

ORIENTAMENTI

MARCO GAMBARDELLA

Il ripristino *ope legis* delle tabelle degli stupefacenti

1. Con l'ormai celeberrima sentenza n. 32 del 2014 in materia di stupefacenti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 77, co. 2, 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 l. 21 febbraio 2006, n. 49) così rimuovendo le modifiche apportate con le norme giudicate illegittime agli artt. 73, 13 e 14 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309¹.

In particolare gli artt. 13 e 14 testo unico degli stupefacenti nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, che legittimavano il sistema unificato delle sostanze stupefacenti², sono stati caducati a seguito della citata pronuncia n. 32, facendo rivivere in tal modo la precedente disciplina. 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 i medicinali) con l'ulteriore caducazione consequenziale delle tabelle allegate a tali disposizioni invalidate dalla Corte e dei successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle stesse. Dall'altra parte, e di conseguenza, si sono ripristinate le disposizioni e le sei tabelle previste dall'originario testo del d.P.R. n. 309 del 1990.

L'annullamento da parte della Corte costituzionale delle disposizioni della legge “Fini-Giovanardi” concernenti le tabelle ha determinato, pertanto, la reviviscenza delle tabelle che operavano sotto la vigenza della legge “Iervolino-Vassalli”; nel breve lasso temporale delimitato però dall'entrata in vigore d.l. 21 marzo 2014, n. 36. 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,

¹ Cfr., sulla pronuncia costituzionale n. 32 del 2014, DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in www.penalecontemporaneo.it; MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti della democrazia penale*, ivi; GAMBARDELLA, *Qualche considerazione sulla illegittimità costituzionale della legge “Fini-Giovanardi”*, in questa Rivista online; ID., *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all'origine del nuovo sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.; 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*, 23 ss., in www.cortedicassazione.it.

² In proposito, cfr. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, IV, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2010, 555 ss.

senza tuttavia ripresentare l'assetto a suo tempo determinato dalla legge "Fini-Giovanardi".

Il sistema è adesso 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 2014³.

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 (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 d.l. 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 dell'art. 2 decreto legge n. 36 cit. è indiscutibilmente quella di porre una disciplina tran-

³ *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di Paziienza.

sitoria, che consenta di evitare una frattura tra “il prima e il dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 riguardo agli effetti degli atti amministrativi adottati ai sensi del testo unico sugli 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.l. n. 36 del 2014 intende, 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 testo unico sugli stupefacenti, e assicurare così la “continuità” della loro rilevanza dal 2006 ad oggi¹.

In dottrina, si è fornita però una risposta fortemente negativa sulla eventualità che il legislatore possa raggiungere tale obiettivo attraverso il decreto legge in questione. 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 presente 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”. «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, co. 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

¹ La scelta di assicurare la perdurante efficacia agli atti amministrativi venuti meno in virtù della sentenza della Corte costituzionale, la quale 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 Paziienza).

in radice la rilevanza penale»⁵.

E tale ricostruzione si è consolidata in dottrina sulla scorta della modifica avvenuta in sede di conversione d.l. 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 del 2006»⁶.

Da notare che la legge di conversione ha aggiunto pure un nuovo co. 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.

2. Ma l'idea che il legislatore abbia appositamente posto il menzionato art. 2 d.l. n. 36 del 2014 a garanzia della persistenza dell'efficacia degli atti amministrativi adottati sino alla sentenza della Corte costituzionale, sembra compatibile anche 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 "su-

⁵ Così 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 www.penalecontemporaneo.it.

⁶ 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 www.penalecontemporaneo.it, in senso dubitativo, v. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, *ivi*.

perflua” la disposizione transitoria dell’art. 2, in quanto a partire dalla data di entrata in vigore d.l. n. 36 operano le nuove tabelle, e per i fatti precedenti alla vigenza del medesimo decreto legge si applicano le tabelle antecedenti al 2006⁷.

Ebbene 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 (datata 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, co. 2, t.u. stup.)⁸.

In altre parole, “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, ossia, a quanto stabilito dalle generali prescrizioni che regolano, nel settore considerato, la materia intertemporale. E nello specifico, in deroga alla necessaria retroattività della modificazione favorevole del sistema penale⁹.

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 ad 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

⁷ VIGANÒ, Convertito in legge il d.l. n. 36/2014, cit., 6.

⁸ Cfr. ROMANO, La riforma della normativa, cit., 15.

⁹ GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 34 ss.

concreti del potere esecutivo”¹⁰.

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, ad 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 incriminatrice¹¹.

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 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 condotta¹².

In tal senso in 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

¹⁰ Sviluppato in modo approfondito la distinzione MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 99 ss.; v. altresì SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, 67 ss.; v. poi GAMBARDILLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 264 ss.

¹¹ Cfr. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di Caputo e Fidelbo, Torino, 2012, 252 ss. In rapporto alla funzione integratrice dei regolamenti, cfr. ROMANO, “Repressione” della condotta antisindacale”, Milano, 1974, 147 ss. Sul tema, l’ampia analisi di GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008.

¹² G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2006, 37 ss.

testo unico degli stupefacenti¹³.

Non può dunque accogliersi l'orientamento il quale reputa punibile, ad esempio, 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 poiché deriva per sintesi chimica o naturale da una sostanza inserita nella tabella degli stupefacenti; cosicché, per questa tesi, non appare eluso il principio di tassatività (divieto di analogia) a prescindere dalla formale inclusione di questa sostanza nelle tabelle allegate al testo unico degli stupefacenti¹⁴.

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 incriminatrice¹⁵.

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 di 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 legge 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*

¹³ Cfr. Cass., Sez. IV, 14 aprile 2011, Cardoni, in *Mass. Uff.*, n. 250693, in cui la Corte ha precisato che la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte sub-primaria che integra la fattispecie penale, alla quale va applicato il principio di non retroattività; in senso conforme Id., Sez. IV, 18 aprile 2005, Hassan, *ivi* n. 231561. Cfr. inoltre Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu, in *Mass. Uff.*, 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 del citato d.P.R.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, Bergamo, in *Mass. Uff.*, n. 252905; Id., Sez. VI, 1 aprile 2011, Qotbi, *ivi* n. 249396; e per una posizione che cerca una composizione tra i due orientamenti, v. Id., Sez. III, 11 ottobre 2011, Buggiani, *ivi* n. 251605. Cfr., poi, ampiamente la *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di Paziienza.

¹⁵ In questo senso, in giurisprudenza, v. Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2006, Sepe, in *Mass. Uff.*, n. 234029.

del sistema penale in via retrospettiva; e dall'altro verso da quelle apprestate dall'art. 25, co. 2, Cost. e dall'art. 2, co. 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 astratta.

Ora se proviamo a seguire la dottrina prima citata, e pertanto riteniamo che l'art. 2 d.l. n. 36 del 2014 (convertito con modificazioni dalla legge 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 in relazione però al primo caso di abrogazione, bensì al secondo caso preso in considerazione dalla disposizione e concernente l'"illegittimità costituzionale della norma incriminatrice". 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.).

3. 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 mesi in materia di stupefacenti.

A ben vedere, l'art. 2 d.l. n. 36 cit. (anche nella formulazione adottata dalla legge di conversione che ha sostituito il verbo "continuano" con quello "riprendono") ha in sostanza introdotto 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, co. 4, legge 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 incriminazioni¹⁶.

Il sistema interno - oltre (a) alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice - prevede una serie di ipotesi, disciplinate positivamente, in cui si determina l'introduzione di una *lex mitior* in senso stretto in ambito penalistico: per esempio, (b) la mancata conversione di un decreto legge contenente una incriminazione (art. 77 Cost.); (c) l'abolizione di una incriminazione (o di una porzione di essa) (art. 2, co. 2, c.p.); (d) la depenalizzazione di un illecito penale con la sua contemporanea degradazione ad illecito amministrativo (art. 2, co. 2, c.p.; legge n. 689 del 1981); (e) la dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante; e) la disciplina sanzionatoria (in senso ampio) più favorevole (art. 2, co. 3 e 4, c.p.) (ivi compresa la c.d. legge intermedia favorevole).

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 legge n. 87 del 1953: è fatto divieto ai giudici di applicare la legge dichiarata incostituzionale rispetto a situazioni sostanziali o giudizi preesistenti (co. 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 risolto¹⁷.

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 co. 4 dell'art. 30 cit. - estende l'incidenza retroattiva delle sentenze di incostituzionalità sulle pronunce di condanna irrevocabili¹⁸.

Ebbene, l'art. 2 d.l. 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

¹⁶ Cfr., in proposito, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 56 ss.

¹⁷ ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 351 ss.

¹⁸ ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 353 ss.; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 153 ss.

processi pendenti e finanche oltre il giudicato di condanna (efficacia iperretroattiva sancita dall'art. 30, co. 4 legge n. 87 del 1953). E ciò è confermato pure in virtù del riferimento nel testo dell'art. 2 d.l. 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, definiti nel preambolo d.l. 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 legge 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, co. 4, legge 87 del 1953 e nell'art. 673 c.p.p.¹⁹; e la sua *ratio* nel fatto di ritenere intollerabile di mantener ferma una condanna di chi, alla stregua dei principi costituzionali, non avrebbe dovuto essere condannato²⁰.

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 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

¹⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 353; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 770 ss.

²⁰ Cfr., in tal senso, CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 248 ss.; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 153 ss.

settembre 2009²¹, 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 costituzionale²², elevando di conseguenza il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona²³. 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)²⁴. 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.

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 Convenzione.

²¹ Corte eur. dir. uomo, Gran. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss., con nota di ICHINO. In argomento, cfr. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”*, Roma, 2012, 69 ss.; GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 59 ss.

²² Cfr. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it; MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 158 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., n. 210 del 2013.

²³ Cfr. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1173 ss.; MANES, Sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 284 ss.

²⁴ Cfr. Corte cost., n. 236 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3021 ss., con commento critico di PINELLI; Id., n. 230 del 2012, *ivi*, 2012, 3440 ss., con commenti di MAZZA e MANES.