

Osservatorio sulla Corte di Cassazione

Droghe

La decisione

Stupefacenti - Fatto di lieve entità - Reato autonomo - Configurazione - Trattamento sanzionatorio unitario - Legittimità - Pronuncia demolitoria della Corte costituzionale n. 32 del 2014 - Estraneità (d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73; D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, art. 2).

L'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, come modificato dall'art. 2 D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. con la L. 21 febbraio 2014, n. 10, disciplina un'autonoma fattispecie di reato concernente i "fatti di lieve entità", la quale non è stata travolta dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale e conserva una propria giustificazione sistematica anche nel mutato quadro di riferimento generale, operante una distinzione del trattamento sanzionatorio a seconda che la condotta incriminata riguardi le "droghe pesanti" o le "droghe leggere".

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 5 marzo 2014 (ud. 28 febbraio 2014) - ZECCA, *Presidente* - DELL'UTRI, *Estensore* - PRATOLA, *P.M.* (diff) - Verderamo, *ricorrente*.

Il commento

La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014

SOMMARIO: 1. La nuova incriminazione del fatto di lieve entità. - 2. La reviviscenza delle norme abrogate. - 3. La declaratoria di incostituzionalità e la sopravvivenza della nuova figura di reato ex art. 73, comma 5, t.u. stup. - 4. I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati. - 5. Gli effetti della ripristinata disciplina favorevole sulle condanne irrevocabili.

1. La nuova incriminazione del fatto di lieve entità

La pronuncia in commento consente di esaminare la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto le modifiche apportate all'art. 73 t.u. stup. dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con modif. dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), e ritenuta fondata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ai sensi dell'art. 77, co. 2, Cost., per l'accertato difetto di omogeneità tra le disposizioni del decreto legge e quelle

introdotte dalla legge di conversione¹.

Le riflessioni che seguono saranno perlopiù circoscritte alle conseguenze che si sono determinate a seguito della pronuncia della Corte costituzionale sulla disciplina contenuta nel co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. nelle varie formulazioni della disposizione che si sono avvicendate negli ultimi anni.

Come è noto, l'art. 2, co. 1, lett. a) del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146 ha sostituito da ultimo il co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. così come era previsto nella legge Fini-Giovanardi. Il novellato art. 73, co. 5, cit. ha introdotto una nuova incriminazione, la cui fattispecie ricalca quella della previgente e sostituita circostanza attenuante speciale del "fatto di lieve entità".

La fattispecie prevista dal comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge – come ha chiarito pure la Corte di cassazione nella sentenza in commento – 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 quarto dell'art. 69 c.p.²

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 co. 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 co. 5 art. 73 t.u. stup., in modo da sottrarla al giudizio di comparazione fra circostanze; sul piano della tecnica normativa si è poi aggiunto che le modalità di tipizzazione del fatto corrispondono a quelle usate all'articolo 74, co. 6, t.u. stup., la cui fattispecie configura – secondo la giurisprudenza di legittimità – un'ipotesi delittuosa autonoma rispetto a quella ordinaria di cui al co. 1 dello stesso articolo.

Anche secondo la dottrina, la modifica normativa è volta – oltre che alla riduzione del massimo della pena detentiva da sei a cinque anni – 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 sanzionatorio possa essere vanificato con il ritorno

¹ Corte cost., n. 32 del 2014.

² Così Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2014, Dhiab Ayari, in *questa Rivista* online; in senso analogo Id., Sez. IV, 11 febbraio 2014, Sotgiu, in www.cortedicassazione.it.

alle pene stabilite dalla figura base³.

Si è aggiunto poi 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 dell'art. 69 c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p., 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 co. 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 co. 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*» (cfr. Corte cost., n. 251 del 2012)⁴.

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 due 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 seguito – nella versione scaturita dalla ripristinata legge Iervolino-Vassalli.

La specialità sincronica – la relazione di genere a specie tra due 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 ha sottratto la disciplina di alcuni tipi di fatti, prima puniti attraverso la norma generale in forma circostanziata.

³ A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, § 6.

⁴ Cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, cit., § 6.

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 della *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 co. 4 dell'art. 2 c.p.: 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, poiché non residua alcuno spazio per vicende di tipo abolitivo (nemmeno abrogazione parziale).

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 co. 5 integra logicamente anche la norma generale che ha un trattamento sanzionatorio più grave, e dunque il campo di operatività in concreto della nuova disposizione di cui al comma 5 cit. potrebbe risultare di difficilissima 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 pubbliche⁵.

2. La reviviscenza delle norme abrogate

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, 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.l. n. 272 del 2005, come conv. con modif. dall'art. 1 della legge n. 49 del 2006, 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.

Nelle more della pubblicazione di tale declaratoria di illegittimità costituziona-

⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, Carchivi, in *Cass. pen.*, 2007, 3213, con nota di TROJANO.

le, il d.l. n. 146 del 2013 è stato convertito dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014.

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, 1^a Serie Speciale).

In particolare, la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità sollevata dalla terza sezione della 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 della 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*, co. 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, ed in particolare includendo la cannabis e i suoi prodotti nella prima di tali tabelle. Sennonché la Corte, avendo dichiarato incostituzionale integralmente gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. n. 272 del 2005, ha annullato tutte le norme ricavabili da tali disposizioni mediante interpretazione. Tra le quali vanno annoverate le norme estraibili dal co. 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*» (§ 4.5. considerando in diritto).

Ora, se la declaratoria di incostituzionalità produce i suoi effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia (il 6 marzo 2014), si è trattato quindi di un annullamento di una norma ormai abrogata (il co. 5 dell'art. 73 nella redazione della legge Fini-Giovanardi, abrogato a decorrere dal 23 dicembre 2013). Vicenda ben possibile⁶: conosciamo invero il precedente della sentenza n. 193 del 1985; e quello dell'assimilabile ipotesi della incostituzio-

⁶ Cfr., al riguardo, CARLASSARE, *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, pp. 129 ss.

nalità di una norma di favore intermedia abrogata (il c.d. caso delle “ceneri di pirite”, sent. n. 28 del 2010⁷).

L’annullamento della norma di cui al co. 5 dell’art. 73 t.u. stup. nella versione introdotta dalla legge Fini-Giovanardi ha dunque riportato in vita fino alla sua “sostituzione” (ossia fino al 23 dicembre 2013, entrata in vigore del d.l. n. 146) la previgente disciplina della legge Iervolino-Vassalli: reviviscenza della disposizione che conteneva la circostanza attenuante speciale, la quale è oltretutto legge più favorevole sotto il profilo sanzionatorio rispetto alla precedente. Sussiste infatti una notevole differenza riguardo alle droghe “leggere”, per le quali la legge Iervolino-Vassalli commina la reclusione da sei mesi a quattro anni, mentre la posteriore 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 – è stabilita nella reclusione da uno a sei anni.

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, co. 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 conseguenza a determinare l’abrogazione della precedente normativa. Oltretutto, chiosa la Corte, 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 (decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004)⁸.

In definitiva, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma abrogatrice per vizi di forma o procedurali, comporta l’inefficacia dell’effetto abrogativo e il conseguente ripristino della norma abrogata.

Un’ulteriore tematica, completamente ignorata dalla Corte costituzionale nella sua motivazione e che sicuramente avrebbe meritato almeno un accenno, è costituita dai rapporti tra le sentenze di accoglimento (ablative e additive) del-

⁷ Corte cost., n. 28 del 2010, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1133 ss., con nota di MAUGERI.

⁸ Corte cost., n. 32 del 2014, cit.

la Corte costituzionale e la riserva parlamentare di legge in ambito penale. 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 sindacato di legittimità costituzionale sulla stessa. Si pone qui il problema della reviviscenza della norma penale abrogata e della sua relazione con il rispetto del principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.).

In che limiti, cioè, appare ammissibile una declaratoria di incostituzionalità della norma abrogatrice che produce la reviviscenza della norma incriminatrice abrogata, senza incidere sulle scelte politico-criminali attribuite dall'art. 25, co. 2, Cost. in via esclusiva al legislatore.

Ebbene, il non corretto uso del potere di conversione del decreto da parte delle Camere (ex art. 77, co. 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 normativa, e dunque non preclude nel nostro caso il sindacato di costituzionalità non ledendo le prerogative che la Costituzione ha riservato al legislatore-parlamento nell'esercizio della potestà normativa penale.

3. La declaratoria di incostituzionalità e la sopravvivenza della nuova figura di reato ex art. 73, co. 5, t.u. stup.

La dichiarazione di incostituzionalità del co. 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.l. n. 146 del 2013 (conv. con modif. dalla l. n. 10 del 2014)⁹. E dunque appare del tutto condivisibile l'affermazione contenuta nella sentenza in commento, secondo cui il co. 5 cit. non si può in alcun modo ritenersi travolto dalla pronuncia della Consulta.

Sulla questione la Corte costituzionale in motivazione ha preso chiaramente posizione, affermando 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*

⁹ In tal senso è orientata la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, dal titolo *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, pp. 23 ss., in www.cortedicassazione.it.

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» (§ 3 considerando in diritto)¹⁰.

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 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 co. 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 una norma esprimente una omogenea o eterogenea circostanza attenuante, "rivive", fino all'entrata in vigore del d.l. n. 146 del 2013 e del suo nuovo co. 5 (23 dicembre 2013), la previgente circostanza attenuante speciale della legge Iervolino-Vassalli.

¹⁰ Corte cost., n. 32 del 2014, cit.

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, co. 5, non rinvia a nessun precedente testo: è una nuova e possibile scelta del legislatore, nell'ambito della sua ordinaria potestà legislativa.

I vizi inficiano la validità della nuova norma incriminatrice, non possono dipendere dal vizio procedurale, ex art. 77, co. 2, Cost., cui era affetta la previgente disposizione attenuativa della risposta penale contemplata al co. 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.l. n. 146 del 2013 va applicata la disciplina inserita con tale provvedimento legislativo che ha previsto l'autonoma e speciale figura di reato.

Una volta riconosciuto che tale incriminazione, nonostante l'intervento ablativo compiuto dalla Corte costituzionale, sia tuttora in vigore, si potrà allora dubitare della legittimità costituzionale dell'attuale co. 5 dell'art. 73 t.u. stup.¹¹. 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. considerando in diritto).

Ora - a differenza di quanto affermato nella sentenza della Cassazione in commento - la norma incriminatrice che si ricava dal co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. appare 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") che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima. 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 è 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 pre-

¹¹ Cfr. in tal senso DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ss.

cedenti al quinto¹².

Un ulteriore aspetto di incoerenza formale è dato dagli artt. 13 e 14 t.u. stup. nella formulazione della legge Fini-Giovanardi, che legittimavano il sistema unificato delle sostanze stupefacenti. 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 crea 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. Oltretutto l'art. 75 t.u. stup. in tema di illeciti amministrativi richiama le due tabelle ormai caducate a seguito della sentenza n. 32 della Corte costituzionale¹³. Per ovviare alla situazione determinatasi, il Governo ha approvato un decreto legge (C.d.M. 14 marzo 2014) che ha ripristinato le tabelle caducate dalla sentenza della Consulta, aggiornandole con l'inserimento di circa 500 nuove sostanze stupefacenti (per la maggior parte droghe sintetiche) che dal 2005 erano state aggiunte nelle tabelle ministeriali.

Inoltre, la norma di cui al co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. è irragionevole, perché la nuova figura di reato speciale per fatti di lieve entità è sanzionata – a seguito della sentenza della Corte costituzionale – con una pena certamente inferiore a quella della figura generale contemplata al co. 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 minisistema 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 stupefacenti.

Qualora poi la Corte reputasse in futuro incostituzionale il co. 5 dell'art. 73 nella formulazione scaturita dal d.l. n. 146 del 2013, riviverebbe il comma 5 di cui alla legge Iervolino-Vassalli che, pur se *illo tempore* abrogato (in modo

¹² Cfr., per l'eventualità che il co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. nella formulazione uscente dal d.l. n. 146 del 2013 sia irragionevole ex art. 3 Cost., DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, cit., 3 ss.

¹³ Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute*, cit., 32.

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 cit. co. 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.l. 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).

Opportunamente, la Corte costituzionale (nell’ultima parte del § 6 considerando in diritto) si preoccupa di chiarire 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 viene individuato dalla Consulta nella presenza nel testo della disposizione di un rinvio esplicito agli articoli oggetto della pronuncia ablatoria¹⁴.

Alla luce di tale criterio, bisogna ritenere non più vigente 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 co. 5 la possibile applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

Allo stesso modo, va reputato travolto pure il co. 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 co. 5-*bis* del citato art. 73, poiché il co. 5-*ter* è 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 favorevole¹⁵.

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

Nella parte finale della motivazione della sentenza n. 32 del 2014, la Corte costituzionale prende posizione unicamente sugli effetti *in malam partem* della sua decisione, e non anche di come far operare nel sistema quelli *in bonam partem*.

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 peg-

¹⁴ Corte cost., n. 32 del 2014, cit.

¹⁵ Cfr. DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 t.u. stup.*, cit., 5 ss.

giorativo 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 condanna¹⁶.

L'ultimo argomento della Corte 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 pericolose¹⁷.

Ora, 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 co. 4 dell'art. 2 c.p., perché non c'è alcun avvicendamento tra leggi, in quanto la pronuncia della Corte 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, co. 2, Cost.) e al principio di legalità convenzionale ex art. 7 C.e.d.u., che presuppone la prevedibilità della pena che potrebbe essere inflitta al soggetto in caso di condanna¹⁸.

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 ad un trattamento peggiore rispetto a quello stabilito dal sistema penale nel momento in cui ha tenuto realmente la condotta presa in considerazione.

Riguardo ai procedimenti penali ancora non definiti in modo irrevocabile per i "fatti concomitanti", ossia per le condotte tenute durante la vigenza della

¹⁶ Corte cost., n. 32 del 2014, cit.

¹⁷ Così DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, cit., 2 ss.

¹⁸ In tal senso DELLA BELLA, VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, cit., 2 ss.

norma dichiarata invalida, resta ferma la disciplina incostituzionale se “in concreto” più favorevole anche se è come se la stessa non fosse mai esistita.

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*. E' indispensabile, infatti, che non si proceda ad una combinazione tra le disposizioni più favorevoli della legge incostituzionale con quella più favorevole della legge ripristinata o posteriore a quella invalidata.

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

La Corte 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, che ha interrotto il legale tra i due atti normativi, e che ha reso affetto da un vizio talmente radicale le disposizioni che ha impedito alle stesse di determinare l'abrogazione della precedente normativa sulla base del principio cronologico; e poi ammoniscono 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 specie¹⁹.

Occorre, secondo quanto già affermato dalla Consulta²⁰, 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, co. 2, Cost.) e convenzionale (art. 7, § 1, C.e.d.u.) in ambito intertemporale, e qui segnatamente il principio di irretroattività²¹.

Ebbene, l'annullamento della “norma incriminatrice favorevole” deve essere delimitato nei suoi effetti *ex tunc*, per non violare il principio costituzionale di

¹⁹ Cfr. Corte cost., n. 32 del 2014, cit.

²⁰ Cfr. Corte cost., n. 28 del 2010, cit.

²¹ Cfr. in proposito GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, pp. 111 ss.

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, co. 2, Cost. trova applicazione 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 unicamente tale risultato potrebbe equipararsi a una "norma penale sfavorevole"; non anche relativamente ai c.d. "fatti pregressi"²². 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*²³) – 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 penale²⁴.

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 dell'art. 129 c.p.p. il giudi-

²² Corte cost., n. 51 del 1985.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 2006, pp. 57 ss.; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 218 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 233 ss.

²⁴ M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 150 ss.

ce 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 co. 5; processo penale per tale condotta tutt'ora pendente e dunque al momento del giudizio è vigente il nuovo co. 5 introdotto dal d.l. 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 pregressi", 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, co. 4, c.p., ai "fatti pregressi" ancora non giudicati con sentenza definitiva.

Per quanto concerne nello specifico i fatti di spaccio e traffico di stupefacenti di lieve entità commessi dopo il 2006 e prima del 23 dicembre 2013 e non ancora giudicati definitivamente, soltanto qualora la legge Fini-Giovanardi incostituzionale fosse 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 Iervolino-Vassalli ripristinata e la nuova disciplina ex d.l. n. 146 del 2013.

In effetti qui la legge del tempo ritenuta incostituzionale (il co. 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.l. n. 146 del 2013, configurandosi così una successione di norme: tra quella ripristinata e la nuova norma introdotta dal d.l. n. 146 del 2013. E pertanto qualora il procedimento penale non sia ancora terminato, va stabilito quale sia tra le due 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.

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, co. 5, secondo la versione della legge Fini-Giovanardi) che era già stata abrogata dal legislatore e sostituita dallo stesso con una nuova legge (d.l. n. 146 del 2013)²⁵. Soltanto per questo ha avuto luogo una vicenda successoria tra il co. 5 cit. nella formulazione della legge Iervolino-Vassalli e nella formulazione del d.l. n. 146 del 2013.

Se la declaratoria di incostituzionalità del co. 5 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 co. 5 formulazione Fini-Giovanardi e la nuova autonomia 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.

5. Gli effetti della ripristinata disciplina favorevole sulle condanne irrevocabili

Ulteriore problema è quello se per i fatti commessi durante la vigenza dell'art. 73 t.u. stup. nella formulazione della legge Fini-Giovanardi, che beneficiano di una disciplina sanzionatoria *in mitius* a seguito della sentenza della Corte e che sono già stati giudicati con una sentenza di condanna definitiva (ad esempio, per le droghe "leggere"), sia possibile rideterminare la pena in via esecutiva. Il quesito si pone anche per le sentenze di condanna che hanno applicato il co. 5 dell'art. 73 cit. nella versione della legge Fini-Giovanardi in relazione alla droghe "leggere" e che sono divenute irrevocabili²⁶.

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, Grasso, www.cortedicassazione.it.

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

Per quanto concerne lo “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 al momento appare irrisolto.

Posto che in genere 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 allora di individuare la disposizione che attribuisca in modo specifico tale competenza²⁷.

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 è utilizzabile l’art. 30, co. 4, L. 11 marzo 1953, n. 87, 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 esaurita²⁸.

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 incostituzionali²⁹.

Non sembra assolutamente condivisibile pure quanto più di recente è stato sostenuto in giurisprudenza, ossia che 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 disciplina³⁰.

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 nor-

16 ss.

²⁷ Cfr. Corte cost., n. 210 del 2013, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1423, con commento di PECORELLA.

²⁸ 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 *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di SCOLETTA; Id., Sez. I, 24 maggio 2012, T.A.B., *ivi*, con nota di GATTA; Id., Sez. I, 25 maggio 2012, Harizi, in *Mass. Uff.*, n. 253084.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. V, 2 gennaio 1968, Manenti, in *Mass. Uff.*, n. 106904.

³⁰ Cass., Sez. I, 24 febbraio 2012, Tetch Assic, *Mass. Uff.*, n. 253383.

me – 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 esprimenti la medesima norma³¹.

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 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 stessa³².

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 giudicato³³.

A meno che non intervenga una parola chiarificatrice dalle Sezioni unite “Ercolano” nella motivazione della sentenza relativa ad una vicenda in realtà già decisa (seppure la motivazione al momento non risulti ancora depositata), nella quale – alla luce della menzionata pronuncia della Consulta n. 210 del 2013 – si è risposto in senso positivo al quesito se il giudice della esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla sentenza della Corte di Strasburgo

³¹ Cfr. sulle “disposizioni sinonime” GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Torino, 2010, pp. 38 ss.

³² 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. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., pp. 161 ss.

³³ L’ordinanza di rimessione alle Sezioni unite è pubblicata in *questa Rivista* online.

“Scoppola”, 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 favorevole³⁴.

MARCO GAMBARDELLA

³⁴ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *www.cortedicassazione.it*.