. In proposito, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007, p. 310 ss., p. 319 ss., il quale nega tuttavia la giustiziabilità dell’inadempimento alla luce dell’art. 25 comma 2 Cost. Sul tema specifico, cfr. altresì C. RUGA RIVA *Il ruolo della decisione quadro nell’interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 126 ss.

condotta. Si ammette perciò che sulla materia viga ormai “una copertura comunitaria”, la quale nell’ipotesi di “inadempimento statale sopravvenuto” permette così alla Corte di censurare la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali di cui agli artt. 11 e 117 Cost.⁵³.

Tale indirizzo prende spunto dalla importante sentenza della Corte costituzionale sulle c.d. “ceneri di pirite” (sentenza n. 28 del 2010), la quale di fronte alle ipotesi di c.d. “inadempimento statale sopravvenuto”, ha ammesso la possibilità di ritenere la legge di depenalizzazione illegittima per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., con l’effetto di ripristinare la previgente disposizione “comunitariamente adeguata”⁵⁴.

La sentenza n. 28 del 2010 – secondo questa tesi – ha riconosciuto alla Corte la possibilità di sottoporre a “controllo di conformità al diritto comunitario” la norma interna 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 “riespansione” 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)⁵⁵.

In simili casi, da limitarsi ad obblighi punitivi specifici e puntuali, il “controlimito” della riserva di legge – ad avviso di tali autori – 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 non deriverebbe dalla pronuncia

⁵³ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 112 ss., p. 122 ss.

⁵⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 112 ss.

⁵⁵ Cfr. V. MANES - L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”*, cit., p. 13 ss.

della Corte ma dalla legge precedente, unica legge costituzionalmente conforme perché rispettosa dell'impegno comunitario. La reviviscenza della previgente disciplina sarebbe imposta quindi anche dall'obbligo europeo di penalizzazione⁵⁶.

9.4. Il nuovo delitto per fatti di lieve entità e la perdurante unificazione tra droghe leggere e droghe pesanti

Con la decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 25 ottobre 2004 (2004/757/GAI) sono state fissate le norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

Quanto alle condotte da sottoporre a sanzione penale, la decisione-quadro ha escluso dal suo campo applicativo le numerose condotte identificate all'art. 2 § 2 (e a prima vista anche la coltivazione, lett. *b*), le quali siano tenute ai fini del mero consumo personale (quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali) (art. 2 § 2). Poi vedremo tuttavia se l'esclusione della rilevanza penalistica, voglia dire che è legittimo uno spazio libero dalla sanzione (anche amministrativa) per le condotte di detenzione o coltivazione finalizzate all'uso personale di sostanze stupefacenti.

Si è poi richiesto agli Stati membri di adottare sanzioni (comprendenti anche pene detentive) efficaci, proporzionate e dissuasive⁵⁷.

In particolare per stabilire l'entità della pena privativa della libertà dei reati connessi al traffico illecito di sostanze stupefacenti – si precisa nel *considerando* 5 – bisognerebbe prendere in considerazione gli elementi di fatto come i quantitativi e la natura degli stupefacenti

⁵⁶ Così V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi"*, cit., p. 13 ss. Cfr. inoltre al riguardo M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 538 ss., p. 558.

⁵⁷ L'art. 6 decisione-quadro del 2004 prevede, poi, espressamente la responsabilità degli enti per tutti i reati connessi al traffico degli stupefacenti. Il d.lg. n. 231 del 2001 fa riferimento come reato-presupposto della responsabilità parapenale dell'ente solo all'art. 24-ter delitti di criminalità organizzata, tra cui l'art. 74 t.u. stup. (associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti).

oggetto del traffico, nonché l'eventuale commissione del reato nell'ambito di una organizzazione criminale.

Si comincia così a delineare la stretta correlazione tra la natura dello stupefacente e l'entità della sanzione da comminare.

Legame stretto che si deduce con chiarezza assoluta dall'art. 4 della decisione-quadro in tema di "sanzioni". Si è imposto agli Stati membri di provvedere affinché per i reati in materia di sostanze stupefacenti siano stabilite pene detentive della durata massima compresa tra almeno cinque e dieci anni in presenza di almeno una delle seguenti circostanze: grandi quantitativi di stupefacenti; stupefacenti più dannosi per la salute (le droghe pesanti); stupefacenti che hanno provocato gravi danni alla salute di più persone.

In definitiva, se ne trae che dalla decisione-quadro scaturisce un evidente obbligo per gli Stati membri di differenziare le sanzioni sulla scorta della diversa natura e quindi pericolosità/dannosità delle sostanze stupefacenti per la salute della persona⁵⁸.

Com'è noto, tuttavia l'Italia con la legge "Fini-Giovanardi" del 2006 ha avviato un percorso legislativo che ha preso le distanze dalle indicazioni provenienti dall'Europa, realizzando un sistema in cui scompare ogni differenziazione sanzionatoria tra sostanze stupefacenti di diversa natura. Infatti, uno degli aspetti principali della riforma del 2006 è rappresentato dal nuovo sistema di classificazione degli stupefacenti, basato sul principio secondo cui tutte le droghe hanno la medesima pericolosità: si è avuta, in altre parole, una omogeneizzazione della classificazione tra droghe leggere e droghe pesanti.

Nel 2006 il legislatore nazionale è andato dunque in direzione opposta della decisione-quadro, la quale per determinare il livello

⁵⁸ Si veda, in argomento, GC. AMATO - G. FIDELBO, *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "sostanze velenose" alla riforma del 2006*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo - G. Fidelbo, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C. Paliero, Giappichelli, 2012, p. 295; E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 16 ss.; C. RUGA RIVA *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 128 ss.

delle pene impone di tener in considerazione gli elementi di fatto come la quantità e il tipo di stupefacente oggetto del traffico illecito. Richiedendo agli Stati membri nello specifico l'art. 4 § 2 lett. *b* della decisione-quadro di punire più severamente i reati che, tra l'altro, implicino la "fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute"⁵⁹.

Seppure tale difformità rispetto a quanto stabilito dalla decisione-quadro è stata largamente superata a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 32 del 2014, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme contenute nella legge "Fini-Giovanardi" che equiparavano in pratica le sostanze stupefacenti leggere e quelle pesanti, rimane sul tappeto il nodo costituito dalla inedita incriminazione prevista oggi dall'art. 73 comma 5 t.u. stup. Rammentando in proposito che la Corte costituzionale n. 32/2014 non ha in alcun modo preso in considerazione il vizio sostanziale dell'unificazione legislativa di sostanze stupefacenti con pericolosità diverse, avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge "Fini-Giovanardi" unicamente sotto il profilo formale della violazione dell'art. 77 comma 2 Cost. per la disomogeneità contenutistica tra il decreto legge e la legge di conversione (cfr. Cap. VII, § 1).

L'art. 2, comma 1, lett. *a*) del d.lg. n. 146 del 2013 ha sostituito il comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. come previsto nella legge "Fini-Giovanardi". Il novellato art. 73 comma 5 cit. ha introdotto in sostanza al posto della circostanza attenuante ad effetto speciale una nuova e autonoma incriminazione (sanzionata – in un primo momento – con la reclusione da uno a cinque anni e poi a seguito della modifica apportata dalla l. n. 79 del 2014 reclusione da sei mesi a quattro anni), la cui fattispecie ricalca quella della previgente attenuante speciale del "fatto di lieve entità".

La dichiarazione di incostituzionalità del comma 5 nella formulazione della legge "Fini-Giovanardi", per effetto della

⁵⁹ In dottrina, si è osservato che la fonte europea impone in via generale pene proporzionate, e nel dettaglio sembra declinare tale parametro esigendo pene più alte per i reati aventi ad oggetto droghe pesanti rispetto ai reati concernenti droghe leggere (C. RUGA RIVA *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 129).

sentenza n. 32 del 2014, non ha determinato conseguenze dirette sulla validità della nuova incriminazione; il citato comma 5 non si può in alcun modo ritenersi travolto dalla pronuncia della Consulta. Si è in pratica dichiarata invalida una norma già abrogata dal legislatore.

Il nuovo delitto per i fatti di lieve entità, riunendo sotto la medesima cornice edittale le condotte concernenti le droghe "leggere" e quelle "pesanti", sembra porsi già in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3 Cost.) in quanto non è "coerente" con l'attuale sistema penale degli stupefacenti, che – per effetto della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 – distingue riguardo al trattamento sanzionatorio delle condotte criminose previste nei commi precedenti al quinto tra tipologie di sostanze stupefacenti. In aggiunta, a seguito della conversione in legge del d.lg. n. 36 del 2014, è stata ripristinata la distinzione del quadro sanzionatorio tra droghe "leggere" e droghe "pesanti" pure rispetto agli illeciti amministrativi di cui all'art. 75 t.u. stup.

Ebbene, occorre chiedersi se l'aver accorpato nel reato di cui all'art. 73 comma 5 le droghe leggere e quelle pesanti accomunandole sotto il profilo della risposta sanzionatoria non costituisca una violazione dell'obbligo scaturente dalla decisione-quadro che richiede per la comminatoria edittale di tener conto della tipologia di stupefacente e della sua pericolosità/dannosità per la salute delle persone.

E soprattutto la questione fondamentale è quella della sindacabilità dell'eventuale inosservanza della normativa europea: è ammissibile richiedere alla Corte costituzionale, sulla scorta del parametro degli artt. 117 comma 1 e 11 Cost., una pronuncia che dichiari l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice in questione? Oppure, vi si oppone il superiore, nel caso di specie, principio della riserva di legge in campo penale?

Da ultimo, il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, reputandola rilevante e non manifestamente infondata, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 per contrasto con gli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost. (il 17 giugno 2015, è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* - 1ª Serie Speciale-Corte costituzionale n. 24 l'ordinanza, n. 113 del 5 febbraio 2015).

Il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, in particolare, ha ricordato che la decisione-quadro del 2004 esige un ispessimento

delle pene nell'ipotesi in cui «il reato implichi la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute»; ricavandone per gli Stati membri un obbligo di differenziazione delle cornici edittali a seconda che oggetto delle condotte incriminate siano *soft* oppure *hard drugs*, in omaggio, altresì, all'istanza di proporzione tra pena e (disvalore del) fatto sancita dalla stessa decisione-quadro, così come dall'art. 49 § 3 della Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.

Senonché, bisogna domandarsi quali siano gli effetti di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità del comma 5 dell'art. 73 per contrasto con la decisione-quadro che impone di differenziare la risposta sanzionatoria a seconda della peculiare natura e dannosità della sostanza stupefacente. Una soluzione potrebbe essere che di conseguenza occorrerebbe ritenere ripristinata la circostanza attenuante speciale di cui al comma 5 nella formulazione della legge "Iervolino-Vassalli"; comma che è stato abrogato in modo inefficace dalla legge "Fini-Giovanardi" travolta poi dalla menzionata sentenza n. 32 del 2014. Il testo legislativo in questione distingue sotto il profilo del trattamento penale le droghe leggere (da sei mesi a quattro anni di reclusione) da quelle pesanti (da uno a sei anni di reclusione). Limiti edittali questi ultimi che come subito vedremo non sono in linea tuttavia con quanto previsto dalla decisione-quadro del 2004.

9.5. I limiti edittali nel fatto di lieve entità e la decisione-quadro del 2004

Un altro versante dove potrebbe annidarsi un inadempimento dell'obbligo di matrice europea rispetto all'art. 73 comma 5 t.u. stup. è quello del "limite edittale massimo sanzionatorio". Invero, il d.lg. n. 146 del 2013 comminava la pena da uno a cinque anni di reclusione per l'inedita figura del fatto di lieve entità. Il legislatore ha in seguito ridotto la pena con la legge di conversione del d.lg. n. 36 del 2014, fissandola secondo la cornice sanzionatoria da sei mesi a quattro anni di reclusione⁶⁰.

⁶⁰ Cf. L. ROMANO, *Sollezata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di spaccio di lieve entità*, in *Diritto penale contemporaneo*.

Ricordando appunto che l'art. 4 § 2 della decisione-quadro del 2004 impone agli Stati membri di comminare pene detentive della durata massima comprese almeno tra 5 e 10 anni in presenza di un reato avente ad oggetto gli stupefacenti più dannosi per la salute, e dunque le droghe cosiddette pesanti.

Per una parte della dottrina, sarebbe forse sindacabile qui tale difformità tra diritto dell'Unione e diritto interno, perché sarebbe ravvisabile un "inadempimento statale sopravvenuto" alla stregua di un obbligo sovranazionale connotato da un grado di determinatezza tale da rendere l'antinomia censurabile. Nell'assegnare uno spazio d'intervento alla Corte costituzionale giocherebbe un ruolo fondamentale la possibilità nel caso di specie di individuare una decisione a "rime obbligate"⁶¹.

In altri termini, facendo applicazione delle coordinate di una recente teorica⁶², e considerato che la versione previgente dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309/1990 (quella risultante a seguito della novella di cui al d.lg. n. 143 del 2013, conv. in l. n. 20 del 2014) prevedeva per i fatti di lieve entità relativi (anche) alle droghe pesanti il limite edittale massimo di cinque anni, si è ipotizzato che la legge n. 79 del 2014 – la quale per tali fatti ha ridotto il massimo di pena detentiva a quattro anni – abbia dato luogo per l'appunto ad un "inadempimento statale sopravvenuto". Quest'ultimo, a voler condividere quella prospettazione dottrinale, potrebbe dare la stura ad un intervento demolitorio – da parte della Corte costituzionale – del vigente massimo di pena contemplato per le (sole) droghe pesanti che faccia rivivere quello precedente (di cinque anni), al contempo ripristinando una differenziazione (ancorché minima) del trattamento sanzionatorio riservato alle fattispecie di lieve entità⁶³.

Orbene, il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria ha censurato l'art. 73, comma 5, t.u. stup. per il mancato rispetto da parte del legislatore italiano dei "limiti edittali minimi" previsti dall'art. 4 della decisione-quadro 2004/757/GAI (ossia un anno per le droghe

⁶¹ Così L. ROMANO, *Sollezata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di spaccio di lieve entità*, cit.

⁶² Si tratta di V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 112 ss., p. 119 ss.

⁶³ Così L. ROMANO, *Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 giugno 2015.

leggere). Le censure di costituzionalità investono inoltre la mancata previsione nel comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. di limiti di pena differenziati in violazione della citata decisione-quadro⁶⁴.

Secondo i Giudici che hanno rimesso la questione alla Corte costituzionale, infatti, è evidente che la legge n. 79 del 2014 nei termini in cui ha modificato l'art. 73 comma 5, prevedendo pene detentive variabili – per qualunque sostanza stupefacente – tra mesi sei e anni quattro di reclusione, violi l'art. 4 della decisione-quadro del 2004, il quale per i reati concernenti le droghe leggere indica una durata massima compresa tra “almeno” uno e tre anni di reclusione. La violazione è apprezzabile sia sotto il profilo dei limiti massimi di pena detentiva, sia – qualora l'avverbio “almeno” dovesse ritenersi applicabile solo al primo termine edittale – in riferimento ai limiti minimi dei massimi di pena detentiva (almeno anni uno per la decisione-quadro, mesi sei per l'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990).

In particolare, ad avviso del Giudice territoriale, la questione di legittimità costituzionale prospettata appare rilevante in quanto, ove lo Stato italiano si adegua alla risoluzione internazionale indicata, la pena massima prevista per i reati minori in materia di stupefacenti non particolarmente pericolosi per la salute (come la *marijuana*) dovrebbe essere contenuta tra almeno uno e tre anni di reclusione e, comunque, dovrebbe essere differenziata da quella prevista per le sostanze più dannose.

Per il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria: la Corte costituzionale in un passo della sentenza n. 32 del 2014 ha ribadito la necessità di ritornare alla normativa precedente in virtù degli obblighi di criminalizzazione comunitari rintracciati proprio nella decisione-quadro 2004/757/GAI. Pertanto sarebbe la stessa Consulta a riconoscere alla decisione-quadro lo *status* di parametro interposto di costituzionalità⁶⁵.

Senonché tale affermazione del Tribunale sembrerebbe accordare un valore eccessivo all'*obiter* della Corte costituzionale: il richiamo

⁶⁴ Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, n. 113, Pres. Di Bella, in *Diritto penale contemporaneo*, con commento di L. ROMANO.

⁶⁵ Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, n. 113, cit.

alla disciplina europea è servito solo ad avvalorare l'esito della reviviscenza della previgente disciplina in materia di stupefacenti, e non già ad assegnare alla decisione-quadro il rango di parametro interposto di legittimità.

Secondo poi il Tribunale di Reggio Calabria, le disposizioni ivi previste costituiscono esempio di parametro di costituzionalità in quanto al legislatore nazionale è richiesta una produzione legislativa conforme alle disposizioni contenute nel testo della decisione quadro ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Detto parametro si definisce interposto in quanto riproduce uno strumento normativo sovranazionale (fonte-fatto), recuperato nella vincolatività attraverso l'art. 117, comma 1, Cost. Le disposizioni raccolte nella decisione quadro sono, atteso il chiaro tenore dell'art. 34, comma 2 lett. b) Trattato dell'Unione Europea (versione antecedente al primo dicembre 2009), vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi, pur essendo prive di efficacia diretta.

La vincolatività delle statuizioni della decisione-quadro (in specie della decisione-quadro 2004/757/GAI) si manifesta in più direzioni. Anzitutto, si prevede in capo alle Autorità Giudiziarie l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme, quando sia reso possibile dal tenore letterale delle disposizioni nazionali (CGUE, 16.6.2005, C-105, Pupino).

Inoltre, per risolvere antinomie non componibili nell'interpretazione, la disposizione comunitaria quando è priva di effetto diretto (quale è sempre la decisione-quadro Gai per espressa volontà dell'art. 34 TUE *ante* Lisbona) integra il disposto dell'art. 117 comma 1 Cost., inserendosi nel discorso costituzionale al pari di parametro interposto.

Tanto premesso in ordine generale, secondo il Tribunale di Reggio Calabria è evidente che la legge del 16 maggio 2014 n. 79, nei termini in cui ha modificato l'art. 73 comma 5, prevedendo pene detentive variabili – per qualunque sostanza stupefacente – tra mesi sei e anni quattro di reclusione, violi l'art. 4 della decisione-quadro, che per i reati minori (droghe leggere) in tema di stupefacenti indica una durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni.

Per la Corte territoriale la violazione è apprezzabile sia sotto il profilo dei limiti massimi di pena detentiva, sia in riferimento ai

limiti minimi di pena detentiva (almeno anni uno per la decisione-quadro, mesi sei per l'art. 73 comma 5).

La violazione della normativa comunitaria è poi apprezzabile anche con riferimento alla disciplina dettata per le fattispecie criminose che riguardano le sostanze stupefacenti più dannose per la salute, per le quali la decisione-quadro indicata – stabilendo ancora una volta la necessità di un differente trattamento sanzionatorio – suggerisce che siano soggette a pene detentive della durata massima compresa almeno tra cinque e dieci anni.

Di contro, l'art. 73 comma 5 nei termini risultanti dalla l. 16 maggio 2014, n. 79 prevede che anche i reati minori concernenti le sostanze più dannose per la salute siano puniti – analogamente a quelli relativi alle sostanze stupefacenti meno dannose – con pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329, ovvero con una pena detentiva irrispettosa dei minimi edittali, cui la decisione quadro assoggetta le condotte ivi stigmatizzate (ovvero minimo 5 anni), laddove queste implicino la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute (ovvero le c.d. droghe pesanti). Nel caso di specie, pertanto, potrebbe ravvisarsi un'ipotesi di inadempimento statale di un obbligo sovranazionale, connotato da un grado di determinatezza tale da rendere l'antinomia eventualmente riscontrata censurabile da parte della Corte costituzionale⁶⁶.

Il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria: aggiunge poi che da un'analisi più approfondita del punto n. 5 delle considerazioni preliminari della decisione-quadro del 2004, si evince che le sanzioni concernenti le condotte illecite in materia di stupefacenti, devono ispirarsi ai principi della "efficacia", "proporzionalità" e "dissuasività".

Tra questi canoni fondamentali, quello che più significativamente si pone in correlazione con le sanzioni previste dall'art. 73 comma 5, appare quello della proporzionalità della pena. Affinché il criterio della proporzionalità non rimanga però confinato al livello di una mera e semplice petizione di principio, di natura generica e astratta, il

⁶⁶ Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, n. 113, cit.

punto n. 5 della decisione del Consiglio dell'Unione europea offre specifici e concreti canoni ermeneutici tendenzialmente fattuali, destinati a favorire l'individuazione dei limiti di pena: tra essi, riveste una peculiare importanza, "la natura degli stupefacenti oggetto di traffico".

Appare dunque evidente che, in base ad una simile caratterizzazione dello scopo da raggiungere, il principio della proporzionalità della pena si debba necessariamente coniugare con quelli della "offensività" e della "tassatività".

In particolare, la rilevanza del principio di "offensività" – allo scopo di identificare, in modo corretto e rispettoso dell'equazione tra fatto e sanzione concreta, la pena da prevedere in relazione ad una specifica ipotesi di reato – appare assoluta. Il principio di "offensività" diviene, quindi, al contempo presidio di "controllo delle scelte di politica criminale" e "criterio ermeneutico indirizzato al giudice. Coerentemente, l'esempio di proporzionalità predisposto a livello comunitario offre risposte sanzionatorie differenziate in relazione al diverso grado di offensività della condotta incriminata e, sotto un profilo meramente oggettivo, della tipologia di stupefacente valutata in relazione al danno alla salute che provoca. Se dunque il legame tra proporzionalità e offensività risulta simbiotico e diretto nelle valutazioni operate dalla decisione 2004/757/GAI, lo stesso non pare, però, affatto rispettato e declinato dalla struttura dell'art. 73 comma 5, così venutosi a delineare dopo la riforma del 2014⁶⁷.

L'omologazione sanzionatoria tra sostanze che già, a costante parere della stessa comunità scientifica internazionale, sono individuate come differenti tra loro, non solo per caratteristiche organolettiche, ma soprattutto, in relazione al tipo di conseguenze (psico-fisiche) che la loro assunzione produce, potrebbe determinare, in forza della sua disapplicazione, un notevole *vulnus* del ricordato principio di offensività.

La previsione normativa di una pena assolutamente identica (nel minimo edittale come nel massimo edittale), in relazione a precisi e dettagliati comportamenti aventi a oggetto sostanze che, seppur tutte

⁶⁷ Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, n. 113, cit.

classificate come illecite, esprimono una diversa, quanto evidente, capacità di attentato alla salute di chi ne faccia uso, non appare affatto improntata a canoni di ragionevolezza o logicità e, inoltre, risulta in netto contrasto la citata normativa comunitaria.

Pertanto, atteso che la legislazione comunitaria riconosce l'esistenza di stupefacenti più dannosi per la salute prevedendo un trattamento punitivo differenziato, la reintrodotta equiparazione delle sanzioni per il fatto di lieve entità è sospetta di essere costituzionalmente illegittima, al punto tale da esporre lo Stato ad ipotesi di risarcimento del danno da parte del cittadino danneggiato dall'inadempimento comunitario. In altri termini, nell'adozione di una disposizione normativa che non corrisponde agli obiettivi denunciati in sede comunitaria, né alle indicazioni della Corte costituzionale che fa distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, deve ritenersi violato il principio di ragionevolezza nonché l'impegno di leale cooperazione, che dovrebbe governare il rapporto tra gli Stati membri e l'Unione. Peraltro, la stessa violazione dell'art. 117 Cost. si propone – in punto di proporzionalità – in relazione all'art. 49, 3 paragrafo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (adottata al Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2012), là dove pretende che "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"⁶⁸.

9.6. La preclusione di sentenze additive in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata (Corte cost. n. 23/2016)

Sulla questione di costituzionalità appena presa in considerazione, sollevata dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria (in relazione agli artt. 3, 27 comma 3, 117 comma 1, quest'ultimo in relazione alla decisione-quadro del 2004 e all'art. 49 § 3 Carta diritti UE), si è infine pronunciato il Giudice delle leggi con la sentenza n. 23 del 2016⁶⁹.

⁶⁸ Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, ord. 5 febbraio 2015, n. 113, cit.

⁶⁹ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23.

In precedenza (Cap. II, § 3.1.) si è già dato conto della menzionata sentenza costituzionale con riferimento alla questione di legittimità costituzionale del comma 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella parte in cui non distingue nel trattamento sanzionatorio fra sostanze stupefacenti aventi diversa natura.

Qui chiaramente si considera la porzione della pronuncia costituzionale concernente la censura sulla mancata previsione nel comma 5 dell'art. 73 di limiti di pena differenziati e conformi ai parametri di cui all'art. 4 della decisione-quadro 2004/757/GAI e all'art. 49 § 3 Carta diritti UE.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile (anche tale) questione di costituzionalità sul presupposto che la richiesta di una pronuncia di tipo additivo è preclusa in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Invero – per la Corte – il giudice *a quo* non ha indicato, in relazione alla misura della pena, quale sia la differenziazione dell'intervallo edittale “costituzionalmente obbligata”⁷⁰.

Nessun elemento può ricavarsi, in proposito, dall'art. 49 § 3 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il quale si limita a codificare il principio di proporzionalità della pena e che non permette alla Corte stessa di determinare autonomamente la misura della pena, bensì unicamente di emendare le scelte del legislatore in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento.

Inoltre ad avviso della Corte costituzionale, essa non potrebbe sostituirsi al legislatore, in nome del principio di ragionevolezza e proporzionalità della pena, a fronte di disposizioni che lasciano al giudice un margine di valutazione sufficientemente ampio da permettergli di graduare proporzionalmente la pena anche in ragione della natura della sostanza.

Per la Corte poi una definizione della misura della pena che risulta costituzionalmente obbligata non può ricavarsi nemmeno dall'art. 4 della decisione-quadro del 2004; disposizione quest'ultima interposta rispetto al parametro costituzionale rappresentato dall'art. 117, comma 1, Cost.

⁷⁰ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

Certo – per il Giudice delle leggi – l’art. 4 decisione-quadro cit. «lungi dal determinare precisi intervalli di pena per le diverse ipotesi di reato in tema di stupefacenti, si limita ad esigere che il legislatore nazionale fissi i massimi edittali al di sopra di determinate soglie minime, derogabili solo *in pejus*, secondo il cosiddetto “principio del minimo del massimo”. Nessuna indicazione può, dunque, evincersi dalla disposizione europea richiamata, ai fini della differenziazione del trattamento sanzionatorio dei fatti di lieve entità, in base al tipo di sostanza implicata».

Chiarendo infine la Corte che «in assenza di soluzioni costituzionalmente vincolate o imposte dal rispetto degli obblighi comunitari, l’intervento creativo sollecitato dal rimettente interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria riservate al legislatore, in spregio al principio della separazione dei poteri»⁷¹.

Vale la pena, per completare il discorso, mettere in luce come ad una diversa soluzione è giunta la Corte costituzionale a proposito del trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di alterazione di stato. La Corte ha qui dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 567 comma 2 c.p., nella parte in cui punisce il delitto ivi descritto con la pena della reclusione da cinque a quindici anni, anziché con la pena da tre a dieci anni di reclusione (comma 1 dell’art. 567 c.p.), a cagione della manifesta irragionevolezza per sproporzione della forbice edittale; parificando pertanto le due fattispecie nelle quali si articola l’unitario art. 567 c.p.⁷².

Ad avviso della Corte, in questa ipotesi non vi è l’esercizio di un inammissibile potere di scelta in materia sanzionatoria penale (in violazione della riserva di legge sancita dall’art. 25 Cost.), perché la valutazione è condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l’individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata. È consentito dunque

⁷¹ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

⁷² Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Diritto penale contemporaneo*, con commento di F. VIGANÒ.

emendare le scelte del legislatore “in riferimento a grandezze già rinvenibili nell’ordina-mento”, poiché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all’eliminazione di ingiustificabili incongruenze.

Nel caso di specie – secondo la Corte – il controllo sulla sproporzione manifestamente irragionevole tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e gravità dell’offesa, dall’altra, è possibile attraverso una valutazione relazionale, condotta per intero all’interno della disciplina del medesimo art. 567 c.p. Si tratta di uno scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo. Scrutinio che, pure per questa ragione, non conduce a sovrapporre dall’esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica “per linee interne” la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il delitto di alterazione di stato⁷³.

9.6.1. I limiti edittali di pena dell’art. 73 comma 1, la decisione-quadro del 2004 e l’art. 49 Carta UE

La Corte di cassazione ha esaminato la questione relativa al contrasto tra l’art. 73, comma 1, t.u. stup. e l’art. 117 comma 1 Cost., in quanto non sarebbero previsti limiti di pena conformi ai parametri edittali di cui all’art. 4 della decisione-quadro del Consiglio dell’Unione europea n. 2004/757/GAI e all’art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

La Corte di cassazione ha osservato in proposito che l’art. 4, comma 1, della citata decisione-quadro («Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all’art. 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno i e 3 anni») deve essere interpretato nel senso che non vengono indicati il termine minimo (anni uno) e quello massimo (anni tre), bensì vengono

⁷³ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, cit.

indicati i termini massimi che non possono essere inferiori ad uno e tre anni. Infatti, ove fosse attendibile l'opposta tesi, la norma si sarebbe espressa nei termini che la pena irrogabile sarebbe stata "da 1 a 3 anni", e non "tra 1 e 3 anni", essendosi voluto indicare che il massimo doveva "almeno" non essere inferiore a quello compreso tra 1 e 3 anni⁷⁴.

Secondo la Corte, poi, prescindendo da ciò, la questione è superata dal fatto che l'art. 4, comma 2, prevede la pena della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni in caso, fra l'altro, di grandi quantitativi e di fornitura di stupefacenti più dannosi per la salute: e nel caso di specie si trattava di eroina, la quale ricade ovviamente tra questi per il suo maggiore effetto drogante⁷⁵.

La suprema Corte ha richiamato infine, le osservazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 23 del 2016 (cfr. il § che precede), per mezzo della quale la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, t.u. stup., nella parte in cui non distingue nel trattamento sanzionatorio tra fatti di lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti di cui alla tabella I e fatti di lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti appartenenti alla differente tabella dell'art. 14 t.u. stup.; e nella parte in cui non prevede dei limiti di pena differenziati e conformi ai parametri di cui all'art. 4 della citata decisione-quadro 2004/757/GAI. Il Giudice delle leggi ha affermato al § 2.4. che «nessun elemento può ricavarsi, in proposito, dall'invocato art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si limita a codificare il principio di proporzionalità della pena, il quale – al pari del principio di ragionevolezza, che nella giurisprudenza costituzionale è spesso richiamato unitamente ad esso – non permette a questa Corte di determinare autonomamente la

⁷⁴ Cass., sez. III, 6 luglio 2016, Sylla, n. 41152, in *C.E.D. Cass.*, n. 267783; nello stesso senso già Cass., sez. III, 2 marzo 2010, n. 12635, Piva, *ivi*, n. 246815, secondo cui nessuna difformità sotto il profilo sanzionatorio sussiste tra l'art. 73 t.u. stup. e la previsione dell'art. 4, comma primo, della decisione-quadro del Consiglio U.E. n. 75 del 2004, secondo cui «ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'art. 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno uno e tre anni», in quanto con tale dizione non vengono indicati il termine minimo e quello massimo della pena, ma soltanto quelli minimi da stabilire a seconda dei casi.

⁷⁵ Cass., sez. III, 6 luglio 2016, Sylla, n. 41152, cit.

misura della pena, ma semmai di emendare le scelte del legislatore in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento»⁷⁶.

Alla stregua di quanto sopra, la Corte di cassazione ha concluso che non sussistono dunque le condizioni per l'attivazione del meccanismo di cui all'articolo 267 TFUE, non essendovi dubbi sulla compatibilità della normativa di cui all'art. 73 cit. di cui viene chiesto il rinvio, rispetto alle norme evocate⁷⁷.

9.7. La detenzione e la coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale alla luce degli atti internazionali e comunitari

Nel 1997 è stato portato davanti alla Corte costituzionale il quesito referendario avente come obiettivo di eliminare qualsiasi sanzione nei confronti dell'uso personale (anche per la coltivazione) delle sostanze stupefacenti.

Per la Corte non vi è dubbio tuttavia che alla stregua delle Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961, le condotte di coltivazione e di detenzione di sostanze stupefacenti, anche per fini di consumo personale, devono essere qualificate come reato o, quantomeno, sottoposte a misure amministrative riabilitative e di reinserimento sociale diverse dalla sanzione penale⁷⁸.

La Corte ha ritenuto che la conseguenza di sguarnire di sanzione (penale o amministrativa) tali condotte, si pone in irrimediabile contrasto con le menzionate norme delle Convenzioni di Vienna del 1988 e di New York del 1961. Queste ultime impongono appunto alle parti contraenti di attribuire carattere di reato alle condotte descritte dall'art. 75 t.u. stup., o quantomeno di applicare nei casi di minore gravità misure alternative di carattere amministrativo, anche quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale e pure quando le infrazioni sono commesse da persone che utilizzano in modo abusivo sostanze stupefacenti (art. 3, paragrafi 2 e 4, lett. *c* e *d*

⁷⁶ Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 23, cit.

⁷⁷ Cass., sez. III, 6 luglio 2016, Sylla, n. 41152, cit.

⁷⁸ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27.

della Convenzione di Vienna; art. 14, paragrafo 1, lett. *b* del Protocollo di emendamento della Convenzione di New York)⁷⁹.

La Corte ha ritenuto pertanto inammissibile la richiesta di *referendum*, perché l'eventuale esito positivo del referendum lascerebbe le condotte di detenzione o coltivazione per fini personali prive di qualsiasi sanzione o misura amministrativa⁸⁰.

Al riguardo, bisogna nondimeno tenere in considerazione la recente proposta di legge dell'Intergruppo parlamentare per la legalizzazione della *cannabis* e suoi derivati, che mira a introdurre specifiche disposizione volte a regolamentare l'uso personale delle droghe leggere, sancendone la piena legalizzazione (con l'esclusione quindi anche della sanzionabilità amministrativa). La proposta di legge si pone in contrasto con gli atti internazionali? (cfr. *retro sub* Cap. I, § 1).

Quanto nello specifico alla coltivazione per uso personale di sostanze stupefacenti, prima di esaminare la normativa sovranazionale e il suo possibile impatto nel nostro ordinamento, occorre accennare al dibattito interno che, allo stato dell'arte, resta ancora senza un'univoca soluzione giurisprudenziale.

In via preliminare, al fine di tracciare le coordinate dell'argomento, si analizza però l'intervento della Corte costituzionale con la decisione n. 109 del 2016. Tale pronuncia è già stata in precedenza esaminata – in relazione alla denunciata incostituzionalità dell'art. 75 t.u. stup. – nella parte riguardante la disparità di trattamento fra chi detiene per uso personale sostanze stupefacenti ricavate da piante da lui stesso in precedenza coltivate (condotta sanzionata solo in via amministrativa), e chi è invece sorpreso allorché ha ancora in corso l'attività di coltivazione, finalizzata sempre all'uso personale, trovandosi con ciò esposto (secondo il "diritto vivente") alle sanzioni penali previste dall'art. 73 t.u. stup. (cfr. Cap. III, §§ 4 e 5)⁸¹.

⁷⁹ Sulle origini delle Convenzioni di New York e di Vienna, si veda L. SBOLCI, voce *Stupefacenti (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1235 ss.

⁸⁰ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27, cit.

⁸¹ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di L. ROMANO; in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE.

Si affronta qui la questione di costituzionalità dell'art. 75 t.u. stup., presa in esame dalla menzionata pronuncia della Corte costituzionale n. 109/2016, sulla base del parametro costituito dal principio di necessaria offensività del reato.

Ebbene secondo il giudice *a quo* la coltivazione per uso personale, in quanto non finalizzata all'immissione della droga sul mercato, sarebbe priva di qualsiasi potenzialità lesiva dei beni giuridici protetti, con la conseguenza che la presunzione di pericolosità sottesa alla sua incriminazione risulterebbe del tutto irrazionale.

Precisandosi che alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, non può più essere formulato un giudizio di pericolosità ponendo come termine di riferimento dello stesso il bene "salute dei singoli", dovendosi invece ritenere che scopo dell'incriminazione è qui quello di combattere il mercato della droga che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni.

E ciò sarebbe confermato dalla decisione-quadro del 2004, la quale esclude dal proprio campo applicativo le condotte (coltivazione compresa) «tenute dai loro autori soltanto ai fini del ... consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali» (art. 2 § 2)⁸².

La Corte costituzionale, anzitutto, ha ribadito il suo costante orientamento sul principio di necessaria offensività del reato, che distingue tra offensività in astratto e offensività in concreto.

Per la Corte sul piano dell'offensività "in astratto", il principio opera come precetto rivolto al legislatore, il quale deve circoscrivere la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di tutela. Quanto alla dimensione dell'offensività "in concreto", il principio di necessaria offensività agisce quale criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune, il quale, nella verifica della riconducibilità del singolo fatto concreto alla figura astratta di reato, è tenuto ad evitare di sussumere nel reato condotte prive di qualsiasi attitudine lesiva⁸³.

⁸² Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁸³ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

L'offensività in astratto non implica tuttavia che l'unico modello di reato costituzionalmente legittimo sia quello del reato di danno. È data al legislatore nella sua discrezionalità l'opzione per l'impiego di modelli che anticipano la tutela penale. Non è perciò precluso in linea di principio il ricorso al modello di reato di pericolo presunto, occorrendo però – al fine di rispettare il principio di necessaria offensività – che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*.

Fatte queste premesse, ad avviso della Corte costituzionale la tesi del giudice *a quo* non può essere seguita. La Corte ha osservato, infatti, come il nuovo orientamento giurisprudenziale richiamato dal rimettente non introduce effettivi elementi di novità rispetto al panorama avuto di mira dalla sentenza costituzionale n. 360 del 1995. Tale orientamento riprende esplicitamente affermazioni formulate dalla Corte costituzionale già al principio degli anni '90 (in particolare, le sentenze n. 333 del 1991 e n. 133 del 1992), sulla scorta di pronunce ancora anteriori (sentenze n. 1044 del 1988, n. 243 del 1987, n. 31 del 1983 e n. 9 del 1972)⁸⁴.

Per il Giudice delle leggi, inoltre, neppure è accreditabile come novità significativa, ai presenti fini, la decisione-quadro n. 2004/757/GAI, la quale reca solo «norme minime» in tema di repressione penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti. Essa non obbliga gli Stati membri a prevedere come reato la coltivazione per uso personale, ma neppure impedisce loro di farlo. Nel quarto "*considerando*" si afferma, anzi, espressamente che «l'esclusione di talune condotte relative al consumo personale dal campo di applicazione della presente decisione-quadro non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale»⁸⁵.

Secondo poi la Corte costituzionale se si raffronta l'elenco delle condotte incriminate dall'art. 73 t.u. stup. con quello delle condotte sanzionate attualmente solo in via amministrativa, ove sorrette dalla

⁸⁴ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁸⁵ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

finalità di uso personale, si capisce il criterio che ha presieduto alla selezione degli illeciti amministrativi. Il legislatore ha negato infatti rilievo alla finalità di uso personale – oltre che in rapporto alle condotte con essa logicamente incompatibili, perché implicanti la “circolazione” della droga («vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo») – anche rispetto alle condotte “neutre” che hanno la capacità di accrescere la quantità di stupefacente esistente e circolante, agevolandone così indirettamente la diffusione («coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina»).

Quest’ultimo è l’aspetto principale che, nella visione del legislatore, vale a diversificare la coltivazione dalla semplice detenzione (e dalle altre condotte “neutre” a carattere “non produttivo”), conferendo alla coltivazione una maggiore pericolosità, che giustifica la sancita irrilevanza della finalità di consumo personale⁸⁶.

La coltivazione presenta inoltre l’ulteriore peculiarità di dare luogo ad un processo produttivo in grado di “autoalimentarsi” e di espandersi, potenzialmente senza alcun limite predefinito, tramite la riproduzione dei vegetali. Tale attitudine ad innescare un meccanismo di creazione di nuove disponibilità di droga, quantitativamente non predeterminate, rende non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la salute pubblica oltre che per la sicurezza pubblica e per l’ordine pubblico.

La Corte costituzionale riconferma infine la spettanza al giudice comune del compito di adeguare l’ipotesi criminosa in questione al principio dell’offensività “in concreto”, nel momento interpretativo e applicativo. Competendo al giudice verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità. Risultato, questo, conseguibile sia facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49

⁸⁶ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

c.p.); sia tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio⁸⁷.

Nella giurisprudenza di legittimità si è inoltre affrontata – in tema di coltivazione di piante stupefacenti – la questione se l’operatività del principio di offensività resti ferma anche a seguito della nuova disciplina in materia di particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-*bis* c.p. In pratica se, introdotta tale nuova causa di non punibilità, possa ritenersi che la stessa risolva il tema della applicazione del principio di offensività quale desunto in precedenza dall’art. 49 c.p. Ovvero se, alla luce della normativa vigente, realizzata formalmente la fattispecie astratta, il profilo della assenza di tipicità (di realizzazione dell’evento giuridico di lesione del bene protetto) possa essere considerato solo sotto il profilo della “tenuità”.

Invero, ad avviso della Corte di cassazione, l’art. 131-*bis* c.p. non si pone affatto in rapporto con la situazione qui in esame, in quanto tale disposizione è applicabile in presenza di un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa quindi l’offensività. Il presupposto della norma è che l’offesa al bene vi sia effettivamente stata ma che questa sia, nel caso concreto, di minima consistenza e quindi, “irrilevante”. La disposizione dell’art. 131-*bis* c.p., non ha alcuna applicabilità nel caso in cui l’offesa manchi del tutto. Tale nuova disciplina, in conclusione, applicandosi al reato effettivamente realizzato, non incide sui principi già ritenuti in tema di offensività che, invece, escludono la stessa realizzazione del reato⁸⁸.

9.7.1. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità in rapporto alla normativa sovranazionale

Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, si è profilato negli ultimi tempi un deciso contrasto.

Secondo una parte della giurisprudenza, ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, l’offensività della condotta non è esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali,

⁸⁷ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁸⁸ Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, Pezzato, in *C.E.D. Cass.*, n. 265642. In proposito, v. altresì M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 30 ss.; A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016, p. 51 ss.

neppure quando risulti l'assenza di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, se gli arbusti sono prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti, in quanto il "coltivare" è attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico⁸⁹; sicché ciò che rileva in pratica è la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente⁹⁰.

Ebbene – si aggiunge – proprio perché vi è una specifica previsione normativa non appare sostenibile l'ipotesi di non sanzionabilità della coltivazione sino alla fase della maturazione della pianta. Se il legislatore ha previsto espressamente la coltivazione quale autonoma condotta punibile, senza alcuna distinzione, non sembra che possa ritenersi penalmente irrilevante la coltivazione ed il commercio di piantine sino alla fase di piena maturazione; e la questione dello stadio di maturazione ricorre in qualsiasi ipotesi di coltivazione⁹¹.

Le conclusioni cui giunge quest'ultimo indirizzo sono le seguenti.

(i) Il principio di offensività non può regolare l'ipotesi in esame in quanto la necessaria offensività va valutata, se del caso, laddove l'azione sia completa ed abbia integrato il modello tipico; si tratta quindi di una questione che potrebbe porsi rispetto alla pianta matura che dovesse risultare non aver sviluppato la quantità di THC necessario a produrre effetto drogante.

(ii) La previsione specifica della punibilità della coltivazione in quanto tale non consente di ritenere che coltivare canapa indiana (o altre piante utilizzabili per produrre droga) sia attività sostanzialmente libera fino a quando la pianta non sia matura e si abbia la certezza dell'effettivo sviluppo del principio attivo. Il comportamento sanzionato è, per l'ampia dizione della legge, quello della coltivazione, a qualsiasi stadio, della pianta che corrisponda al

⁸⁹ Cass., sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, in *C.E.D. Cass.*, n. 266513; Cass., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 25057, *ivi*, n. 266974.

⁹⁰ Cass., sez. IV, 27 ottobre 2015, n. 44136, in *C.E.D. Cass.*, n. 264910; Cass., sez. III, 23 febbraio 2016, n. 23881, *ivi*, n. 267382.

⁹¹ Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, *Cangemi*, in *C.E.D. Cass.*, n. 255732.

tipo botanico, purché in condizioni tali da poter giungere al normale sviluppo.

(iii) Può, quindi, rilevare una corrente inadeguata modalità di coltivazione, la quale già dimostri che la pianta non è in grado di realizzare il prodotto finale; così come può avere rilievo, ai fini della offensività (come ritenuto dalle Sezioni unite del 2008), un eventuale risultato finale della coltivazione che non consenta di ritenere il raccolto conforme al normale tipo botanico (ovvero abbia un contenuto in THC troppo povero per la utile destinazione all'uso quale droga)⁹².

Altra parte della giurisprudenza, non ha tuttavia condiviso l'orientamento appena esposto: sia per l'eccessiva anticipazione della tutela penale, sia per l'integrale svalutazione dell'elemento della necessaria offensività in concreto. Invero, si è osservato che una dequotazione del principio di offensività nell'ambito dei reati di pericolo presunto li esporrebbe ancor più a obiezioni sotto il profilo costituzionale, perché aumenterebbe il rischio per tali delitti di colpire condotte di "mera disobbedienza", caratterizzate cioè dalla semplice inottemperanza al precetto penale, in assenza di una effettiva esposizione a pericolo del bene protetto. In altri termini, la loro compatibilità costituzionale è assicurata nella misura in cui risulti rispettata l'esigenza garantistica rappresentata dal principio di offensività, anche in concreto⁹³.

L'indirizzo in questione, avendo quindi di mira la valorizzazione del principio di necessaria lesività, attribuisce al giudice, riguardo al reato che punisce la coltivazione di piante da cui è possibile estrarre sostanze stupefacenti, la verifica sulla idoneità o meno della condotta a mettere a repentaglio il bene protetto della salute; non essendo perciò sufficiente l'accertamento della conformità al tipo botanico vietato della piantina, e dovendosi invece accertare l'offensività in concreto della condotta.

⁹² Cfr. Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, cit.

⁹³ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 2618/2016, Marongiu, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1952 ss., con nota di M. TORIELLO, *Nuovi orizzonti del principio di offensività in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti*.

Orbene con riferimento alla coltivazione – per questo orientamento – la verifica deve essere rivolta ad accertare la potenzialità lesiva delle piantine, ma avendo riferimento all'attualità, e non alla futura ed eventuale capacità di mettere in pericolo il bene tutelato.

La condotta di coltivazione, ossia, per essere punita deve essere in grado in concreto di mettere in pericolo la salute pubblica, e ciò può accadere unicamente se la pianta ha una effettiva e attuale capacità drogante⁹⁴.

Va dunque appurata la sussistenza dell'offensività in concreto, non essendo sufficiente la verifica che sia stata coltivata una pianta conforme alla specie botanica vietata; ritenendo peraltro irrilevante che le piantine abbiano un principio di THC bassissimo e che non siano giunte a maturazione. Non è possibile omettere la valutazione in concreto sulla offensività della condotta, operando soltanto un giudizio sulla futura esistenza di principi attivi, e dunque sulla capacità drogante della sostanza estraibile dalle piantine; e così giungendo ad un inammissibile accertamento che fonda il riconoscimento della responsabilità penale con riferimento ad una condotta di coltivazione di cui non risulta dimostrata la capacità di mettere in pericolo il bene tutelato⁹⁵.

Esaminati i non concordi orientamenti giurisprudenziali e la recente fondamentale pronuncia costituzionale (n. 109/2016), bisogna adesso verificare se la normativa sovranazionale confermi o meno la tesi più rigorosa secondo cui in caso di coltivazione – ai fini della sanzionabilità penale – rilevi unicamente l'identità del tipo di pianta rispetto alla tipologia vietata, quantunque la piantina non sia giunta ancora a maturazione.

Ora, nella decisione-quadro del 2004 si individua anche la "coltivazione" (o "coltura") tra le condotte per le quali la normativa comunitaria prevede che i singoli Stati applichino sanzioni penali. Stabilisce invero l'art. 2 della decisione-quadro che:

⁹⁴ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 2618/2016, cit.

⁹⁵ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 2618/2016, cit.; in senso conforme Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 8058, in *C.E.D. Cass.*, n. 266168.

1. *Ciascuno Stato membro provvede affinché siano punite le seguenti condotte intenzionali allorché non autorizzate:*

a) (omissis)

b) *la coltura del papavero da oppio, della pianta di coca o della pianta della cannabis;*

c) (omissis)

d) *la fabbricazione, il trasporto, la distribuzione di precursori, quando la persona che compie tali atti sia a conoscenza del fatto che essi saranno utilizzati per la produzione o la fabbricazione illecite di stupefacenti.*

Occorre anzitutto riflettere sul fatto che la nozione di “coltura” sembrerebbe comprendere tutta la fase di coltivazione. Si noti poi la lettera d), la quale, nel prevedere la sanzione per i “precursori”, parrebbe implicare che la sanzione per il traffico di stupefacenti scatti ancora prima che la sostanza esista.

Ci si domanda quindi se può davvero essere richiesta la “offensività in concreto” nel modo in cui è stata intesa nel secondo orientamento preso in esame in precedenza.

La normativa europea considera inoltre la punibilità pure di altre ipotesi in cui vi è il rischio di diffusione di stupefacente, anche se esso non è stato ancora prodotto. È sancito infatti dall’art. 3 (rubricato come “*Istigazione, complicità e tentativo*”):

1. *Ciascuno Stato Membro provvede affinché siano qualificati come reato l’istigazione, la complicità o il tentativo di commettere uno dei reati di cui all’articolo 2.*

2. *Uno Stato membro può prevedere che esulino dalla responsabilità penale il tentativo di offerta o di preparazione di stupefacenti di cui all’articolo 2, paragrafo 1, lettera a), nonché il tentativo di detenzione di stupefacenti di cui all’articolo 2, paragrafo 1, lettera c).*

Come si vede, in tale secondo paragrafo dell’art. 3 mancano proprio le ipotesi di cui alle lettere b (coltivazione) e d (precursori) di cui all’art. 2 § 1.

Quindi, nell’escludere l’obbligatorietà per gli Stati membri di punire il tentativo, si chiarisce che questa esclusione non può riguardare la coltivazione che, qualsiasi sia la sua fase, dovrà essere

sempre punita. Il legislatore eurounitario tiene conto dei maggiori rischi insiti nella coltivazione della pianta di *cannabis* (della pianta di coca e del papavero da oppio), vincolando gli Stati membri a punire tale attività anche se non ha ancora prodotto sostanza di qualità adeguata, anticipando la punizione al solo inizio della coltivazione.

Questa impostazione sembrerebbe concordare con la tesi giurisprudenziale che riconosce alla condotta di coltivazione una peculiare idoneità lesiva, la quale gli deriva dall'attitudine di contribuire ad accrescere la quantità di stupefacente esistente, così da giustificare un trattamento sanzionatorio diverso e più grave rispetto alla condotta di detenzione. Vi sarebbe dunque una diversa carica lesiva della coltivazione (a scopi personali) rispetto alla detenzione (a scopi personali)⁹⁶.

In proposito occorre comunque osservare che l'art. 2 § 2 della decisione-quadro esplicitamente esclude dal campo di applicazione «le condotte descritte al paragrafo 1, se tenute dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali».

E pertanto l'atto normativo comunitario sottrae dalla sua area di operatività qualsiasi condotta, anche quella riguardante la coltivazione (la "coltura"), strumentalmente propedeutica al successivo "consumo personale dello stupefacente", introducendo una sorta di "deroga" al principio contenuto nel § 1 dello stesso art. 2 della decisione-quadro.

Come messo in luce dalla sentenza costituzionale n. 109/2014, al quarto considerando della decisione-quadro è nondimeno stabilito che «l'esclusione di talune condotte relative al consumo personale dal campo di applicazione della presente decisione-quadro non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale».

Va inoltre rilevato che l'art. 3 § 2 della Convenzione Nazioni unite del 1988 impone, in via generale, un obbligo internazionale di

⁹⁶ Cfr. L. ROMANO, *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di spaccio di lieve entità*, cit., p. 8 ss.

assoggettamento a sanzione penale della coltivazione di stupefacenti destinati al consumo personale.

Anche se al successivo § 4 lettere c) e d) si facoltizza le Parti di prevedere in sostituzione di una sanzione penale o di una condanna misure di riadattamento, di reinserimento sociale o di trattamento e di post-cura.

9.8. Il sistema tabellare. L'aggiornamento degli elenchi a seguito dell'evoluzione in ambito internazionale

Come già si è ampiamente detto (cfr. Cap. VIII), le recenti Sezioni unite "De Costanzo" sul c.d. "nandrolone" hanno affrontato nuovamente il tema del sistema tabellare, ossia della tecnica normativa di individuazione delle sostanze stupefacenti inserite in appositi elenchi (o tabelle).

Con le tabelle si è superato così il sistema "sintetico unitario" previsto dagli originari artt. 446 e 447 c.p. 1930 (abrogati dalla l. n. 685 del 1975), il quale si concretizzava attraverso l'opera interpretativa del giudice⁹⁷.

Tali ultime disposizioni perseguivano la prima (art. 446) l'intento di reprimere il commercio clandestino e fraudolento di sostanze stupefacenti (da uno a tre anni di reclusione), e la restante (art. 447 c.p.) l'agevolazione dolosa dell'uso delle stesse (da sei mesi a due anni di reclusione); nell'ambito della tutela del più ampio bene della pubblica incolumità.

Da notare che non si sanzionava penalmente la detenzione per uso personale delle sostanze stupefacenti.

Mediante le due disposizioni contenute originariamente nel codice Rocco, si cercò di porre rimedio alla scarsa efficacia della prima legge emanata per contrastare il commercio degli stupefacenti "fatto pubblicamente e senza frode": ossia la l. 18 febbraio 1923, n. 396.

Quest'ultima per la mitezza della risposta sanzionatoria e la scarsa qualità della tecnica legislativa si dimostrò non in grado di conseguire lo scopo per cui era stata emanata, e cioè di porre rimedio

⁹⁷ F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994, p. 34 ss.

al dilagare del “nuovo” flagello sociale costituito dall’uso e commercio delle sostanze stupefacenti⁹⁸; o meglio secondo la terminologia dell’epoca di sostanze “velenose” che hanno azione stupefacente⁹⁹.

Il codice penale del 1930 – non solo con riferimento agli originari artt. 446 e 447 c.p., ma anche rispetto all’art. 93 c.p. sulla possibilità di escludere l’imputabilità quando il fatto è stato commesso sotto l’azione di sostanze stupefacenti – non fornisce un elenco di sostanze stupefacenti, sul presupposto che l’azione della giustizia penale non deve essere qui subordinata all’inclusione o meno delle sostanze in un elenco completo e preciso.

Volendo così indicare con il sintagma “sostanza stupefacente” in modo univoco la particolare qualità delle sostanze che rientrano nella previsione legale.

In realtà, una sorta di guida alla natura stupefacente della sostanza, era presente nel Decreto ministeriale 10 febbraio 1930, il quale elencava una serie di sostanze tossiche aventi azione stupefacente¹⁰⁰.

Siffatto elenco non era considerato tassativo, potendo riconoscersi la natura di sostanza stupefacente anche a prodotti non compresi nell’elenco purché fosse certa la loro azione stupefacente¹⁰¹.

Soltanto poi con la l. n. 1041 del 1954 si è collegata la qualità di sostanza stupefacente rilevante penalmente all’inclusione della stessa in un elenco legale di stupefacenti, compilato dall’Alto Commissariato per l’igiene e la sanità pubblica tenendo conto delle convenzioni internazionali e sentito il Consiglio superiore della sanità. Va comunque tenuto presente che, essendo ancora in vigore le due disposizioni del codice Rocco (artt. 446 e 447 c.p.), restava la possibilità per il giudice, in base ai due reati codicistici, di qualificare

⁹⁸ Cfr. C. SALTELLI - E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. III, Utet, 1940, p. 556 ss.

⁹⁹ Come si è scritto, gli stupefacenti si denominavano veleni: invero il nesso tra sostanze velenose e stupefacenti è molto stretto. Arcaicamente poi si usava provare un reato sottoponendo la persona a un’ordalia mediante ingestione di veleni (E. ZOLLA, *Il dio dell’ebbrezza. Antologia dei moderni dionisiaci*, Einaudi, 1998, p. LXXXVI).

¹⁰⁰ C. SALTELLI - E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. II, Utet, 1940, p. 41 ss.

¹⁰¹ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Utet, 1950, p. 416 ss.

come stupefacenti sostanze diverse rispetto a quelle incluse nella tabella¹⁰².

Tornando alla struttura dell'incriminazione, la fattispecie è parzialmente in bianco: la sua specificazione avviene attraverso fonti secondarie, nella specie decreti ministeriali. Si tratta di un metodo che non viola il principio di legalità-tipicità espresso dall'art. 25 comma 2 Cost., poiché corrisponde all'esigenza di un pronto adeguamento della figura di reato al divenire scientifico e criminologico, cui la legge potrebbe non essere in grado di far fronte con la tempestività e puntualità dovute¹⁰³.

La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 26 del 1966, ha in numerose occasioni affermato che il canone costituzionale è rispettato quando sia una legge ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa.

E tale conclusione è stata enunciata anche con riferimento alla disciplina degli stupefacenti. Si è affermato infatti che non contrasta con il principio di riserva di legge la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo, rispetto ad elementi normativi del fatto sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge e demandati alla determinazione tecnica della fonte subordinata, quando il contenuto dell'illecito e la sottesa scelta di politica criminale sia comunque definito dalla fonte primaria, come appunto nel caso degli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti contenuti in un decreto ministeriale, correlati ad un divieto i cui essenziali termini normativi risultano legalmente definiti¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 35, il quale precisa come per un certo periodo coesisterono il sistema tabellare di individuazione delle sostanze stupefacenti con quello di individuazione sintetico di cui all'art. 446 c.p. Si veda inoltre M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., p. 48 ss.

¹⁰³ Cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 47 ss., secondo cui è possibile distinguere un sistema "sintetico unitario" in cui non si indicano elenchi di sostanze e il giudice per individuarle si deve rifare a criteri "culturali", da un sistema "analitico-elencativo" nel quale invece si individuano nominativamente le sostanze inserite in apposite tabelle.

¹⁰⁴ Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333.

Come messo in luce anche dalle Sezioni unite “De Costanzo”, nell’originaria versione del testo unico in materia di stupefacenti la tecnica legislativa in tema di tabelle si è differenziata rispetto a quanto compiuto dal legislatore in seguito.

Nell’originario assetto del testo unico del 1990 si sono dettati solo i criteri generali per l’inclusione delle sostanze nelle varie tabelle, demandando all’Autorità ministeriale di formare le tabelle in conformità ai criteri di cui all’art. 14. Mentre nelle novelle del 2006 e del 2014 si è provveduto a una iniziale allegazione al testo unico di un elenco di fonte legislativa di sostanze stupefacenti suscettibile poi di aggiornamento attraverso decreto ministeriale¹⁰⁵.

Il sistema tabellare è imposto dalla Convenzioni Unica in materia di stupefacenti (New York 30 marzo 1961), di Vienna 21 febbraio 1971 e dalla Convenzione delle Nazioni unite contro il traffico degli stupefacenti del 1988¹⁰⁶.

L’art. 2 Conv. Vienna fissa i requisiti perché una sostanza possa essere inclusa nella tabella degli stupefacenti: essa deve avere la capacità di provocare uno stato di tossicodipendenza e la sua assunzione deve determinare uno stimolo o una depressione del sistema nervoso centrale che dia luogo ad allucinazioni o disordini della funzione motrice, delle facoltà intellettive, del comportamenti o dell’umore ovvero effetti dannosi simili a quelli indotti dalle sostanze già incluse nelle tabelle (art. 2 comma 4 Conv. Vienna)¹⁰⁷.

La lista di stupefacenti allegata alla Convenzione Unica di New York del 1961 in quattro tabelle può essere modificata di volta in volta in conformità a quanto previsto dall’art. 3 della Conv. Allo stesso modo le quattro tabelle previste dalla Convenzione di Vienna possono essere man mano implementate da sostanze non ancora sottoposte a controllo internazionale e che si ritenga necessario

¹⁰⁵ Cfr. S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012, p. 10 ss.

¹⁰⁶ S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Utet, 2010, p. 561 ss.; G. GENTILE, *Appunti sulla (pretesa) natura tecnica dell’individuazione delle sostanze stupefacenti*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di G. Balbi, A. Esposito, Giappichelli, 2011, p. 243 ss.

¹⁰⁷ Cfr. S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, cit., p. 561 ss.

aggiungere a una delle Tabelle della Convenzione (secondo quanto stabilito dall'art. 2 della stessa Conv.).

E tali indicazioni devono essere rispettate anche nel nostro ordinamento: stabilisce infatti l'art. 13 comma 2 t.u. stup. che le tabelle devono contenere l'elenco di tutte le sostanze indicate nelle convenzioni e negli accordi internazionali e sono aggiornate "tempestivamente" anche in base a quanto previsto dalle convenzioni e accordi medesimi (ovvero a nuove acquisizioni scientifiche)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cfr. S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, cit., p. 8 ss.

Si riportano i *Decreti del Ministero della Salute sugli aggiornamenti e i completamenti delle tabelle contenenti l'indicazione delle sostanze stupefacenti e psicotrope*, i quali hanno aggiornato le tabelle sulla base delle indicazioni "provenienti da organi europei ed internazionali", tra cui l'*International Narcotics Control Board*. Tale organo internazionale per il controllo degli stupefacenti è stato creato nel 1968 come organo indipendente, appartenente al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite. Il *Board* redige le tabelle internazionali sugli stupefacenti e individua i nuovi tipi di droghe. A tal fine pubblica un *report* annuale sulla situazione del traffico e del consumo della droga in varie parti del mondo e redige un "*technical report*" dove sono inserite le tabelle aggiornate. La lista delle sostanze psicotrope sottoposte a controllo internazionale, è prevista dalla Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 1971, ratificata dall'Italia il 27 novembre 1981. L'Organo può chiedere spiegazioni al Paese che non rispetta la Convenzione e chiedergli misure riparatorie. Se il Governo non dà sufficienti spiegazioni o non adotta le misure correttive, il *Board* può richiamare l'attenzione degli altri Stati-Parte, del Consiglio e della Commissione. In alcune circostanze, può sanzionare il trasgressore riducendo la sua quota di esportazione dell'oppio. Può, altresì, consigliare agli Stati-Parte di non esportare e/o importare le sostanze psicotrope dallo/allo Stato che viola la Convenzione, anche solo per un determinato periodo. Alle sanzioni, tuttavia, l'Organo preferisce il continuo dialogo con i Governi (cfr. www.incb.org).

Decreto 19 giugno 2006: aggiornamento anche in base alla lista delle sostanze psicotrope sottoposte a controllo internazionale prevista dalla Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971, predisposta dall'*International Narcotics Control Board*;

Decreto 18 luglio 2007: aggiornamento anche in base ad una relazione congiunta dell'Europol e dell'OEDT (Osservatorio europeo sulle droghe), ricevuta in data 22 febbraio 2007 dal Consiglio dell'Unione europea, riguardante una sostanza stupefacente, in conformità all'art. 5 della decisione 2005/387/GAI del Consiglio relativa allo scambio di informazioni, alla valutazione dei rischi e al controllo delle nuove sostanze di abuso;

Decreto 19 febbraio 2008: aggiornamento in base all'inserimento di una sostanza stupefacente all'interno della tabella delle sostanze narcotiche di cui alla Convenzione Singola del 1961 da parte della Commissione sulle sostanze stupefacenti (*Commission on Narcotics Drugs, CND*) presso l'Organizzazione delle Nazioni unite;

Decreto 26 settembre 2008: aggiornamento anche in base alla lista delle sostanze psicotrope sottoposte a controllo internazionale prevista dalla Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 1971, predisposta dall'*International Narcotics Control Board*;

Decreto 23 gennaio 2013: aggiornamento delle tabelle anche sulla base del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 recante: «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali

Si tratta di un obbligo di adeguamento “necessario” ma non “automatico” della normativa interna alle fonti internazionali e pattizie. Sicché l’inserimento di una nuova sostanza nelle tabelle (convenzionali) elaborate in ambito internazionale implica la necessità di una autonoma classificazione della stessa nelle tabelle italiane (nella Convenzioni Unica di New York le tabelle sono quattro e in quella di Vienna del 1988 le tabelle sono due)¹⁰⁹.

Sulla scorta della non perfetta coincidenza del sistema tabellare di derivazione pattizia rispetto a quello nazionale e del richiamo esclusivo contenuto nell’art. 13 t.u. stup. alle tabelle approvate dal Ministero della salute, si è sostenuto che la funzione integratrice della fattispecie legale penale deve essere riconosciuto soltanto ai provvedimenti di aggiornamento interni¹¹⁰.

Pertanto, l’inserimento di una nuova sostanza stupefacente negli elenchi internazionali comporterebbe l’assoluta necessità di un formale recepimento interno. Altrimenti, oltre all’inadempimento statale di un preciso obbligo convenzionale, vi sarebbe altresì

per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE» e successive modificazioni e integrazioni; nonché sulla base della *Yellow list*, lista delle sostanze stupefacenti sotto controllo internazionale, predisposta dall'*International Narcotics Control Board*, in conformità a quanto previsto dalla *Single Convention on Narcotics Drugs*, adottata a New York il 30 marzo 1961, come emendata con protocollo adottato a Ginevra il 25 marzo 1972; *Decreto 10 febbraio 2015*: aggiornamento delle tabelle anche sulla base della decisione di esecuzione del Consiglio dell’Unione europea 25 settembre 2014 che ha sottoposto a misure di controllo alcune sostanze stupefacenti in considerazione dei rischi per la salute e della mancanza di proprietà o usi terapeutici delle stesse;

Decreto 4 febbraio 2016: aggiornamento delle tabelle anche in base alla nota dell’*United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) del 17 dicembre 2014, che riporta alcune raccomandazioni provenienti dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) circa l’inserimento nelle Tabelle previste dalle Convenzioni internazionali di alcune sostanze stupefacenti o psicotrope; nonché in base al rapporto UNODC dell’8 maggio 2015, concernente la decisione, presa nell’ambito della 58^a sessione della *Commission on Narcotic Drugs* (CND), di tabellare le suddette sostanze.

Decreto 1 agosto 2016: aggiornamento tenuto conto che la *Commission on Narcotic Drugs* (CND) in data 18 marzo 2016, nell’ambito della 59[°] sessione, che si è svolta a Vienna, ha approvato l’inclusione di una determinata sostanza, nella Schedule IV, di cui alla Convenzione del 1971 sulle sostanze psicotrope.

¹⁰⁹ Cfr. S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, cit., p. 12 nt. 19; S. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, cit., p. 562.

¹¹⁰ Così G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 253; F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 48 ss.

l'irrelevanza penale di condotte aventi ad oggetto la sostanza in questione¹¹¹.

L'impostazione, che richiede un formale provvedimento ministeriale interno per arricchire l'elenco degli stupefacenti con le nuove sostanze conseguenti all'evoluzione in sede internazionale, ha delle evidenti ricadute anche sulla questione delicatissima appena esaminata dalle Sezioni unite "De Costanzo". Essa convalida la scelta compiuta dalle appena citate Sezioni unite, le quali hanno escluso che a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 debbano ancora ritenersi penalmente rilevanti le condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore della legge "Fini-Giovanardi" del 2006 e fino all'entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014, hanno avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo novellato dalla menzionata legge n. 49 del 2006 (cfr. Cap. VIII).

A voler ragionare diversamente – si potrebbe valorizzare l'obbligo discendente dagli accordi internazionali di arricchire il catalogo degli stupefacenti, allorché a livello pattizio si è provveduto ad allargare il campo di applicazione del controllo delle sostanze stupefacenti –, così ritenendolo un argomento a favore della tesi contraria all'irrelevanza penale delle nuove droghe immesse negli appositi elenchi tra il 2006 e l'entrata in vigore del d.lg. n. 36 del 2014. Provvedimento quest'ultimo esplicitamente dettato col proposito di far fronte alle criticità dovute al venir meno dalle innovazioni recate dalla legislazione del 2006 ed afferenti, tra l'altro, ai numerosi provvedimenti amministrativi adottati in applicazione delle disposizioni caducate, e relativi anche all'inserimento di nuove sostanze nelle tabelle come il Nandrolone.

Tenendo presente, infine, che la proposta di direttiva in materia di *drug trafficking* (COM 2013 618 *final*, cfr. *retro* § 1.1.) mira ad estendere il campo di applicazione della decisione-quadro 2004/757/GAI alle nuove sostanze psicoattive, che causano danni alla salute e alla sicurezza delle persone – soprattutto dei giovani.

¹¹¹ G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., p. 253; F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 48 ss.

Bibliografia

- AA.VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di Velluzzi V., Giappichelli, 2000.
- ADAM R. - TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2014.
- ALCHOURRÓN C.E. - BULYGIN E., *Sistemi normativi*, Giappichelli, 2005.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010.
- AMATO G.C., *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di Caputo A. e Fidelbo G., Giappichelli, 2012.
- AMATO G.C. - FIDELBO G., *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "sostanze velenose" alla riforma del 2006*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di Caputo A. - Fidelbo G., in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F. - Paliero C.E., Giappichelli, 2012.
- AMATO G., *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Laurus Robuffo, Roma, 2006.
- AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in *La legge penale*, Ronco M. - Ambrosetti E.M. - Mezzetti E., Zanichelli, 2016.
- AMBROSETTI E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Cedam, 1991.
- AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2009.
- AMOROSO G. - PARODI G., *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2015.
- APRATI R., voce *Inammissibilità e decadenza (proc. pen.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da Cassese S., vol. IV, Giuffrè, 2006.
- AZZARITI G., *Diritto e conflitti*, Laterza, 2010.
- BASSI A., *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Cedam, 2010.
- BERNARDI A., *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di Bernardi A., Jovene, 2015.
- BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2017.

- BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4043 ss.
- BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione": creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, 2011.
- BIN L., *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2944 ss.
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993.
- BONINI S., *Il commercio di farmaci dopanti: coinvolti i principi di riserva di legge, determinatezza e offensività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1333 ss.
- BONIOLO G. - VIDALI P., *Strumenti per ragionare*, Bruno Mondadori, 2011.
- BRAY C., *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 comma 5 t.u. stup.; insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *Diritto penale contemporaneo*, marzo 2016.
- BRUNELLI D., *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2743 ss.
- BRUNELLI D., voce *Reato continuato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., vol. V, Giuffrè, 2006.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 2014.
- CADOPPI A. - SCARCELLA B., *California dreamin'. Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, parte generale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2015.
- CANZIO G., *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- CAPRIOLI F., *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Bargis M., Giuffrè, 2013.
- CAPRIOLI F., *Novità in tema di giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis M., Giappichelli, 2001.
- CAPRIOLI F. - VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011.
- CARDONE A., voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, 2011.
- CARLASSARE L., *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di Pace A., Giuffrè, 2006.
- CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990.
- CARMONA A., *Oltre la libertà personale per un diritto più "giusto. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, 2011.

- CARRA D., *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., Utet, 2010.
- CASSESE S., *Dentro la Corte, Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- CAVALIERE A., *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di Moccia S. e Cavaliere A., E.S.I., 2016, p. 150 ss.
- CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2011.
- CELOTTO A., voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1998.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, 2012.
- CIRILLO N., *La disciplina penale degli stupefacenti. La realtà normativa*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi G., Esposito A., Giappichelli, 2011, p. 175 ss.
- CIVATI G., *Cannabis. Dal proibizionismo alla legalizzazione*, Fandango, 2016.
- COLAIACOVO G., *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4156 ss.
- CONTI C., *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014.
- CONTI R., *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *AA.VV., Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di Cosio R. e Foglia R., Giuffrè, 2013.
- COPI I. – COHEN C., *Introduzione alla logica*, il Mulino, 1997.
- COPPI F., voce *Reato continuato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Utet, 1996.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2012.
- COSTANTINI F., *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2578 ss.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984.
- CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 505 ss.
- CUPELLI C., *La legalità delegata*, E.S.I., 2012.
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016.
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014.
- DE FRANCESCO GA., *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 224 ss.
- DE LILLO J., *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale, Riforme 2008-2015*, diretto da Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., Utet, 2015.

- DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, E.S.I, 2016.
- DE VERO G., *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di de Vero G., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F. e Paliero C.E., Giappichelli, 2010.
- DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014.
- DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- DELLA BELLA A. - VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006.
- DI GIOVINE O., in DI GIOVINE O. e VENEZIANI P., *Opinioni a confronto su "Norme penali di favore e controllo di costituzionalità"* (con nota introduttiva di DE MAGLIE C.), in *Criminalia*, 2007, p. 230 ss.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, 2012.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011.
- ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 2004.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta A., Giuffrè, 1970.
- ESPOSITO A., *La disciplina penale degli stupefacenti: un'analisi sul campo. Rilievi introduttivi*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi G., Esposito A., Giappichelli, 2011, p. 163 ss.
- FALCINELLI D., *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Giappichelli, 2007.
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Laterza, 2007.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2014.
- FIGIELLA A., *L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1980, p. 492 ss.
- FLICK G.M., *Droga e legge penale*, Giuffrè, 1979.
- FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973.
- FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli D., Cedam, 2008.
- FORTUNA E., voce *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1178 ss.
- GAITO A. - RANALDI G., *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2016.
- GAITO A. - SANTORIELLO C., *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012.

- GAJA G. - ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, 2012.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, 1999.
- GALLUCCI E., *L'esercizio del potere di grazia*, Giuffrè, 2016.
- GAMBARDELLA M., *Annullamento di circostanze aggravanti incostituzionali e revoca parziale del giudicato di condanna*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1664 ss.
- GAMBARDELLA M., *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1349 ss.
- GAMBARDELLA M., *I reati in materia di stupefacenti*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella A., Giappichelli, 2016.
- GAMBARDELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008.
- GAMBARDELLA M., *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento al volume n. 9/2014*.
- GAMBARDELLA M., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, *Annali VII*, Giuffrè, 2014.
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013.
- GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 65 ss.
- GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 449 ss.
- GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.
- GENTILE G., *Appunti sulla (pretesa) natura tecnica dell'individuazione delle sostanze stupefacenti*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi G., Esposito A., Giappichelli, 2011, p. 237 ss.
- GIACOBBE G., voce *Reviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989.
- GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, vol. I, diretto da Rescigno P., Utet, 1999.
- GIUNTA F., *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1510 ss.
- GIUNTA F., *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 659 ss.
- GIUNTA F., in AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di Zilletti L. e Oliva F., ETS, 2007.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010.
- GRATTERI N. - NICASO A., *Oro bianco*, Mondadori, 2015.
- GRILLO S., *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012.
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004.

- GUASTINI R., *La Magistratura, sub art. 101*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Zanichelli, 1994.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998.
- IACOVIELLO F.M., *La Cassazione penale*, Giuffrè, 2013.
- INSOLERA G., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M., vol. I, Giappichelli, 2006.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.
- KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, 2012.
- LATTANZI G., *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3192 ss.
- LAVARINI B., *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1903.
- LEO G., *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., Utet, 2010.
- LEOPIZZI A., *Minima Poenalia. Stupefacenti: questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, in *Giust. pen.*, 2014, II, c. 129 ss.
- LICATA F. - RECCHIONE S. - RUSSO N., *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, Giappichelli, 2015.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016.
- LUPO E., *Cassazione e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 438 ss.
- LUZZATI C., *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir. pubblico*, 2013, p. 429 ss.
- LUZZATI C., *La politica della legalità*, il Mulino, 2005.
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, 1990.
- MACRILLÒ A., *La nuova disciplina degli stupefacenti*, Pacini, 2016.
- MALFATTI E. - PANIZZA S. - ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2013.
- MANCANO L., *Stupefacenti e diritto dell'Unione europea: la proposta di direttiva penale in materia di drug trafficking*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante G., Giappichelli, 2015.
- MANCUSO E., *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012.
- MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 154 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012.
- MANES V., *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e giust.* 2006, n. 46, p. 30 ss.
- MANES V., sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., Cedam, 2012.

- MANES V., in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera G. – N. Mazzacuva - Pavarini M. - Zanotti M., Giappichelli, 2012.
- MANES V. - ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti della democrazia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2011.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Utet, 1950.
- MARANDOLA A., *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915 ss.
- MARCENÒ V., *La legge abrogata*, Giappichelli, 2013.
- MARESCA E., *L'uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2015.
- MARZADURI E., *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo vera interpretazione o intervento autonomo?*, in *Guida dir.*, 2000, n. 27, p. 103.
- MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1133 ss.
- MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis G. - Voena G.P., Giuffrè, 1999.
- MAZZANTI E., *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante G., Giappichelli, 2015.
- MAZZANTI E., *Punti fermi e questioni in sospenso nella recente evoluzione del diritto penale in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 528 ss.
- MELANDRI E., *La linea e il circolo*, *Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, 2004.
- MILONE S., *L'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope: un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante G., Giappichelli, 2015, p. 227 ss.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Cedam, 2012.
- MODUGNO F., voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, I, Giuffrè, 1997.
- MONATERI P., voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. d. priv.*, vol. X, Utet, 1993.
- MONTAGNI A., *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, diretto da Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., Utet, 2010.
- NAPOLEONI V., *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 *Diritto penale contemporaneo*.
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2010.
- NOTARO D., *Autorità indipendenti e norma penale*, Giappichelli, 2010.
- NOTARO D., *Fra Corte costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante G., Giappichelli, 2015.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso C.F. - Padovani T. - Pagliaro A., Giuffrè, 2007.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996.
- PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1173 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli G., E.S.I, 2006.
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006.
- PALAZZO F., *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994.
- PALAZZO F., *Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 167 ss.
- PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.
- PARODI G., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., vol. III, Utet, 2006.
- PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, 1996.
- PARODI G., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2012.
- PAZIENZA V., *La "cedevolezza" del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- PICCIRILLI G., voce *Atti legislativi dell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Utet, 2015.
- PIFFER G., *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti C. - Marandola A. - Varraso G., Cedam, 2014.
- PIFFER G., *Stupefacenti*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini E. - Gatta G.L., tomo III, Ipsoa, 2015.
- PINO G., *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto*, a cura di Pino G., Schiavello A., Villa V., Giappichelli, 2013.

- PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 2016.
- PIOTTO A.M., *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309/1990. Dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante G., Giappichelli, 2015.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, art. 1-9, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Branca, Zanichelli, 2011.
- POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, 1997.
- PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2944 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, 2015.
- PULITANÒ D., *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 212 ss.
- PULITANÒ D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 22 ss.
- PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006.
- RESCIGNO G.U., voce *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, diretto da Cassese S., Giuffrè, 2006.
- RICCARDI G., *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- ROBERTI F. - FURCINITI G., *Le indagini contro il narcotraffico e il riciclaggio dei proventi illeciti*, Laurus Robuffo, 2016.
- ROMANO L., *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- ROMANO L., *Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 giugno 2015.
- ROMANO L., *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di spaccio di lieve entità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 ottobre 2014.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004.
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 538 ss.
- ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli G., E.S.I., 2006.
- ROMANO M., *"Repressione" della condotta antisindacale*, Giuffrè, 1974.
- RONCO M., voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006.
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1990.

- RUGA RIVA C., *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esempio della legislazione antidroga*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di Sgubbi F. e Manes V., Bonomia University Press, 2007, p. 125 ss.
- RUGA RIVA C., *Stupefacenti e doping*, in *Diritto penale, parte speciale*, a cura di Pulitanò D., vol. I, Giappichelli, 2014.
- RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2014.
- SALCUNI G.D., *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.
- SALTELLI C. - ROMANO-DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. II, Utet, 1940.
- SALVADORI I., *I reati di possesso*, E.S.I., 2016.
- SAMMARCO A.A., in AA.VV., *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. Kalb, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher G., vol. VI, Utet, 2009.
- SBOLCI L., voce *Stupefacenti (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1230 ss.
- SCALFATI A., *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 180 ss.
- SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità*, Monboso, 2012.
- SEMINARA S., *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2348 ss.
- SIAGURA A.M., *La negoziabilità della pena*, Wolters Kluwer Cedam, 2015.
- SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso G. e Sicurella R., Giuffrè, 2007.
- SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali*, La Grafica editoriale, 1988.
- SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1152 ss.
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza"*, Aracne, 2012.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 184 ss.
- SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, 1966.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980.
- TARELLO G., voce *Argomenti interpretativi*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Utet, 1987.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2010.
- TORIELLO M., *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, 2015.

- TOSCANO G., *Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità*, in *Leg. pen.*, n. 4, 2014, p. 351 ss.
- TOSCANO G., *Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi*, in *Leg. pen.*, n. 4, 2014, p. 357 ss.
- TOSCANO G., *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 880 ss.
- TROMBETTI S., *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., Utet, 2010.
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994.
- VICOLI D., *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1007 ss.
- VIGANÒ F., *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGANÒ F., *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGANÒ F., *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale*, a cura di Viganò F. e Mazza O., *Gli speciali di Diritto penale e processo*, Ipsoa, 2001.
- VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto ... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 1 agosto 2015.
- VIGANÒ F., *Prosegue la "saga Scoppola": una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGANÒ F. – MASERA L., *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- VIGLIONE A., *Le modifiche al sistema sanzionatorio in tema di stupefacenti*, Giappichelli, 2014.
- VIGNUDELLI A., *Interpretazione e costituzione*, Giappichelli, 2011.
- VIGONI D., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009.
- VIOLA F. - ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Laterza, 2009.
- ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012.

- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, 2006.
- ZAGREBELSKY G., in ALEXY R., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, 1997.
- ZAGREBELSKY V. - CHENAL R. - TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2016.
- ZANCANI S., *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico al testo unico sugli stupefacenti*, a cura di Riondato S., Cedam, 2006.
- ZANON N. - PANZERI L., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., vol. III, Utet, 2006.
- ZEROUKI-COTTIN D., *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 575 ss.
- ZOLLA E., *Il dio dell'ebbrezza. Antologia dei moderni dionisiaci*, Einaudi, 1998.

COMITATO EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Coordinatore

FRANCESCA BERNARDINI

Membri

GAETANO AZZARITI

ANDREA BAIOCCHI

MAURIZIO DEL MONTE

GIUSEPPE FAMILIARI

VITTORIO LINGIARDI

CAMILLA MIGLIO

Il Comitato editoriale assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori, anch'essi anonimi. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

COLLANA STUDI E RICERCHE

1. Strategie funerarie. Onori funebri pubblici e lotta politica
nella Roma medio e tardorepubblicana (230-27 a.C.)
Massimo Blasi
2. An introduction to nonlinear Viscoelasticity of filled Rubber
A continuum mechanics approach
Jacopo Ciambella
3. New perspectives on Wireless Network Design
Strong, stable and robust 0-1 models by Power Discretization
Fabio D'Andreagiovanni
4. Caratterizzazione di funzioni cellulari nelle leucemie
Nadia Peragine
5. La transizione demografica in Italia e i suoi modelli interpretativi
Ornello Vitali, Francesco Vitali
6. La patria degli altri
a cura di Mariella Combi, Luigi Marinelli, Barbara Ronchetti
7. Neuropathic pain
A combined clinical, neurophysiological and morphological study
Antonella Biasiotta
8. Proteomics for studying "protein coronas" of nanoparticles
Anna Laura Capriotti
9. Amore punito e disarmato
Parola e immagine da Petrarca all'Arcadia
Francesco Lucioli
10. Tampering in Wonderland
Daniele Venturi
11. L'apprendimento nei disturbi pervasivi dello sviluppo
Un approfondimento nei bambini dello spettro autistico
ad alto funzionamento
Nadia Capriotti
12. Disability in the Capability Space
Federica Di Marcantonio
13. Filologia e interpretazione a Pergamo
La scuola di Cratete
Maria Broggiato

14. Facing Melville, Facing Italy
Democracy, Politics, Translation
edited by John Bryant, Giorgio Mariani, Gordon Poole
15. Restauri di dipinti nel Novecento
Le posizioni dell'Accademia di San Luca 1931-1958
Stefania Ventra
16. The Renormalization Group for Disordered Systems
Michele Castellana
17. La Battaglia dei Vizi e delle Virtú
Il *De conflictu vitiorum et virtutum* di Giovanni Genesio Quaglia
Lorenzo Fabiani
18. Tutela ambientale e servizio pubblico
Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra
Chiara Feliziani
19. Ruolo dell'HPV nell'infertilità maschile
Damiano Pizzol
20. Hiera chremata
Il ruolo del santuario nell'economia della *polis*
Rita Sassu
21. Soil erosion monitoring and prediction
Integrated techniques applied to Central Italy badland sites
Francesca Vergari
22. Lessico Leopardiano 2014
a cura di Novella Bellucci, Franco D'Intino, Stefano Gensini
23. Fattori cognitivi e contestuali alle origini dei modelli di disabilità
Fabio Meloni
24. Accidental Falls and Imbalance in Multiple Sclerosis
Diagnostic Challenges, Neuropathological Features
and Treatment Strategies
Luca Prosperini
25. Public screens
La politica tra narrazioni mediali e agire partecipativo
a cura di Alberto Marinelli, Elisabetta Cioni
26. Prospettive architettoniche: conservazione digitale, divulgazione
e studio. Volume I
a cura di Graziano Mario Valenti
27. Τὰ ξένια
La cerimonia di ospitalità cittadina
Angela Cinalli

28. La lettura degli altri
a cura di Barbara Ronchetti, Maria Antonietta Saracino, Francesca Terrenato
29. La *Tavola Ritonda* tra intrattenimento ed enciclopedismo
Giulia Murgia
30. Nitric Oxide Hybrids & Machine-Assisted Synthesis of Meclinerant
Nitric Oxide Donors/COX-2 inhibitors and Flow Synthesis of Meclinerant
Claudio Battilocchio
31. Storia e *paideia* nel *Panatenaico* di Isocrate
Claudia Brunello
32. Optical studies in semiconductor nanowires
Optical and magneto-optical properties of III-V nanowires
Marta De Luca
33. Quiescent centre and stem cell niche
Their organization in *Arabidopsis thaliana* adventitious roots
Federica Della Rovere
34. Procedimento legislativo e forma di governo
Profili ricostruttivi e spunti problematici dell'esperienza repubblicana
Michele Francaviglia
35. Parallelization of Discrete Event Simulation Models
Techniques for Transparent Speculative Execution on Multi-Cores
Architectures
Alessandro Pellegrini
36. The Present and Future of Jus Cogens
edited by Enzo Cannizzaro
37. Vento di terra
Miniature geopoetiche
Christian Eccher
38. Henry James. An Alien's "History" of America
Martha Banta
39. Il socialismo mazziniano
Profilo storico-politico
Silvio Berardi
40. Frammenti
Per un discorso sul territorio
Attilio Celant
41. Voci Migranti
Scrittrici del Nordeuropa
Anna Maria Segala e Francesca Terrenato

42. Riscritture d'autore
La creazione letteraria nelle varianti macro-testuali
a cura di Simone Celani
43. La bandiera di Socrate
Momenti di storiografia filosofica italiana nel Novecento
a cura di Emidio Spinelli e Franco Trabattoni
44. Girolamo Britonio. Gelosia del Sole
Edizione critica e commento
a cura di Mauro Marrocco
45. Colpa dell'ente e accertamento
Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato
Antonio Fiorella e Anna Salvina Valenzano
46. Competitività, strategie di comunicazione e governance territoriale
Il sistema economico pontino
Marco Brogna e Francesco Maria Olivieri
47. La fonte viva
Miguel Barnet Lanza
Edizione italiana a cura di *Luciano Vasapollo*
48. "Viandante, giungessi a Sparta..."
Il modo memorialistico nella narrativa contemporanea
Gianluca Cinelli
49. Lessico Leopardiano 2016
a cura di Novella Bellucci, Franco D'Intino, Stefano Gensini
50. Informatisation of a graphic form of Sign Languages
Application to SignWriting
Fabrizio Borgia
51. Les Lois et le changement culturel
Le handicap en Italie et en France
Francesca Greco
52. L'esperienza turistica dei giovani italiani
Simona Staffieri
53. Teorie economiche del turismo e sviluppo locale
La misurazione della capacità di accoglienza di Roma
Valentina Feliziani
54. Lingue europee a confronto
La linguistica contrastiva tra teoria, traduzione e didattica
a cura di Daniela Puato
55. Prospettive Architettoniche: conservazione digitale, divulgazione
e studio. Volume II, tomo I e II
a cura di Graziano Mario Valenti

56. Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti
Marco Gambardella

Finito di stampare nel mese di febbraio 2017

CENTRO STAMPA UNIVERSITÀ
Università degli Studi di Roma *La Sapienza*
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it