

Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge “Fini-Giovanardi”

SOMMARIO: 1. I ricorsi per cassazione inammissibili. - 2. I riflessi sulle condanne definitive.

1. I ricorsi per cassazione inammissibili

A seguito della decisione della Corte costituzionale (comunicato stampa del 12 febbraio 2014), le norme contenute nella legge “Fini-Giovanardi” che equiparavano in pratica le sostanze stupefacenti leggere a quelle pesanti – oggetto della citata declaratoria di incostituzionalità per violazione dell’art. 77, co. 2, Cost. – hanno cessato la loro efficacia, e non sono più applicabili dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia (art. 136 Cost.; art. 30, L. 11 marzo 1953, n. 87)¹.

E ciò vale anche per i procedimenti penali iniziati quando 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’incostituzionalità².

Si tratta qui di una invalidità originaria delle norme oggetto della declaratoria di incostituzionalità: norme che la pronuncia della Corte costituzionale ha fatto venir meno *ex tunc* – con efficacia retroattiva, quindi – come se le norme annullate non fossero mai venute alla luce³. “Ripristinando” oltretutto in tale ambito la previgente disciplina con la relativa distinzione giuridica e di pena tra droghe pesanti e leggere; distinzione che la legge “Fini-Giovanardi” aveva invece soppresso, parificando a fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste nelle diverse tabelle.

La Corte costituzionale, nel suo comunicato stampa del 12 febbraio, ha infatti posto in risalto “l’effetto di rimozione” delle modifiche introdotte *illo tempore*, nell’originaria trama della disciplina (d.P.R. n. 309 del 1990), con la normativa dichiarata illegittima (artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall’art. 1, L. 21 febbraio 2006, n. 49); facendone dedurre di conseguenza che si rendono applicabili le norme

¹ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pp. 381 ss.

² ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 348 ss.

³ GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, pp. 306 ss.

del testo antecedente alla riforma legislativa (e dunque le previsioni che distinguono tra le varie tipologie di stupefacenti)⁴.

Si è prodotto, pertanto, il fenomeno della c.d. reviviscenza: l'annullamento di una norma abrogatrice ha comportato la "reviviscenza" della norma che da questa era stata abrogata. La norma abrogata riacquista così vigore ed efficacia a seguito dell'annullamento della norma abrogatrice per illegittimità costituzionale⁵. 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 abrogate⁶.

In conseguenza della sentenza della Consulta in materia di stupefacenti, non si devono allora più applicare tali norme invalide in un processo penale anche se già instaurato, bensì occorre impiegare le norme che "rivivono". Necessità, pertanto, di pronunciare le nuove decisioni giurisdizionali sulla scorta della disciplina che discende dalla sentenza costituzionale di accoglimento. In pratica, le norme 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 applicazione a leggi dichiarate incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali preesistenti.

E ciò deve valere anche nel caso in cui il processo sia pendente in cassazione, ma il ricorso sia inammissibile.

Nonostante dunque l'inammissibilità dell'impugnazione, non può farsi riferimento alla disciplina vigente al momento della proposizione del ricorso per cassazione. Si tratta di una questione - relativa all'illegittima applicazione di una pena dichiarata contrastante con i principi costituzionali - che la Cassazione deve rilevare d'ufficio ex art. 609, co. 2, c.p.p.⁷; e che dunque impedisce una eventuale pronuncia di inammissibilità.

Non vale nel nostro caso - venendo in considerazione situazioni giuridiche

⁴ Comunicato stampa del 12 febbraio 2014: Trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti: «La Corte costituzionale, nella odierna Camera di consiglio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - per violazione dell'art. 77, secondo co., della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti-legge - degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico in materia di stupefacenti)».

⁵ 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., n. 107 del 1974, in *Rep. Corte cost.*, 1974-1975, 244; Id., n. 108 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, 582.

⁶ Corte cost., n. 13 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 85 ss.

⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 20 aprile 2004, Rismondo, in *Mass. Uff.*, n. 228962.

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 rilevare le cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., quale ad esempio la prescrizione⁸.

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 di una norma che influenza il trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti e tutte le conseguenze che da ciò derivano (ad es. 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 inammissibile⁹; ovvero 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 interna¹⁰. Sarebbe invero contrario al principio di ragionevole durata del processo, vietare 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 condanna. Ebbene, si è accennato che nel nostro caso, la pronuncia della Corte costituzionale ha inciso solo su profili che attengono al trattamento sanzionatorio del reo in materia di stupefacenti, non sull'area delle incriminazioni della medesima materia¹¹. E siffatti profili in qualche modo potrebbero essere rilevanti anche in fase esecutiva attraverso l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. in via analogica ovvero l'art. 30, co. 4, legge n. 87 del 1953 (cfr. § 2). Ne resterebbe fuori, tutta-

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, 1760.

⁹ Cass., Sez. IV, 21 maggio 2008, Gironi, in *Mass. Uff.*, n. 240848; Id., Sez. IV, 6 maggio 2011, Nolfo, *ivi*, n. 251096; Id., Sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, *ivi*, n. 239397.

¹⁰ Cass., Sez. I, 5 ottobre 2011, Goncalves Pereira, in *Mass. Uff.*, n. 251176.

¹¹ Art. 4-bis decreto legge n. 272 del 2005, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 49 del 2006, nella parte in cui ha modificato l'art. 73 t.u. stup. (d.P.R. 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*, co. 2, lett. a) e co. 3 lett. a) n. 6 del medesimo decreto legge, nella parte in cui sostituisce 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 derivati nella prima di tali tabelle.

via, 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, co. 3, 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.

In particolare, le considerazioni svolte in precedenza operano anche con riferimento al ricorso per cassazione inammissibile avverso una sentenza di patteggiamento. Infatti, l'accordo per l'applicazione della pena si è formato qui sulla scorta delle norme in materia di stupefacenti dichiarate incostituzionali, e non può certamente definirsi un accordo sanzionatorio conforme a criteri di legalità.

In tali ipotesi - in cui le norme incostituzionali hanno certamente spiegato una qualche incidenza 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 sopravvenuta causa di invalidità delle decisione rilevabile d'ufficio che concerne l'illegalità del trattamento sanzionatorio applicato¹².

2. I riflessi sulle condanne definitive

La sentenza della Corte costituzionale, come accennato, ha inciso sul trattamento sanzionatorio. A seguito della invalidazione della disciplina che non distingueva le sostanze stupefacenti leggere da quelle pesanti, si è prodotta una modificazione del sistema penale in senso favorevole. Un mutamento *in*

¹² Cfr. per una analoga questione relativa alla incostituzionalità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., Cass., Sez. VI, 17 novembre 2010, Nasri, in *Cass. pen.*, 2011, 1348, con nota di GAMBARDELLA.

mitius dell'ordinamento penale, nella sua dimensione diacronica, che ha efficacia iperretroattiva¹³.

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 la Costituzione.

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 costituzionali.

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 tra droghe leggere e pesanti dichiarata illegittima costituzionalmente?

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.)¹⁴. Invero, non essendovi due leggi in successione tra loro, mancano i presupposti per l'applicazione delle regole di cui all'art. 2 c.p.

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 rinvengono 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,*

¹³ Cfr. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, pp. 51 ss., 161 ss.

¹⁴ Cfr. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, pp. 150 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 287; ROMANO, *Comm. sist. C.p.*, Milano, 2004, pp. 76 ss.

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»¹⁵.

Tornando allo “strumento processuale” per rideterminare il trattamento sanzionatorio - una volta che la Corte costituzionale abbia annullato la norma penale meno favorevole che incide sull'esecuzione ancora in corso della pena inflitta - va subito detto che il problema resta tuttora aperto.

Posto che si tratta di una “competenza” del giudice dell'esecuzione, il quale deve soltanto incidere sul titolo esecutivo, rimodulando la pena inflitta per conformarla a quanto discende dalla sentenza della Corte costituzionale. Si tratta ora di individuare la disposizione che attribuisca tale competenza¹⁶.

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 tuttavia perplessi. Secondo tale orientamento appare, infatti, utilizzabile l'art. 30, co. 4, legge 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 esaurita¹⁷.

Tuttavia il citato art. 30 legge n. 87 del 1953, sulla disciplina generale degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, non sembra affatto impiegabile in queste ipotesi. Il legislatore sembra 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 incostituzionali¹⁸.

In altre parole, il presupposto fissato dal citato co. 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

¹⁵ Così Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2007, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2007, 1957 ss.; cfr. inoltre Id., Sez. un., 27 febbraio 2001, Conti, *ivi*, 2002, 2664.

¹⁶ Cfr. Corte cost., n. 210 del 2013, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1423, con commento di PECORELLA.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2013, 3966, con nota di GAMBARDELLA; Id., Sez. I, 27 ottobre 2011, Hauohu, in *Dir. pen. contemp.*, con nota di SCOLETTA; Id., Sez. I, 24 maggio 2012, Teteh Assic, *ivi*, con nota di GATTA; Id., Sez. I, 25 maggio 2012, Harizi, in *Mass. Uff.*, n. 253084.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 2 gennaio 1968, Manenti, in *Mass. Uff.*, n. 106904; e più di recente Id., Sez. I, 19 gennaio 2012, Hamrouni, *ivi*, n. 253383, secondo cui l'art. 30, co. 4, legge 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 disciplina.

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 stessa¹⁹.

Ebbene la strada maestra resta quella dell'impiego della disciplina contenuta nell'art. 673 c.p.p. (in tema di revoca della condanna a seguito di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice): da estendere non attraverso una proibita qui applicazione analogica (manca infatti la lacuna normativa), ma attraverso una "sentenza additiva" della Corte costituzionale ovvero per mezzo di una modifica legislativa; per permettere finalmente in fase esecutiva la rideterminazione della pena inflitta sulla scorta della norma - concernente il trattamento sanzionatorio del reo - dichiarata costituzionalmente illegittima.

In ogni caso, non ci resta che attendere qualche mese, avendo il Primo presidente della Cassazione assegnato alle Sezioni unite penali (udienza del 29 maggio 2014, rel. Ippolito) il ricorso riguardante la questione se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nel caso di specie l'art. 69, co. 4, c.p., a seguito della sent. n. 251 del 2012 della Consulta) comporti o meno la rideterminazione della pena *in executivis*, vincendo così la preclusione del giudicato²⁰.

MARCO GAMBARDELLA

¹⁹ 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. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 161 ss.

²⁰ L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite è pubblicata in *questa Rivista*.