

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Stupefacenti

La decisione

Stupefacenti - Sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale - Ripristino delle tabelle degli stupefacenti - Rilevanza dei fatti precedentemente commessi - Rimessione alle Sezioni unite (CEDU, art. 7; Cost., art. 25, co. 2, 77, co. 2, 136; c.p., art. 2; c.p.p., art. 673; d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 13, 14, 73, co. 1, 1-bis; l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30; d.l. 20 marzo 2014, n. 36, art. 2).

Va rimessa alle Sezioni unite la questione relativa all'art. 73, co. 1, e 1-bis, t.u. stup., se, in conseguenza della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, abbiano rilevanza penale o meno i fatti concernenti le sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle allegate al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 dal 27 febbraio 2006 e commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. 20 marzo 2014, n. 36.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 1 dicembre 2014 (ud. 12 novembre 2014) - ZECCA, *PRESIDENTE* - ROMIS, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.G.* (conf.) - De Costanzo, *ricorrente*.

Il commento

Il ripristino delle tabelle degli stupefacenti e la rilevanza penale dei fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014

SOMMARIO: 1. La rimessione alle Sezioni unite. - 2. Le recenti novità in materia di stupefacenti. - 3. Il d.l. n. 36 del 2014 e il ripristino delle tabelle caducate. - 4. La tesi della parziale *abolitio criminis*. - 5. La nozione legale di sostanza stupefacente. - 6. La deroga alla retroattività *in mitius*.

1. La rimessione alle Sezioni unite

Nella sentenza oggetto di annotazione si è posta la questione della perdurante rilevanza penale dei fatti concernenti le sostanze stupefacenti introdotte per la prima volta nelle tabelle allegate al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 a partire dal 27 febbraio 2006, e commessi entro la data del 21 marzo 2014 giorno di entrata in vigore del d.l. 20 marzo 2014, n. 36.

In pratica, ci si è chiesti se la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, tramite la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che nel 2006 avevano in modo radicale modificato la normativa in materia di droga, abbia prodotto o meno una serie di *abolitiones criminis* rispet-

to alle condotte di traffico e spaccio di stupefacenti relative alle sostanze di nuova “tabellizzazione”.

La problematica, sulla quale non esistono precedenti nella giurisprudenza di legittimità, è stata rimessa con la pronuncia in commento alle Sezioni unite penali: anzitutto sotto il profilo della novità della questione, e poi a causa della rilevanza della stessa per le significative conseguenze che ne deriverebbero seguendo le diverse opzioni ermeneutiche espresse in proposito dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina, nonché al fine di prevenire eventuali futuri contrasti giurisprudenziali.

Nel caso di specie l'imputato è chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 73, co. 1 e co. 1-*bis*, d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alla sostanza stupefacente “nandrolone”, sostanza inserita nella tabella II sez. A dell'art. 14 d.P.R. n. 309 cit. con D.M. Salute in data 11 giugno 2010 di aggiornamento del sistema tabellare. Il ricorrente sostiene che riguardo ai fatti a lui addebitati (commessi fino al 22 agosto 2011) si sarebbe verificata una *abolitio criminis* per effetto della caducazione del sistema tabellare delle sostanze stupefacenti con applicazione delle tabelle precedenti alla novella della legge n. 49 del 2006, che non contenevano quindi al suo interno il citato “nandrolone”; a nulla rilevando oltretutto la ripenalizzazione di tali fatti intervenuta, successivamente alla definitiva consumazione del reato, attraverso il d.l. n. 36 del 2014.

2. Le recenti novità in materia di stupefacenti

La pronuncia della Suprema Corte s'iscrive nell'alveo delle recenti e importanti vicende legislative e giudiziarie che hanno modificato profondamente, sebbene in modo non del tutto organico, la materia degli stupefacenti¹.

Si tratta, in primo luogo, della pronuncia di illegittimità costituzionale avente ad oggetto i mutamenti apportati 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 “Finì-Giovanardi”).

In secondo luogo, della trasformazione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità (art. 73, co. 5, t.u. stup.) in ipotesi autonoma di reato (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146).

¹ GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento al volume n. 9/2014*, 5 ss.; PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 9 ss.; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 49 ss.; VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio in tema di stupefacenti*, Torino, 2014, 3 ss.

Infine, del d.l. n. 36 del 2014 (conv. con modificazioni dalla l. 16 maggio 2014, n. 79) emanato per ovviare ai problemi che si sono nel frattempo posti in tema di sostanze stupefacenti; provvedimento legislativo oggetto più in particolare della decisione in commento.

In merito al primo episodio, va ricordato che tramite le innovazioni della legge “Fini-Giovanardi”, il legislatore aveva assoggettato alla medesima risposta sanzionatoria le figure criminose concernenti le “droghe leggere” e quelle riguardanti le “droghe pesanti”. Trattamento sanzionatorio che, viceversa, il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990 aveva delineato in modo largamente diversificato, mediante la previsione di una cornice edittale di maggiore o minore severità in relazione alla specifica natura della sostanza stupefacente presa in considerazione.

La questione di legittimità, come è noto, è stata 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 (d.l. n. 272 del 2005) e quelle introdotte dalla legge di conversione (legge n. 49 del 2006). La Corte ha osservato, infatti, che nel caso sottoposto al suo vaglio sono presenti plurimi indici che rendono manifesta l’assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto legge. Le disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, denotano appunto la loro evidente estraneità rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto legge in cui sono state inserite².

A seguito della decisione della Corte costituzionale n. 32 del 2014, le norme contenute nella legge “Fini-Giovanardi”, che equiparavano in pratica le sostanze stupefacenti leggere a quelle pesanti – oggetto della declaratoria d’incostituzionalità per violazione dell’art. 77, co. 2, Cost. –, hanno cessato la loro efficacia, e non sono più applicabili dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia (art. 136 Cost.; art. 30 legge n. 87 del 1953)³.

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

³ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 381 ss.; Malfatti, Panizza, Rombo, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 137 ss.

E ciò vale anche per i procedimenti penali iniziati quando le norme in questione ancora non erano state riconosciute invalide dal Giudice delle leggi. La disapplicazione nei processi delle norme dichiarate incostituzionali, attenendo a situazioni anteriori alla decisione della Corte, permette di postulare una sorta di retroattività degli effetti della pronuncia d'incostituzionalità⁴.

Si tratta qui di un'invalidità originaria delle norme oggetto della declaratoria di incostituzionalità: norme che la pronuncia della Corte costituzionale ha fatto venir meno *ex tunc* - con efficacia retroattiva, quindi - come se le norme annullate non fossero mai venute alla luce⁵. "Ripristinando" oltretutto in tale ambito la previgente disciplina con la relativa distinzione giuridica e di pena tra droghe "pesanti" e droghe "leggere"; distinzione che la legge "Finì-Giovanardi" aveva invece soppresso, parificando a fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste nelle diverse tabelle.

Passiamo ora brevemente all'analisi dell'altra recente vicenda che ha inciso sul sistema degli stupefacenti: la modifica legislativa dell'art. 73, co. 5, t.u. stup. con la nuova incriminazione del fatto di lieve entità.

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

La fattispecie prevista dal comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge, costituisce ormai un'autonoma ipotesi di reato e non più una circostanza attenuante ad effetto speciale; e pertanto non sono più applicabili nei suoi confronti i criteri di bilanciamento delle circostanze previsti dal co. 4 dell'art. 69 c.p.⁶

Nonostante la trasformazione da circostanza attenuate in ipotesi autonoma di reato, i caratteri costitutivi del fatto di lieve entità sono nondimeno rimasti gli stessi. Esso è configurabile nelle ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri pa-

⁴ G. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 348 ss.

⁵ GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, 306 ss.; CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 240 ss.; RUGGERI - SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 151 ss.

⁶ Così Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2014, Verderamo, in *questa Rivista* online, con nota di GAMBARDIELLA; Id., Sez. VI, 15 ottobre 2013, Dhiab Ayari, in *Mass. Uff.*, n. 257767; in senso analogo Id., Sez. IV, 11 febbraio 2014, Sotgiu, *ivi*, n. 258189; Id., Sez. VI, 16 gennaio 2014, Skiri Mourad, *ivi*, n. 258773.

rametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione)⁷.

Successivamente il legislatore ha modificato il trattamento sanzionatorio del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup., in sede di conversione del d.l. n. 36 del 2014 (l. n. 79 del 2014), mitigandolo (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da 1.032 a 10.329 euro). Si è ritornati alla medesima cornice edittale per i fatti di lieve entità relativi alle droghe "leggere" prevista dalla legge Iervolino-Vassalli, estendendola anche alle droghe "pesanti" per le quali il testo unico in origine stabiliva la pena da uno a sei anni di reclusione. Il nuovo limite massimo di pena (quattro anni) per i fatti di cui al co. 5 consente ancora l'arresto in flagranza (art. 381, co. 1, c.p.p.) e il conseguente giudizio direttissimo, ma preclude la misura cautelare della custodia in carcere. Sussiste inoltre la possibilità di chiedere la "sospensione del processo con messa alla prova" ai sensi degli artt. 168-*bis* e ss. c.p.⁸.

Va comunque segnalato che la nuova incriminazione per i fatti di lieve entità, accorpando sotto un'unica cornice edittale le condotte concernenti sia le droghe "leggere" che quelle "pesanti", non sembra "coerente" con l'attuale sistema penale degli stupefacenti, che distingue quanto al trattamento sanzionatorio tra tipologie di sostanze stupefacenti; e su tale distinzione differenzia nettamente il trattamento sanzionatorio delle condotte criminose previste nei commi precedenti al quinto⁹.

3. Il d.l. n. 36 del 2014 e il ripristino delle tabelle caducate

E veniamo infine al terzo fattore di innovazione del sistema penale degli stupefacenti, che consiste nel ripristino delle tabelle caducate (d.l. n. 36 del 2014) ed è preso in esame della sentenza in annotazione¹⁰.

⁷ Cfr. Id., Sez. VI, 28 gennaio 2014, Bassetti, in *Mass. Uff.*, n. 259352; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2014, Bushi, *ivi*, n. 259353.

⁸ Cfr. 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*, 1 ss.; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79, ivi*, 3, la quale nota come l'impossibilità di ricorrere alla custodia cautelare in carcere, potrebbe avere quale effetto collaterale la qualificazione del fatto ai sensi del co. 1 piuttosto che del co. 5 dell'art. 73 t.u. stup.

⁹ 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. e dunque invalido costituzionalmente, 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.; GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 17 ss.

¹⁰ Sulla caducazione del sistema tabellare, cfr. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 24 ss.; GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 30 ss.; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 82 ss.; VIGLIONE, *Le modifiche al sistema*

Ora, gli artt. 13 e 14 t.u. stup. nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, che legittimavano il sistema unificato delle sostanze stupefacenti¹¹, sono stati demoliti a seguito della citata sentenza n. 32 del 2014, facendo rivivere così la precedente disciplina della legge “Iervolino-Vassalli”.

Da una parte sono venute meno le disposizioni che raggruppavano in due tabelle le sostanze stupefacenti (nella prima tabella tutte le droghe, sia quelle “pesanti” sia quelle “leggere”; nella seconda i medicinali), con l’ulteriore caducazione consequenziale delle tabelle contenenti l’elenco delle sostanze stupefacenti allegate a tali disposizioni invalidate dalla Corte e dei successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle stesse¹². Dall’altra parte, e di conseguenza, si sono ripristinate le disposizioni e le sei tabelle previste dal previgente testo del d.P.R. n. 309 del 1990.

L’annullamento da parte della Corte costituzionale *ex sent.* n. 32 del 2014 delle disposizioni della legge “Fini-Giovanardi” concernenti le tabelle (criteri di formazione delle tabelle ed elenco delle sostanze ivi contenute aggiornato periodicamente con decreto ministeriale) ha determinato, pertanto, la reviviscenza delle tabelle che operavano sotto la vigenza della legge “Iervolino-Vassalli”; nel breve lasso temporale delimitato però dall’entrata in vigore del d.l. n. 36 del 2014 (il 21 marzo 2014). Quest’ultimo provvedimento ha riproposto le tabelle della disciplina dichiarata invalida con le relative inedite sostanze stupefacenti che negli anni erano state immesse per mezzo di decreti ministeriali, senza tuttavia rappresentare l’assetto a suo tempo determinato dalla legge “Fini-Giovanardi”.

In particolare, il sistema è adesso stato articolato su quattro tabelle (più una quinta relativa ai medicinali) in cui sono state ridistribuite le sostanze che, sulla base della legge n. 49 del 2006, erano raggruppate nelle due tabelle soppresse dalla pronuncia costituzionale, in modo che per ciascuna sostanza venga fatto salvo il regime sanzionatorio di cui alle disposizioni originarie del testo unico ripristinate dalla sentenza della Corte n. 32 del 2014.

sanzionatorio, cit., 43 ss.

¹¹ In proposito, cfr. TROMBETTI, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, IV, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2010, 555 ss.; RUGA RIVA, *Stupefacenti e doping*, in *Diritto penale, parte speciale*, a cura di Pulitanò, I, Torino, 2014, 169 ss.

¹² In senso difforme, secondo un orientamento di merito (Procura della Repubblica di Lanciano), menzionato nell’ordinanza di rimessione, vi sarebbe spazio per far salva comunque la classificazione delle nuove sostanze, avvenuta attraverso decreti approvati durante la vigenza della legge “Fini-Giovanardi”, giacché i decreti ministeriali di aggiornamento non presupporrebbero necessariamente la vigenza delle norme dichiarate incostituzionali (artt. 4-bis e 4-vicies *ter*). Ciò, in quanto, la parziale modifica del procedimento, quale quella introdotta dalla legge “Fini-Giovanardi”, non dovrebbe considerarsi idonea a far perdere validità ai decreti stessi, anche in considerazione della coincidenza dei criteri di classificazione delle sostanze tra la disciplina censurata e quella che ha ripreso vigore.

In pratica, per ovviare alla situazione di incertezza determinatasi, il Governo nel C.d.m. 14 marzo 2014 ha approvato un decreto legge (20 marzo 2014, n. 36), il quale ha reintrodotto le tabelle venute meno a seguito della sentenza della Consulta, aggiornandole con l'inserimento di circa cinquecento nuove sostanze stupefacenti (per la maggior parte "droghe sintetiche"), che dal 2006 ad oggi erano state via via aggiunte nelle tabelle attraverso decreti ministeriali (in virtù di ventidue provvedimenti di aggiornamento).

La reintroduzione delle tabelle cadutate dalla sentenza della Corte costituzionale, contenenti le nuove sostanze stupefacenti che dal 2006 erano state immesse negli elenchi ministeriali (attraverso la previsione di quattro tabelle, in cui sono state inserite al loro interno tutte le sostanze raggruppate nella tabella I della legge "Fini-Giovanardi"), ha come esplicita funzione, evidenziata nel preambolo del decreto legge, di «assicurare la continuità della sottoposizione al controllo del Ministero della salute delle predette sostanze e il rispetto delle convenzioni internazionali in base alle quali sono state aggiornate le relative tabelle».

Nel preambolo del decreto legge viene indicata inoltre la "straordinaria necessità e urgenza" di ripristinare, a tutela della salute pubblica e dell'esigenza di certezza giuridica, la disciplina normativa vigente; garantendo la continuità degli effetti dei provvedimenti amministrativi spazzati via dalla citata sentenza n. 32 della Corte costituzionale.

A tal fine – e cioè di assicurare l'efficacia degli atti amministrativi già adottati – l'art. 2 nella versione del 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 del citato art. 2 è indiscutibilmente quella di porre una disciplina transitoria, che consenta di evitare una frattura tra "il prima e il dopo" la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 circa gli effetti degli atti amministrativi adottati ai sensi del t.u. stup. 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 t.u. stup., e assicurare così la “continuità” della loro rilevanza dal 2006 ad oggi¹³.

4. La tesi della parziale *abolitio criminis*

In dottrina, si è fornita però una risposta fortemente negativa sulla eventualità che il legislatore possa raggiungere l'obiettivo di assicurare l'efficacia dei provvedimenti ministeriali, che hanno implementato l'elenco delle sostanze stupefacenti, attraverso il d.l. n. 36 del 2014.

Si è affermato, infatti, che in virtù della pronuncia della Corte, dovranno considerarsi come non validamente abrogate dalla “Fini-Giovanardi” le tabelle ministeriali precedenti al 2006, alle quali dovrà pertanto continuare a farsi riferimento per l'intero periodo dal 2006 al 21 marzo 2014, data di entrata in vigore del citato decreto legge. Né potranno considerarsi validi i successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle tabelle emanati sulla base dell'art. 13 t.u. stup., nella formulazione modificata dalla “Fini-Giovanardi”¹⁴.

Orbene, si è aggiunto che «l'avvenuto reinserimento nelle tabelle, per effetto del presente decreto legge, delle nuove sostanze già (invalidamente) introdotte nelle tabelle della “Fini-Giovanardi” ad opera della stessa legge 49 del 2006 o dai decreti ministeriali successivi varrà allora ad assicurare “per il futuro” la rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto tali sostanze; ma certo non potrà produrre effetto “retroattivo” rispetto alle condotte compiute sino al 21 marzo 2014, a ciò ostando il principio costituzionale di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, 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 in radice la rilevanza penale»¹⁵.

Nel solco di tale impostazione, si è inoltre sostenuto che la nuova inclusione nelle tabelle ad opera del d.l. n. 36 del 2014 di sostanze che erano state eli-

¹³ La scelta di assicurare la perdurante efficacia agli atti amministrativi venuti meno in virtù della sentenza della Corte costituzionale, che ha caducato numerose disposizioni introdotte dalla legge “Fini-Giovanardi”, trova la sua ragione anche nel cercare di ovviare ai numerosi provvedimenti amministrativi adottati in forza proprio delle disposizioni demolite; provvedimenti concernenti, ad esempio: le autorizzazioni alla produzione o alla fabbricazione delle sostanze stupefacenti, l'approvazione dei ricettari per prescrivere medicinali con effetti stupefacenti, la registrazione informatica e il trasporto di tali medicinali, etc. (cfr. la *Relazione dell'ufficio del Massimario*, settore penale, della Corte di cassazione, sulla l. 16 maggio 2014, n. 79, a cura di PAZIENZA).

¹⁴ Cfr. 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, 2 ss.

¹⁵ Così VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari*, cit., 2 ss.; in senso analogo DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 84; VIGLIONE, *Le modifiche al sistema sanzionatorio*, cit., 46.

minate a seguito della caducazione del sistema tabellare della legge “Finì-Giovanardi”, non vale a “sanare” retroattivamente l’ormai intervenuta *abolitio criminis*. L’eliminazione, infatti, di una sostanza dalle tabelle richiamate dall’art. 73 t.u. stup. (in quanto sostanza non inclusa nelle tabelle della legge “Iervolino-Vassalli” “reintrodotte” a seguito delle sentenza di incostituzionalità), comporta la modifica della fattispecie astratta di reato, con l’eliminazione di un suo possibile oggetto, in quanto l’elencazione delle sostanze contenute nelle tabelle concorre alla descrizione del fatto di reato ed ha quindi una funzione integratrice del precetto¹⁶.

La caducazione della normativa tabellare, integrativa della fattispecie “in bianco” ex art. 73 cit., si ripercuote perciò con effetti parzialmente abolitivi sui reati ivi previsti. Né gli effetti *de quibus* possono dirsi neutralizzati dal tempestivo recupero delle nuove droghe nel sistema tabellare (introdotte dal d.l. n. 36 del 2014), la cui retroattività appare evidentemente preclusa dall’art. 25, co. 2, Cost.¹⁷.

E tale ricostruzione si è consolidata in dottrina sulla scorta della modifica avvenuta in sede di conversione del decreto legge n. 36. La legge di conversione n. 79 ha sostituito nell’art. 2 cit. la parola “continuano” con quella “riprendono”. Si è così scritto che la sostituzione serve «a fugare in radice il dubbio che il legislatore intendesse introdurre una disciplina con efficacia retroattiva, volta ad evitare l’effetto di frattura della continuità normativa prodottasi nella rilevanza penale delle sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle dalla stessa legge n. 49/2006»¹⁸.

Da notare che la legge di conversione ha aggiunto pure un nuovo comma 1-bis all’art. 2, secondo cui nei decreti applicativi del testo unico sugli stupefacenti, adottati dalla data di entrata in vigore della legge n. 49 del 2006 fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ogni richiamo alla tabella II è da intendersi riferito alla tabella dei medicinali di cui all’allegato A del decreto legge n. 36 del 2014.

Occorre, tuttavia, subito osservare che l’idea secondo cui il legislatore abbia appositamente posto il menzionato art. 2 d.l. n. 36 a garanzia della persistenza dell’efficacia degli atti amministrativi adottati sino alla sentenza della Corte costituzionale, sembra compatibile pure con il cambiamento di verbo in sede

¹⁶ PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 37 ss.

¹⁷ Così LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale*, cit., 1904 ss.

¹⁸ VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti*, cit., 5 ss.; in senso dubitativo, v. L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 ss.

di conversione: il passaggio, cioè, da “continuano” a “riprendono” a produrre effetti i previgenti provvedimenti dell’amministrazione.

Ora, all’enunciato legislativo non pare assegnabile il significato più immediato, secondo cui riprendono vigore solo “per il futuro” gli atti amministrativi che hanno introdotto le nuove sostanze stupefacenti a partire dal 2006. E ciò perché è stato proprio il legislatore che con lo stesso decreto legge n. 36 del 2014 ha immesso nelle nuove tabelle allegate le circa cinquecento nuove droghe che erano state spazzate via dalla sentenza della Corte costituzionale.

In altre parole, un’interpretazione che postulasse la ripresa dell’efficacia degli atti amministrativi i quali hanno inserito dal 2006 al 12 febbraio 2014 le nuove droghe non avrebbe senso, perché il legislatore con il decreto legge n. 36 ha autonomamente e “per il futuro” inserito quelle sostanze cancellate dalla decisione del Giudice delle leggi.

E coerentemente la dottrina prima citata è “costretta” invero a ritenere “superflua” la disposizione transitoria dell’art. 2, in quanto a partire dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 36 operano le nuove tabelle, e per i fatti precedenti alla vigenza del medesimo decreto legge si applicano le tabelle antecedenti al 2006¹⁹.

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 dalla 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.)²⁰.

Ebbene, “riprendono” o “continuano” a produrre effetti gli atti amministrativi: l’idea non cambia; si tratta di una disposizione transitoria che serve al legislatore per derogare alle norme o ai principi di diritto intertemporale, alla normale disciplina generale che sarebbe applicabile in base alle comuni regole o principio di diritto intertemporale, in deroga con quanto stabilito dalle generali prescrizioni che regolano, nel settore considerato, la materia inter-

¹⁹ 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, 6.

²⁰ Cfr. L. ROMANO, *La riforma della normativa*, cit., 15.

temporale. E nello specifico, deroga alla necessaria retroattività della modificazione favorevole del sistema penale²¹.

5. La nozione legale di sostanza stupefacente

Al fine di offrire un contributo alla soluzione delle complesse questioni di ordine intertemporale, sembra necessario muovere dal seguente consolidato dato: le sostanze stupefacenti raggruppate nelle tabelle – secondo il paradigma delle c.d. “norme penali in bianco” – contribuiscono a descrivere la condotta penalmente rilevante nei reati in materia di traffico e spaccio di stupefacenti.

Per quel che concerne il modello delle norme penali in bianco, siamo al cospetto di una classe di norme in cui il legislatore affida a un atto normativo, scaturente da una fonte secondaria, il completamento della norma incriminatrice.

Come è noto, si distingue in proposito tra l'ipotesi che si tratti di provvedimenti normativi “generali e astratti” ovvero di provvedimenti “individuali e concreti del potere esecutivo”²².

Nel nostro caso si configura l'ipotesi più semplice concettualmente dello schema di norme penali in bianco che rinviano, per integrare la fattispecie tipica cui è collegata la sanzione penale, a un “provvedimento amministrativo generale e astratto”. E pertanto si può senz'altro affermare che le disposizioni amministrative richiamate contribuiscono a delineare la fattispecie astratta della norma incriminatrice²³.

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.

²¹ GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 34 ss.

²² Sviluppano in modo approfondito la distinzione MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 99 ss.; v. altresì P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, 67 ss.; v. poi GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 264 ss.

²³ Cfr. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di Caputo, Fidelbo, Torino, 2012, 252 ss. In rapporto alla funzione integratrice dei regolamenti, cfr. M. 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.

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 condotta²⁴.

In tal senso nella prevalente giurisprudenza si è affermato che non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge, perché la nozione di sostanza stupefacente ha natura legale; nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegate al testo unico degli stupefacenti²⁵.

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 stupefacenti²⁶.

Tale impostazione è presente anche nella giurisprudenza di legittimità in materia di tutela sanitaria delle attività sportive. Si è infatti asserito che la natura dopante delle sostanze, la quale costituisce presupposto per l'integrazione dei reati previsti dall'art. 9 della l. 14 dicembre 2000, n. 376, può essere desunta anche da una serie di elementi di tipo oggettivo che consentono di includere le stesse all'interno delle classi previste dall'art. 2 della medesima legge, indipendentemente dalla acquisizione delle tabelle ministeriali recanti la classifi-

²⁴ G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2006, 37 ss.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. IV, 14 aprile 2011, Cardoni, in *Mass. Uff.*, n. 250693, secondo cui la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte subprimaria che integra la fattispecie penale, alla quale va applicato il principio di non retroattività. In senso conforme Id., Sez. IV, 18 aprile 2005, Hassan, *ivi*, n. 231561. Cfr. inoltre Id., Sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu, *ivi*, n. 249113, secondo cui la nozione di stupefacente ha natura legale, sicché sono assoggettate alla disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990 solo le sostanze specificamente indicate nelle tabelle previste dall'art. 14 di detto d.P.R.

²⁶ 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.

cazione dei farmaci e delle pratiche vietate, in quanto a queste deve assegnarsi carattere meramente ricognitivo. Ritenendosi nel caso di specie corretta l'affermazione di penale responsabilità per il reato di commercio di sostanze dopanti riguardo ad attività avente ad oggetto il testosterone e suoi derivati, in quanto sostanze notoriamente adoperate per le loro proprietà anabolizzanti²⁷. In particolare, poi, con riferimento alla nozione prettamente legale di sostanza stupefacente accolta nel nostro sistema e alla conseguente rilevanza penale delle sole condotte incluse nelle tabelle, si è posta la seguente peculiare questione.

Il problema è rappresentato dalla verifica dell'effettiva riconducibilità o meno della monoacetilmorfina tra le sostanze stupefacenti considerate dalla norma incriminatrice di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73.

Al quesito una parte della giurisprudenza ha fornito una risposta positiva.

Si è asserito, infatti, che se per un verso non v'è dubbio che la disposizione incriminatrice a fattispecie plurime disciplinata di cui all'art. 73 t.u. stup. presuppone che l'oggetto materiale del reato, nelle sue diverse forme di manifestazione, sia costituito da una delle sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle allegate alla legge richiamate dagli artt. 13 e 14 t.u. cit., poiché la nozione di sostanza stupefacente adottata dal legislatore nazionale ha carattere meramente "legale". Per altro verso, è altrettanto indubbio che, ai fini dell'inquadramento di una determinata sostanza dotata di effetti stupefacenti o psicotropi in una delle specie elencate nelle tabelle del testo unico, debba aversi riguardo all'effettiva nozione della sostanza "tabellata", nel rispetto dei generali criteri di catalogazione dettati dal d.P.R. n. 309 del 1990 (art. 14)²⁸.

Seppure il Ministero della salute non abbia formalmente inserito nella tabella 1 la monoacetilmorfina, inserendovi – oltre al prodotto vegetale primario rappresentato dall'oppio – la morfina e l'eroina (diacetilmorfina) ed altri derivati noti in farmacologia. Nondimeno ciò non significa che la monoacetilmorfina possa davvero valutarsi estranea alle categorie di sostanze stupefacenti "tabellate".

Si è osservato che, nei limiti di una classificazione tabellare pur ampia, non sarebbe stato possibile includere in tabella tutti i possibili ed innumerevoli derivati, per sintesi chimica o naturale ovvero integranti passaggi "intermedi" del processo di trasformazione, delle sostanze tabellate.

²⁷ Così Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, Ferraro, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1333, con commento critico di BONINI. In argomento, cfr. inoltre Sez. un., 29 novembre 2005, Cori, in *Mass. Uff.*, n. 232557.

²⁸ Cass., Sez. VI, 1 aprile 2011, Qotbi, cit.

Ebbene, la monoacetilmorfina, pur non essendo formalmente inserita nella tabella 1 allegata al d.P.R. n. 309 del 1990, è un diretto derivato della morfina, sostanza “tabellata”, che si ottiene nel procedimento di acetilazione che conduce alla formazione dell'eroina, sostanza anch'essa “tabellata”, la cui definizione chimica è non a caso quella di diacetilmorfina. In altri termini la monoacetilmorfina, rappresentando un “tappa intermedia” tra morfina ed eroina, è un prodotto della morfina, sostanza elencata nella tabella 1 del testo unico sugli stupefacenti. Ciò che vale ad attribuire, senza incorrere in alcuna ipotesi di analogia *in malam partem* e nel rispetto del principio di tassatività, rilievo penale alla sua detenzione per illeciti fini di vendita²⁹.

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 incriminatrice³⁰.

Occorre però mantenere separate le ipotesi in cui il ripериметramento è avvenuto ad opera di una modifica legislativa, da quelle in cui si è prodotto in virtù di una decisione ablativa della Consulta. Nel primo caso siamo in presenza di una vicenda parzialmente abolitiva dell'incriminazione, nel restante di una originaria irrilevanza penale della sottofattispecie astratta invalidata a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale.

Nel caso in esame riguardante la materia degli stupefacenti, non si è trattato di una vicenda parzialmente abrogativa, bensì dell'annullamento di una serie norme incriminatrici ricavabili dalle disposizioni caducate ex artt. 13 e 14 t.u. stupefacenti; cui è seguita la posteriore introduzione da parte del legislatore di nuove figure di reato dal medesimo contenuto.

La situazione è allora assoggettata alle garanzie stabilite, per un verso, dall'art. 136 Cost. e dall'art. 30 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*

²⁹ Cass., Sez. VI, 1 aprile 2011, Qotbi, cit. In senso conforme Id., Sez. III, 13 gennaio 2011, Figliolia, in *Mass. Uff.*, n. 249112.

In senso contrario, v. Id., Sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu e altri, *ivi*, n. 249113, secondo cui la nozione di stupefacente ha natura legale, sicché sono assoggettate alla disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990 solo le sostanze specificamente indicate nelle tabelle previste dall'art. 14 di detto d.P.R. Nel caso di specie la Corte, annullando con rinvio per diversità del fatto la sentenza della Corte d'appello che aveva ritenuto la responsabilità per il reato di tentativo di detenzione di eroina a fronte della contestata detenzione di monoacetilmorfina, ha affermato non essere tale ultima sostanza inclusa nelle tabelle suddette.

³⁰ 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 astratta³¹.

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 l. n. 79 del 2014) non possa fare salvi i fatti di reato concernenti le sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle ripristinate (in relazione alle specifiche sostanze introdotte sulla scorta delle nuove acquisizioni scientifiche a partire dal 2006), le conseguenze giuridiche dovrebbero essere le seguenti.

Per le sentenze passate in giudicato, la disciplina applicabile dovrebbe essere quella dell'art. 673 c.p.p. in tema di revoca della sentenza definitiva di condanna in fase esecutiva: non 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"³². 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.)³³.

6. La deroga alla retroattività *in mitius*

L'assetto appena tratteggiato non sembra, tuttavia, l'unica ricostruzione prospettabile in coerenza con la catena di eventi normativi che si sono prodotti negli ultimi tempi in materia di stupefacenti.

A ben vedere, l'art. 2 d.l. n. 36 cit. (anche nella formulazione adottata dalla legge di conversione che ha sostituito il verbo "continuano" con quello "riprendono") ha in sostanza cercato di introdurre una "deroga" alla operatività

³¹ Per una puntuale valorizzazione della distinzione tra i due fenomeni della abrogazione e della invalidità costituzionale delle norme, cfr. ora Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto in *questa Rivista* online.

³² Espressamente in tal senso, cfr. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 37.

³³ Cfr. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale*, cit., 1905; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 84.

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 incriminazioni.

L’ordinamento italiano – oltre alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice – prevede, come noto, una serie di ipotesi disciplinate positivamente in cui si determina l’introduzione di una *lex mitior* in senso stretto in ambito penalistico. Per esempio: la mancata conversione di un decreto legge contenente una incriminazione (art. 77 Cost.); l’abolizione di una incriminazione (o di una porzione di essa) (art. 2, co. 2, c.p.); 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); la dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante; la disciplina sanzionatoria (in senso ampio) più favorevole (art. 2, co. 3 e 4, c.p.) (ivi compresa la c.d. legge intermedia favorevole)³⁴.

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 risolto³⁵.

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 –

³⁴ Cfr., in proposito, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., cap. II.

³⁵ G. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 351 ss.

appunto il co. 4 dell'art. 30 cit. – estende l'incidenza retroattiva delle sentenze di incostituzionalità sulle pronunce di condanna irrevocabili³⁶.

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 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 del decreto legge n. 32 del 2014 di “grave incertezza giuridica”, al principio di retroattività della *lex mitior*: mutamento favorevole retrospettivo verificatosi qui a seguito di una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia penale, decisione relativa alla caducazione di uno o più elementi integrativi della fattispecie legale.

Si tratterebbe, pertanto, di ammettere l'eventualità di una “eccezione legislativa” alla retroazione degli effetti della sentenza di accoglimento del Giudice delle leggi (art. 136 Cost. e art. 30 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 n. 87 del 1953 e nell'art. 673 c.p.p.³⁷. E rinviene poi la sua *ratio* nel fatto di ritenere intollerabile di mantener ferma una condanna di chi, alla stregua dei principi costituzionali, non avrebbe dovuto essere condannato³⁸; ovvero non avrebbe dovuto ricevere un trattamento sanzionatorio così afflittivo, secondo quanto ormai affermatosi con le Sezioni unite “Ercolano” e “Gatto” (se dopo una sentenza di condanna irrevocabile, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma penale “non incriminatrice”, che ha operato in senso favorevole sul trattamento

³⁶ G. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 353 ss.; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 153 ss.

³⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 353; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 770 ss.

³⁸ Cfr., in tal senso, CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 248 ss.; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 153 ss.

sanzionatorio inflitto al condannato, si deve incidere sul giudicato e sostituire la sanzione irrogata)³⁹.

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 settembre 2009⁴⁰, 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 costituzionale⁴¹, elevando di conseguenza il principio di retroattività della *lex mitior* a diritto fondamentale della persona⁴². 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)⁴³. 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.

³⁹ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258649-651; Id., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (n. 10249/03), in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss., con nota di ICHINO. In argomento, cfr. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza"*, Roma, 2012, 69 ss.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 59 ss.

⁴¹ Cfr. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 158 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., n. 210 del 2013, cit.

⁴² 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 *Comm. Breve C.e.d.u. Bartole, De Sena, V. Zagrebelsky*, Padova, 2012, 284 ss.

⁴³ Cfr. Corte cost., n. 236 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3021 ss., con commento critico di PINELLI; Corte cost., n. 230 del 2012, *ivi*, 2012, 3440 ss., con commenti di MAZZA e MANES.

E siffatte previsioni derogatorie se fondate su una ragionevole ponderazione degli interessi e valori in gioco, come nel nostro caso, dovrebbero passare indenni anche al vaglio del giudice ultimo dei diritti fondamentali: ossia la Corte di Strasburgo, che non dovrebbe quindi individuare nella “deroga” un *vulnus* al principio della necessaria retroattività della *lex mitior* di cui all’art. 7 § 1 della Convenzione.

MARCO GAMBARDILLA