

# Osservatorio sulla Corte costituzionale

---

## **Sostanze stupefacenti**

### **La decisione**

**Sostanze stupefacenti - Incostituzionalità - Leggi penali nel tempo - Droghe pesanti - Droghe leggere** (Cost. art. 77, co. 2; Legge 21 febbraio 2006, n. 49; Decreto legge 30 dicembre 2005, n. 72;).

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 77, co. 2, della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti-legge - degli articoli 4-bis e 4-vicies ter del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, come convertito con modificazioni dall'articolo 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 DPR 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico in materia di stupefacenti).*

CORTE COSTITUZIONALE - n. 32 del 2014 - SILVESTRI, *Presidente* - CARTABIA, *Relatore*.

### **Il commento**

#### **La disciplina del fatto lieve in materia di stupefacenti alla luce delle ultime sentenze della Cassazione**

SOMMARIO: 1. Il ripristino della normativa antecedente il 2006; 2. Gli effetti in relazione ai fatti commessi prima il dicembre 2013; 3. Gli effetti in relazione ai fatti commessi dopo il 23 dicembre 2013 e la permanenza in vigore dell'art. 73, co. 5, DPR 309 del 1990 introdotto dal d.l. 146 del 2013. 4. Conclusioni

1. Con la sentenza emessa dalla Corte costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014, le cui motivazioni sono state pubblicate in *Gazzetta Ufficiale* il 6 marzo 2014, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49. Per l'effetto, veniva dichiarato incostituzionale l'attuale art. 73 del dPR n. 309 del 1990, così come modificato dalla legge n. 49 del 2006 che, tra l'altro, equiparava le droghe pesanti e quelle leggere (fissando un'unica forbice edittale) nell'ambito della fattispecie penale sia all'interno dell'ipotesi base del primo co. (e del

primo co. *bis*) sia per l'ipotesi attenuata del co. 5, dello stesso articolo. Di conseguenza, la stessa Corte costituzionale stabiliva espressamente il ripristino *ex tunc* della disciplina contenuta nell'art. 73 dPR n. 309 del 1990 *ante* riforma del 2006, sancendo che: «*la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo*». Pertanto, mentre con riferimento alla ripristinata ipotesi di reato prevista dal 2 co. dell'art. 73 del dPR n. 309 del 1990 in relazione alle c.d. droghe leggere (tabelle II e IV previste dall'art. 14 del dPR n. 309 del 1990) si ripropone con efficacia *ex tunc* il trattamento sanzionatorio della reclusione da due a sei anni e la multa da € 5.164 a € 77.468, un problema differente si pone per l'ipotesi attenuata di cui al comma quinto dell'art. 73 dPR n. 309 del 1990 che, nella versione ripristinata dalla sentenza della Corte costituzionale, prevede che: «*Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 2.582 (lire cinque milioni) a euro 25.822 (lire cinquanta milioni) se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, ovvero le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 (lire due milioni) a euro 10.329 (lire venti milioni) se si tratta di sostanze di cui alle tabelle II e IV*». In effetti, quest'ultima norma deve fare i conti con una novella legislativa nel frattempo intervenuta: il 23 dicembre 2013 veniva adottato il d.l. 146 del 2013 (c.d. svuotacarceri), convertito con la legge 21 febbraio 2014 n. 10, che modificava, con la previsione contenuta nell'art. 2, il co. 5 dell'art. 73 dPR 309 del 1990 stabilendo: «*Al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n.309 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 73, il co. 5 è sostituito dal seguente co.: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000*». Occorre, quindi, analizzare la situazione attuale del quadro normativo venutosi a creare dopo gli interventi indicati, per segnalare le eventuali distorsioni ed individuare un percorso interpretativo aderente a tutte le ipotesi di commissione in concreto degli illeciti riconducibili all'art. 73, co. 5, del dPR n. 309 del 1990. La sentenza della Corte costituzionale citata ha prodotto effetti sostanziali e processuali sulla

disciplina dei reati in materia di stupefacenti, su questi effetti si è pronunciata la Cassazione con le sentenze nn. 397 e 399 del 28 febbraio 2014<sup>1</sup> che affrontano alcuni aspetti della situazione normativa attuale offrendo una soluzione interpretativa che richiede alcune riflessioni; per affrontare l'analisi delle norme, al fine di selezionare la disciplina applicabile ai casi concreti, si deve però procedere distinguendo le ipotesi di reato consumate prima dell'intervento normativo del 23 dicembre 2013 e quelle consumate successivamente.

**2.** In relazione ai fatti commessi prima del 23 dicembre 2013 ma dopo il 27 febbraio 2006 (il 28 febbraio 2006, infatti, entrava in vigore la disciplina dichiarata incostituzionale)<sup>2</sup>: come può definirsi tecnicamente il rapporto tra le norme in questione ovvero il nuovo art. 73, co. 5, modificato nel 2013 ed il co. 5 del medesimo articolo ripristinato dopo la sentenza della Corte costituzionale?<sup>3</sup> Infatti, ritenendo solo per un momento attualmente in vigore la norma citata come modificata nel 2013, rinviando al prosieguo per l'approfondimento, si viene a creare la necessità di un doveroso confronto e raffronto di quest'ultima con la norma ripristinata *ante* 2006. Ed invero, questo rapporto non pare potersi inquadrare nell'ambito di una successione di leggi in senso proprio perché il raffronto non avviene tra una norma in vigore ed una intervenuta successivamente, quanto piuttosto su una norma ripristinata a seguito di una declaratoria di incostituzionalità ed una successiva modifica legislativa<sup>3</sup>. E tuttavia, rispetto a questo rapporto – sebbene non possa considerarsi estendibile la disciplina di cui all'art. 2 c.p. attraverso il meccanismo dell'analogia in assenza di una *lacuna legis* – nella scelta della disciplina da

<sup>1</sup> Si tratta delle sentenze Cass., Sez. IV, 5 marzo 2014, Verderamo, in *questa Rivista on line*.

<sup>2</sup> Per i fatti commessi prima della riforma della legge n. 46/2006, entrata in vigore il 28 febbraio 2006, rispetto ai quali il raffronto normativo deve porsi solo tra la disciplina dell'art. 73, co. quinto, DPR 309/1990 introdotto dall'art. 14 della l.n. 162/1990 e la nuova norma introdotta con la l. n. 146/2013 essendo la disciplina intermedia dichiarata incostituzionale e, quindi, *tam quam non esset*, per cui: per le droghe pesanti si dovrà applicare retroattivamente la disciplina contenuta nel novellato art. 73, comma quinto, in quanto disciplina più favorevole, mentre, per le droghe leggere, si dovrà applicare la disciplina ante riforma del 2006 salvo le circostanze attenuanti non risulti in concreto elisa da un giudizio di bilanciamento con un'aggravante.

<sup>3</sup> Sul tema della successione di leggi penali nel tempo e sulla non equiparabilità della disciplina di cui all'art. 2 c.p. ai casi di annullamento di una norma per incostituzionalità dichiarata vds., tra tutti, GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 136 ss.; ID., *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi"*, in *questa Rivista*, sub nota 14 per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali che qui si richiamano: 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. 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.

applicarsi al caso concreto non si può che invocare il principio generale del divieto di irretroattività di una norma sfavorevole *ex art. 25 Cost.* Pertanto, in relazione ai fatti lievi aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti (puniti prima del 28 febbraio 2006 con la pena della reclusione prevista nel massimo di sei anni) il novellato co. 5 dell'art. 73 DPR n. 309 del 1990 risulta più favorevole nel rapporto con la disciplina *ante* 2006 e quindi si potrà applicare anche retroattivamente. Al contrario, appare evidente che, con riferimento alle c.d. droghe leggere la norma contenuta nel comma quinto dell'art. 73 *ante* 2006 (pena da sei mesi a quattro anni di reclusione congiunta alla multa) è più favorevole rispetto alla norma contenuta nel testo riformato nel 2013 (pena da uno a cinque anni di reclusione congiunta alla multa): pertanto, per le fattispecie di reato commesse prima del 23 dicembre 2013 si dovrà ritenere applicabile quale disciplina più favorevole in concreto quella dell'art. 73, co. 5, nella versione *ante* 2006, salvo ogni valutazione da effettuarsi in concreto su un eventuale bilanciamento della circostanza attenuante speciale che potrebbe essere ritenuta equivalente o subvalente ad un'eventuale aggravante. Non appare poter opporsi a tale risultato interpretativo il dato della diversa tipologia formale di norma laddove quella contenuta del co. quinto dell'art. 73 prima del 2006 si qualificava come circostanza attenuante mentre la norma risultante dalla riforma del 2013 si determina quale reato autonomo<sup>4</sup>. Nelle sentenze della Cassazione in commento i fatti di reato venivano commessi nel 2002 e nel 2011 ed avevano ad oggetto droghe pesanti (cocaina ed eroina). Le sentenze, sul presupposto che il novellato art. 73, co. 5, resti in vigore dopo la sentenza della Corte costituzionale, fanno retroagire quest'ultima norma in quanto più favorevole, anche sotto il profilo della prescrizione ai sensi dell'art. 157 c.p.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Su questo aspetto si richiama quanto contenuto nelle sentenze Cass., Sez. IV, 5 marzo 2014, Verderamo, cit. *sub* nota 1, che approfondiscono le diverse motivazioni per cui deve ritenersi la nuova disciplina del comma quinto dell'art. 73 DPR 309 del 1990 quale fattispecie autonoma di reato.

<sup>5</sup> La sentenza n. 399 del 2014 affronta anche il problema della possibilità di far retroagire se ed in quanto norma più favorevole la disciplina dichiarata incostituzionale introdotta con la legge n.49 del 2006. In effetti, con riguardo ai fatti di non lieve entità, quest'ultima normativa potrebbe risultare in concreto più favorevole rispetto a quella ripristinata ed in vigore antecedentemente (in particolare ciò avviene con riferimento ai fatti commessi tra il 28 febbraio 2006 ed il 24 dicembre 2013 con riferimento alle droghe pesanti). Ritiene la Corte - dopo un *excursus* relativo alla riconoscibilità nel nostro ordinamento, anche sulla base dei principi europei, del principio di retroattività della norma penale più favorevole - che se la norma successiva più favorevole è stata dichiarata incostituzionale questa non può retroagire (in ciò richiamando quanto espressamente affermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 394 del 23 novembre 2006). Pur tuttavia, applicando il principio costituzionale del divieto di retroattività di una norma penale più sfavorevole riconosciuto dall'art. 25 Cost. ritiene la Corte che possa trovare applicazione anche la disciplina dichiarata incostituzionale se la reviviscenza della norma antecedentemente in vigore comporta un trattamento più sfavorevole del fatto.

3. In relazione ai fatti commessi dopo il 23 dicembre 2013 rientranti o qualificati come reato di cui al comma quinto dell'art. 73 dPR n. 309 del 1990, come modificato dalla novella del 2013, se si ritiene questa norma attualmente in vigore e non travolta dalla sentenza della Corte costituzionale, non sorgerebbe alcun problema dovendosi applicare necessariamente a tali fatti la nuova fattispecie. E tuttavia, ed è questo il punto, nella contemporanea vigenza della nuova norma con la recuperata disciplina dell'art. 73 dPR n. 309 del 1990, appare del tutto evidente una incoerenza e contraddittorietà tra le disposizioni laddove da un lato, nella disciplina *ante* 2006, si esplicita, *quoad poenam* una distinzione tra droghe pesanti e leggere che, invece, nel novellato quinto comma dello stesso articolo scompare. Occorre, pertanto, primariamente affrontare la questione della permanenza in vigore della novellata norma ovvero se tale autonoma fattispecie di reato resti in piedi o subisca indirettamente dell'effetto di annullamento della sopra richiamata sentenza della Corte costituzionale. Per stabilire ciò deve prima determinarsi se il rinvio ai "fatti" di cui all'art. 73, contenuto nel quinto co. dello stesso articolo, sia un rinvio statico, materiale, redazionale, recettizio o fisso ovvero un rinvio dinamico, formale, non recettizio, o mobile. In ordine alla contrapposizione tra queste due forme di rinvio, semplificando i termini del discorso, si può rimarcare che questo fenomeno è caratterizzato dalla presenza di una disposizione che non procede alla diretta determinazione della disciplina dei rapporti giuridici, ma li rimette ad altre fonti o disposizioni. La distinzione tra le due tipologie di rinvio si basa, in particolare, sull'alternativa che la disposizione rinviante rimetta a diverse fonti o unicamente ad una diversa ed ulteriore disposizione. Il rinvio alla fonte ha l'effetto di dare rilevanza a tutte le norme che la fonte di volta in volta è in grado di produrre e quindi a tutte le modifiche che queste subiscono, per questo viene definito rinvio "dinamico". Il rinvio alla disposizione, al contrario, comporta una sorta di incorporazione della disposizione oggetto del rinvio in quella rinviante e viene qualificato statico proprio per evidenziare che le vicende della disposizione oggetto di rinvio non si riflettono sul rinvio stesso<sup>6</sup>. La tecnica di produzione normativa tramite rinvio è utilizzata all'evidente scopo di semplificare ed accelerare il lavoro di

---

<sup>6</sup>In proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 1993, in [www.giurisprudenzacostituzionale.it](http://www.giurisprudenzacostituzionale.it), secondo cui: «che si tratti di mero rinvio formale, privo di efficacia novatrice della fonte delle norme richiamate, è attestato, sul piano della struttura linguistica della norma rinviante, dal rilievo che il richiamo si riferisce genericamente al regolamento, cioè a un complesso di norme non meglio determinate, laddove, perché sia possibile configurare un rinvio recettizio (superando la presunzione favorevole al rinvio formale), occorre che il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua».

stesura del testo; tuttavia, spesso, risulta difficile riuscire a qualificare concretamente una disposizione come contenente un rinvio formale o un rinvio recettizio: l'accertamento andrà fatto caso per caso tenendo presente che il rinvio dinamico pone l'accento sull'esigenza di una normativa il più possibile aggiornata e raccordata con le fonti di riferimento; tipici esempi che solitamente vengono proposti come il rinvio a carattere statico, o materiale, sono i riferimenti a disposizioni recanti parametri economici di riferimento, ovvero parametri normativi da fissarsi con normazione secondaria. Ebbene, sulla scorta di quanto detto e poiché come suggerito dalla Corte costituzionale *«rientra nei compiti del giudice comune individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, oggetto della presente decisione»*, si prospettano tre diverse opzioni:

A) Il quinto co. dell'art. 73 dPR 309 del 1990 è una norma recettizia con rinvio statico/materiale: se cade la riforma del 2006 cade anche il nuovo quinto comma automaticamente per un annullamento implicito poiché la norma introdotta nel 2013 farebbe riferimento alla specifica disciplina dell'art. 73 come modificata nel 2006. Tuttavia, non appare potersi riconoscere nel rinvio effettuato dal comma quinto dell'art. 73 alle restanti parti della stessa norma un rinvio statico per le ragioni che si indicano di seguito: peraltro, la stessa Cassazione nelle pronunce in commento correttamente segnala che il nuovo quinto comma non è ancorato staticamente alla disciplina dichiarata incostituzionale, l'art. 2 annullato non faceva infatti riferimento espresso alla riforma del 2006 ma richiamava in generale tutto il decreto n. 309 del 1990. In aggiunta, nel considerando n. 3 in diritto di cui alla motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 si sottolinea che *«risulta evidente che nessuna incidenza sulle questioni sollevate possono esplicitare le modifiche apportate all'art. 73, co. 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 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»*.

B) La norma contenuta nel comma quinto dell'art. 73 - nuova formulazione - è quindi incompleta ma nel senso di prevedere un rinvio mobile/formale; infatti, il nuovo quinto comma rinvia genericamente ai "fatti" di cui agli articoli precedenti senza esplicitare il dato della presunta unificazione delle droghe (pesanti e leggere), che avviene nella norma solo *quoad poenam*, o la quantità delle tabelle che classificano le sostanze. Del resto, lo stesso articolo 73 contiene nelle restanti disposizioni diversi richiami a regolamenti o fonti extrapenali che sono in continuo cambiamento (nella specie le tabelle con l'aggiornamento delle categorie delle sostanze droganti): si tratta di elementi normativi che completano la disciplina penale che richiede un costante adattamento alle evoluzioni scientifiche in materia di stupefacenti. La Cassazione, nelle sentenze in commento, confermando la sussistenza di un rinvio mobile nel caso in esame, soggiunge, infatti, che la norma riformulata nel 2013 non è stata in alcun modo «*privata del proprio oggetto, ossia di una disposizione caducata dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale*». Ciò posto, resterebbe, tuttavia, il dato della incompatibilità della nuova formulazione del comma quinto con le restanti disposizioni dell'art. 73: di quale tipo di incompatibilità si tratta e sotto quale forma occorrerebbe invocarla? Di certo, non può ritenersi che il ripristino della norma *ante* 2006 abbia determinato *ex art. 2, co. 4, c.p. l'abolitio criminis* (ovviamente parziale perché resta il fatto di reato), del nuovo quinto comma dell'art. 73 rilevabile dal Giudice ordinario, trattandosi quest'ultima di una norma successiva a quella ripristinata con la sentenza della Corte costituzionale. Per ritenere l'intervenuta incompatibilità tra le due norme si dovrebbe quindi sollevare una questione di incostituzionalità della novella in questione rilevandone l'annullamento implicito (è decisiva quindi una chiara distinzione tra i concetti di abolizione ed annullamento di una norma) per incompatibilità con la disciplina ripristinata. Si tratterebbe, cioè, di ritenere l'incostituzionalità della disciplina introdotta nel 2013 per violazione del canone di ragionevolezza, parametrato a partire dalle sentenze gemelle del 2006 all'art. 3 Cost. in relazione al principio costituzionale di eguaglianza<sup>7</sup>; in ogni caso, questo giudizio spetterebbe in ultima istanza alla Corte costituzionale. Invero, il potere di determinare la caducazione per illegittimità costituzionale derivata di una norma non spetta al Giudice ordinario ma è attribuito per legge alla Corte costituzionale che deve espressamente

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., n. 393 del 2006 e n. 394 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 6, ed in *Dir. pen. proc.*, 2007, 3, 324 ss. Si afferma, infatti, che «*il regime giuridico riservato alla lex mitior, e segnatamente la sua retroattività, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, co. 2, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo*».

farne uso secondo gli artt. 22 e ss. della l. n. 87 del 1953. L'irragionevolezza, peraltro, non andrebbe segnalata per il mero profilo della pena (se fosse solo questo l'elemento di incompatibilità non avrebbe rilievo) ma soprattutto per: la forte differenza di contenuto della norma poiché il nuovo quinto comma nel richiamo ai "fatti" previsti nell'art. 73, co. 1 e seguenti, non distingue le tipologie di sostanze droganti come invece previsto nelle restanti parti della norma rientrata in vigore. A tal proposito deve aggiungersi che questa distonia si è da ultimo ulteriormente evidenziata in considerazione del nuovo decreto legge n. 20 marzo 2014, n. 36 (Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché' di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale)<sup>8</sup>, che sulla necessità ed urgenza di intervenire sulla materia delle tabelle che contengono le sostanze droganti, ha ripristinato la suddivisione in quattro tabelle, come vigente prima della novella del 2006. 2. Questa differente impostazione normativa riflette una differente ed incompatibile valutazione complessiva della gravità di effetto drogante delle sostanze stupefacenti e cioè una *ratio legis* contrastante.

C) Secondo una terza opzione, sostenuta dalla recente pronuncia in commento della Cassazione, il nuovo art. 73, co. 5, modificato nel dicembre 2013 resisterebbe e non sarebbe incompatibile con il resto dell'art. 73 ripristinato dalla sentenza della Corte costituzionale. La Corte suprema, infatti, in entrambe le sentenze in commento ritiene da un lato che non rilevano le diverse valutazioni delle maggioranze politiche e che, quindi, una differente *ratio legis* che si riflette all'interno delle disposizioni contenute nei diversi commi di uno stesso articolo è accettabile; dall'altro lato, si sostiene che il comma quinto dell'art. 73 riformato consente comunque al Giudice ordinario di modulare la pena a seconda della gravità del fatto a prescindere dall'espressa previsione di una differenza tra tipologie di sostanze: questa assenza di fatto si recupera dal punto di vista sanzionatorio. Inoltre, si aggiunge, se il fatto è lieve non rileva l'identità della sostanza; quando cioè un fatto è di modeste e non gravi proporzioni che abbia ad oggetto un tipo piuttosto che un altro di droga resta un aspetto secondario ed ancillare: questa sarebbe una libera scelta legislativa che non rende tuttavia "illegittima" la norma novellata.

---

<sup>8</sup> Corte cost. n. 67 del 2014.

4. E tuttavia, a fronte di queste tre possibili opzioni interpretative del quadro normativo formatosi attualmente in relazione al reato di cui al co. 5 dell'art. 73 dPR n. 309 del 1990, residuano ancora alcuni profili oscuri. Se il punto di partenza dell'analisi di questo addentellato normativo sono le pronunce esaminate della Corte di Cassazione, che rappresentano il primo approfondimento ermeneutico significativo sul tema, è proprio sulle riflessioni offerte dalle stesse sentenze che occorre soffermarsi e ragionare.

In particolare, la Corte Suprema ritiene non vi siano profili di incompatibilità assiologica tra le norme in questione, ovvero nel giudizio del rapporto tra i valori costituzionali in gioco: non sarebbe incompatibile con la restante configurazione dell'art. 73 la scelta legislativa di «*svalutare il rilievo della natura della sostanza stupefacente trattata (sia essa droga c.d. "leggera" o "pesante") a fronte di specifiche modalità del fatto criminoso*». Ciò significa che mentre lo spaccio di poche dosi di eroina (droga pesante) e marijuana (droga leggera), ovvero lo spaccio delle medesime sostanze in modalità meno gravi (ad esempio senza una particolare organizzazione) sia in astratto allo stesso modo offensivo di tutti i beni giuridici tutelati dalla disciplina in questione e cioè la salute pubblica, l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva<sup>9</sup>, salvo la scelta in concreto di una modulazione sanzionatoria dal parte del Giudice ordinario, lo spaccio di un numero più rilevante di dosi ovvero lo spaccio con modalità e mezzi più gravi ed organizzati, secondo i criteri interpretativi adottati dalla giurisprudenza dominante al momento del vigore della disciplina prima del 2006<sup>10</sup>, offende differentemente questi beni a seconda del tipo di sostanza. Appare, quindi, evidente la discrepanza delle valutazioni ricavabili dall'analisi complessiva della disciplina, se è vero che ogni reato non si distingue solo (e tanto) per la sua gravità evincibile dalla pena edittale prevista ma soprattutto per il suo peso (anche con riguardo alla finalità di prevenzione) che è definito dall'incidenza nel contesto sociale e selezionato dalle scelte legislative; senza dimenticare, poi, che la riforma del 2013 aveva come principale idea quella di una riduzione di pena per i delitti *de quo* al fine di consentire una progressiva riduzione della detenzione carceraria e si appoggiava ad uno *status* normativo diverso e ad una impostazione evidentemente condivisa.

Ed in ogni caso, ciò che preme sottolineare è che con la pronuncia in commento – che, si sottolinea, attiene principalmente ad una decisione in tema di prescrizione del reato – la Cassazione si assume il compito di esprimere una

<sup>9</sup> Cfr., sulla plurioffensività della disciplina degli stupefacenti, tra tutte, Cass., Sez. III, 02 ottobre 1998, Felletti, in *Mass. Uff.*, n. 212414; Id., Sez. 4, 28 ottobre 2008, Ud., *ivi*, n. 242371.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, Cass., Sez. IV, 29 settembre 2005, Frank, in *Mass. Uff.*, n. 232428; Id., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, *ivi*, n. 216667; Id., Sez. VI, 19 aprile 2000, D'Incontro, *ivi*, n. 216315.

valutazione assiologica sulla norma esaminata, cioè un giudizio di compatibilità normativa con i valori e principi costituzionali<sup>11</sup>; e tuttavia, ed è questo il punto, attraverso l'esercizio dell'interpretazione "adeguatrice", cioè costituzionalmente garantita, entra in gioco un rapporto tra valori, con susseguente scelta di compatibilità assiologica la cui competenza di per sé non spetta all'interprete dei diritti ma a quello delle leggi. In altri termini, la lettura interpretativa della Cassazione si muove lungo il crinale di una tangibile interferenza nelle competenze della Corte costituzionale, con cui di recente è sorta una vera e propria *querelle*, plasticamente evidenziata dalla pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione, c.d. Pezzella<sup>12</sup>. Nell'impossibilità oggettiva, anche in considerazione della situazione politica attuale, di ottenere norme di interpretazione autentica sulle riforme legislative dal contenuto incerto, è stato rimesso negli ultimi anni alla Corte costituzionale (cfr., ancora, le sentenze "gemelle" del 2006 citate) il compito di valutare la conformità di una legge, e della sua interpretazione fornita dalla giurisprudenza, ai valori costituzionali, tra cui l'art. 3 Cost., unitamente ai valori sanciti a livello europeo.

Il tema diventa, pertanto, quello della prevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale della legge penale, perché una nuova interpretazione che giunge "come un fulmine a ciel sereno" è altrettanto odiosa ed incivile di una legge penale retroattiva<sup>13</sup>. Certo, nel caso oggetto della pronuncia della Cassazione si giunge ad un'interpretazione *in favor rei* che non pone particolari problemi di prevedibilità ma un'impostazione giurisprudenziale *mitior*, se non ancora del tutto consolidata, potrebbe subire comunque

<sup>11</sup> Nella sentenza n. 399, infatti, la corte afferma che occorre preferire la tesi della vigenza del novellato art. 73, comma quinto, DPR 309 del 1990 "senza inciampi logico formali o insensatezze assiologiche".

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, Pezzella, in *Mass. Uff.*, n. 227523, ove si è affermato che: «le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia "erga omnes", a differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento nel quale la relativa questione è stata sollevata, nel senso che quest'ultimo non può interpretare la disposizione impugnata attribuendole il significato ritenuto dal giudice delle leggi incompatibile con la Costituzione, pur essendogli consentito scegliere altre soluzioni ermeneutiche che, quantunque non coincidenti con quella della decisione interpretativa, non collidano con norme e principi costituzionali, mentre negli altri procedimenti il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia quella disposizione, sempre che il risultato ermeneutico risulti adeguato ai principi espressi nella Costituzione». In dottrina si veda MORELLI, *Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell'interpretazione della norma giuridica e nell'applicazione del precetto costituzionale*, in Evangelista, Izzo, Lupo, Morelli, Nappi, Panuccio, *Centro Studi Giuridici e politici Regione Umbria e Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini: atti del convegno Perugia, 5-6 maggio 2000, Le Corti Supreme*, Milano, 2001, 81 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. RAMACCI, *Tavola rotonda sul tema "Il problema delle fonti dopo la fine del monopolio statale della produzione normativa*, in *Riv. it. delle scienze giuridiche*, Napoli, 2010, 1, 355 ss.; si veda anche sul tema ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, Torino, 2008, p. 306.

imprevedibili mutamenti d'indirizzo e deroghe nei casi concreti sulla base delle diverse sensibilità dei giudici; questo tipo di flessibilità potrebbe porre senz'altro problemi di previsione della punizione penale, in violazione del principio di legalità ed altresì dell'art. 3 Cost.

Una preoccupazione, questa, alimentata dalle stesse parole utilizzate dalla Corte suprema nella sentenza in commento: secondo la Cassazione, infatti, il quadro complessivo offerto alla lettura dell'interprete si presta ad un giudizio di persistente vicendevole compatibilità «*al di là dalla sempre possibile soggettiva opinabilità delle singole valutazioni*». Questo cosa significa esattamente? Che ogni Giudice può avere un'opinione soggettiva diversa e quindi ritenere la complessiva incompatibilità delle discipline e del quadro normativo? Se così fosse allora non resterebbe al Giudice ordinario che sollevare la questione di incostituzionalità del comma quinto dell'art. 73 del DPR 309 del 1990 novellato nel 2013: è un auspicio che la Cassazione non sembra aver condiviso.

SIRO DE FLAMMINEIS