

Corte Cost. 32 del 2014: riflessi su processo e giudicato e coordinamento con i fatti di lieve entità

di Filippo Lombardi

Nota a CORTE COSTITUZIONALE, 25 FEBBRAIO 2014, N. 32

SILVESTRI *Presidente* – CARTABIA *Relatore*

Sommario: *Premessa - 1. La questione giuridica e la declaratoria di incostituzionalità. - 2. Gli effetti della sentenza sui fatti di non lieve entità. - 2.1. Gli effetti sfavorevoli. - 2.2. Gli effetti favorevoli - 2.2.1. Gli effetti favorevoli nel caso di processo in corso. - 2.2.2. Gli effetti favorevoli nel caso di sentenza passata in giudicato. - 3. Il contenuto dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite. - 4. In sintesi. - 5. Brevi osservazioni sull'art. 73 co. 5 dpr 309/1990 (Fatti di lieve entità).*

Premessa

Il presente articolo affronta solo uno “spicchio” delle questioni problematiche con cui l'interprete dovrà confrontarsi a seguito della sentenza n. 32/2014 della Consulta in materia di stupefacenti: i rapporti tra la declaratoria di incostituzionalità e i processi, in corso o cristallizzati in cosa giudicata, terminando con rapide osservazioni sul coordinamento tra la pronunzia in esame e l'art. 73 co. 5 dpr 309/90.

Si rinvia, pertanto, rispetto a quanto omesso, alle autorevoli voci dottrinali e giurisprudenziali che *medio tempore* si sono occupati della tematica, ed in particolar modo alla recente Relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di Cassazione n. 20/2014, che fornisce all'operatore giuridico preziose informazioni in un periodo in cui significativi (quanto problematici) sono gli effetti della succitata pronunzia del Giudice delle Leggi.

1. La questione giuridica e la declaratoria di incostituzionalità.

Con la sentenza del 12 febbraio 2014, n. 32, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 bis e 4 vicies ter del d.l. 272/2005, aggiunti dalla legge di conversione 49/2006.

Tali articoli sono stati censurati dal Giudice delle Leggi perché in conflitto con l'art. 77 co. 2 Cost., il quale *“istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge [...] e legge di conversione”*, sicché quest'ultima *“rappresenta una legge «funzionalizzata e specializzata» che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, anche nel caso di provvedimenti governativi ab origine eterogenei [...], ma ammette soltanto disposizioni che siano coerenti con quelle originarie o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico”*¹.

La “causa petendi” che aveva animato la rimessione alla Consulta, effettuata dalla Terza Sezione Penale della Corte di Legittimità (*ordinanza 11 giugno 2013, n. 227*), era stata l'assoluta incongruenza della modifica - che ha riguardato la materia degli stupefacenti - rispetto all'oggetto del decreto legge, che al contrario riguardava la sicurezza e i finanziamenti per le Olimpiadi invernali.

Il decreto legge così modificato e convertito dalla L. 49/2006 ha inciso, sino alla declaratoria di incostituzionalità delle norme censurate, sul Testo Unico Stupefacenti (dpr 309/1990), in particolar modo sull'art. 73.

Mentre la formulazione previgente dell'articolo testé citato (Legge “Jervolino - Vassalli”) prevedeva la bipartizione del trattamento sanzionatorio a seconda che il reato avesse riguardato una c.d. droga “leggera” (reclusione da anni 2 ad anni 6 e multa da lire 10 milioni a lire 150 milioni) o una c.d. droga “pesante” (reclusione da anni 8 ad anni 20 e multa da lire 50 milioni a lire 500 milioni), il nuovo testo inaugurato dalla Novella 2006 (L. “Fini - Giovanardi”) non discrimina(va) più tra droghe leggere e droghe pesanti, sanzionando ogni fatto illecito di cui all'art. 73 cit. con la reclusione da anni 6 ad anni 20, e con la multa da euro 26.000 ad euro 260.000.

Tale è stato il panorama normativo sino alla pronunzia della Consulta 32/14, la quale ha dunque dichiarato l'incostituzionalità delle norme censurate dalla

¹ C. Cost. 12 febbraio 2014 (dep. 25 febbraio 2014) n. 32, pubblicata in G.U. il 5 marzo 2014, § 1, *“Considerato in diritto”*.

Cassazione, e, conseguentemente “falcidiato” anche le modificazioni che esse hanno apportato al T.U. STUP.

Ciò comporta il ritorno alla vigenza della risalente normativa (Legge “Jervolino - Vassalli”), e la necessità, in punto di commisurazione della pena, di tenere in considerazione la citata bipartizione sanzionatoria tra droghe leggere e droghe pesanti.

Infatti, “*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*”².

Si vuole sin da subito sgombrare il campo da un possibile equivoco: non vi è incostituzionalità (in sé) della equiparazione tra droghe leggere e droghe pesanti, bensì incostituzionalità “della procedura” con cui si è arrivati a instaurare tale unificazione sanzionatoria.

Ciò vuol dire che il Legislatore ben potrà successivamente apportare una modifica alla reviviscente L. “Jervolino - Vassalli”, eliminando le distinzioni tra droghe, in punto di pena irrogabile, senza che ciò debba o possa apparire come un surrettizio aggiramento del *dictum* della Consulta.

2. Gli effetti della sentenza sui fatti di non lieve entità.

Dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Consulta, e dunque per i nuovi fatti illeciti che dovessero compiersi, le condotte di cui all’art. 73 dpr 309/90 verranno punite con le nuove (*rectius*: vecchie ma ripristinate) norme della “Jervolino - Vassalli”. *Et de hoc satis*.

Le problematiche si riferiscono invece ai fatti pregressi, cioè quelli compiuti sotto la vigenza della Legge del 2006 (“Fini - Giovanardi”) e precedenti il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza n. 32 cit.

Detta pronuncia comporta effetti favorevoli e sfavorevoli, dunque è necessaria una schematizzazione che tengo conto non solo del tipo di effetti, ma anche della

² Così, M. GAMBARDELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, in *Arch. Pen.*, 1/2014, cit., 6.; cfr. A. NATALE, *La Consulta boccia la legge Fini - Giovanardi*, in *Magistratura Democratica* (www.magistraturademocratica.it), § 4.1., pag. 8.

ulteriore bipartizione tra fatti per cui non sia intervenuto il giudicato, e fatti coperti da sentenza definitiva.

2.1. Gli effetti sfavorevoli.

Il soggetto che ha compiuto un fatto inerente ad una droga “pesante”, sotto la vigenza della L. “Fini - Giovanardi”, dovrebbe in astratto subire il passaggio da una sanzione consistente nella reclusione 6 - 20 anni e nella multa di euro 26.000 - 260.000 ad una sanzione consistente nella reclusione 8 - 20 anni e nella multa di lire 50 mln - 500 mln.

Si nota come la sentenza del Giudice delle Leggi possa comportare in questo caso un effetto sfavorevole per l'agente, in quanto questi potrebbe essere punito con una pena detentiva superiore rispetto a quella prevista dalla normativa espunta.

Il caso ricorre quando il giudice ritenga che al reo vada ascritta una responsabilità “minima”, di talché, mentre il trattamento sanzionatorio ex L. “Fini-Giovanardi” renderebbe possibile la condanna a pena detentiva di 6 anni, quello scaturente dalla L. “Jervolino-Vassalli” produrrebbe l'irrogazione di una pena detentiva di 8 anni.

Ed allora, nei casi di responsabilità penale “minima”, si verifica il fenomeno della declaratoria di incostituzionalità *in malam partem*.

Come è noto, le c.d. sentenze *in malam partem* pronunciate dalla Consulta non potranno avere effetti nei confronti del soggetto che abbia commesso il fatto sotto la vigenza della norma più mite, in quanto, pur essendo destinate tali sentenze ad avere effetto retroattivo, non possono in alcun modo incriminare o “aggravare” una incriminazione già esistente nei confronti del soggetto che si sia determinato a compiere il fatto sulla base di (potrebbe dirsi: facendo affidamento su) una normativa che permetteva o reprimeva in maniera più blanda tale comportamento. Ciò a pena di violazione del principio di legalità, sub specie di irretroattività della norma penale (più grave)³.

L'indebita retroattività si manifesta in ciò, che in un primo momento al soggetto si applica la normativa meno grave vigente all'epoca del fatto; in una seconda fase

³ Infatti, quando l'art. 25 co. 2 Cost. dispone che “Nessuno può essere punito...”, intende implicitamente anche far riferimento a “Nessuno può essere punito *più severamente...*”.

tale normativa è espunta dalla Corte Costituzionale, rendendo operativa una disciplina più grave, a partire da un momento certamente successivo a quello della commissione del fatto, e dunque in maniera retroattiva in violazione dell'art. 25 co. 2 c.p. e del principio pattizio ex art. 7 CEDU⁴.

In sintesi, chi - durante la vigenza della L. "Fini - Giovanardi" - ha commesso un fatto relativo ad una sostanza stupefacente etichettabile come "droga pesante", potrà comunque vedersi applicata tale legge, pur caduta sotto la "scure" della Consulta, laddove in concreto più favorevole⁵.

Ciò vale sia nel caso di processo ancora in corso, sia (a maggior ragione) nel caso in cui il fatto commesso sia coperto dal giudicato.

2.2. Gli effetti favorevoli.

La pronuncia in analisi produce invece effetti favorevoli nei confronti di chi - sempre sotto la vigenza della L. "Fini - Giovanardi" ma prima del giorno successivo alla pubblicazione del *dictum* della Consulta - ha commesso un fatto avente per oggetto materiale una sostanza drogante c.d. "leggera", in quanto in questa ipotesi il passaggio è certamente da una pena più aspra ad una più mite (da 8-20 anni a 2-6 anni di reclusione).

Giova a questo punto suddividere la trattazione a seconda che il processo sia ancora in corso o sia stato definito con sentenza irrevocabile.

2.2.1. Gli effetti favorevoli nel caso di processo in corso.

Anche in questo caso, "fattualmente" (non normativamente) si verifica una situazione molto simile alla modifica legislativa, disciplinata dall'art. 2 co. 4 c.p.,

⁴ In senso conforme all'operatività degli artt. 25 co. 2 Cost. e 7 CEDU, piuttosto che dell'art. 2 co. 4 c.p., DELLA BELLA - VIGANO', *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 febbraio 2014; cfr. V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22.

⁵ Si veda A. NATALE, *La Consulta boccia la Fini - Giovanardi*, § 4.2., pag. 10. L'Autore risolve la questione dell'inapplicabilità della norma sfavorevole suggerendo il criterio proposto da F. MANTOVANI, e relativo alla distinzione tra fatti commessi durante la vigenza della norma più favorevole e fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma favorevole poi dichiarata incostituzionale, applicandosi solo ai primi la norma di *favor*.

nel senso che il processo, a far data dal giorno successivo a quello in cui la sentenza della Consulta è pubblicata, non sarà gestito più col ricorso alla normativa espunta ma con l'accesso alla diversa normativa previgente, che è normativa più favorevole per il reo.

All'imputato andrà dunque applicata la norma più mite, non in virtù del richiamato art. 2 c.p. (per il quale dovrebbe altrimenti ammettersi un'applicazione analogica, ma una cosa è l'intervento del Legislatore, un'altra cosa ben diversa è l'intervento della Consulta), quanto sulla base degli stessi artt. 136 C. - 30 co. 3 e 4 L. 87/1953: la normativa dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale, e torna attuale la normativa previgente, non comportando problemi di sorta, in quanto essa è certamente più favorevole.

In altri termini, le norme testé citate possono essere considerate sufficienti a consentire l'applicazione - nei confronti del reo - della disciplina più favorevole, senza che sia necessario altro addentellato normativo che ne conforti la rilevanza pratica: mentre nel caso della retroazione sfavorevole si riscontra l'esigenza di contrapporre agli artt. 136 C. e 30 L. 87/1953 un ostacolo normativo, quale può essere l'art. 25 Cost. o i principi di *accessibility and foreseeability* ex art. 7 CEDU, nel caso di retroazione *in mitius* "ci si arrende volentieri" alla imperatività delle prime due norme citate, che possono ben fungere da parametri normativi funzionali alla reviviscenza della L. "Jervolino - Vassalli".

2.2.2. Gli effetti favorevoli nel caso di sentenza passata in giudicato.

Il rapporto tra la sentenza *in bonam partem* della Consulta e il fatto passato in cosa giudicata comporta maggiori enigmi giuridici da risolvere, in quanto possono sussistere diverse tipologie di sentenza favorevole al reo, che possiamo bipartire in un caso non problematico e in vari casi di difficile soluzione.

In primo luogo, la Consulta potrebbe dichiarare incostituzionale una norma incriminatrice, nel senso che l'essere un fatto "reato" venga dichiarato incostituzionale. In questo caso, se per quel fatto il soggetto è stato condannato in via definitiva, può operare l'art. 673 c.p.p., con conseguente revoca della sentenza

di condanna da parte del giudice dell'esecuzione. Questo è il caso non problematico.

Le altre ipotesi, per le quali possiamo attualmente dire di non avere risposte univoche, sono le seguenti:

A) Dichiarazione di incostituzionalità della sola sanzione, fatto salvo il precetto (è il caso che ci riguarda, in cui le condotte continuano a costituire illecito penale, ma è “modificato” il quadro sanzionatorio).

B) Dichiarazione di incostituzionalità di circostanza aggravante (es. l'aggravante di clandestinità, *Corte Costituzionale, sent. 249/2010*).

C) Dichiarazione di incostituzionalità di altre norme non incriminatrici (al di fuori delle ipotesi che precedono), comunque influenti sul trattamento sanzionatorio (es. l'art. 69 c.p., *Corte Costituzionale, sent. 251/2012*).

Le ipotesi citate sono sussumibili nella locuzione “*dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice*”, ed hanno smosso gli intelletti della dottrina e della giurisprudenza attuale, che hanno tentato di fornire delle soluzioni al quesito circa gli effetti che tale dichiarazione è destinata ad avere rispetto al fatto passato in giudicato, ma commesso sotto la vigenza della norma censurata.

Tre sono le tesi formulate per risolvere l'impasse.

Secondo una prima impostazione (*Tribunale Milano, sez. XI, 26 gennaio 2011*), si può regolarmente adire il giudice dell'esecuzione ex art. 673 c.p.p., per chiedere la riformulazione della pena.

Tale tesi applica in via analogica (alcuni parlano di interpretazione “estensiva”) l'articolo citato, in quanto esso formalmente consente la revoca della sentenza solo nei casi di abrogazione di un reato (*abolitio criminis*) o di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice. In altri termini, l'art. 673 c.p.p. opera solo nei casi in cui un fatto incriminato venga reso lecito, dunque non nelle ipotesi in cui l'incriminazione continui a sussistere ma la sentenza della Consulta produca effetti favorevoli per il reo diversi dalla ‘depenalizzazione’.

Secondo altra tesi (minoritaria e sposata da una parte delle giurisprudenza di merito), i casi citati confluiscono nella tematica della “modifica normativa”, dovendo essere trattati col ricorso all'art. 2 co. 4 c.p., il quale non permette di

infrangere il giudicato, con la conseguenza che il condannato in via definitiva è destinato a scontare la pena a lui irrogata, senza benefici di sorta. Le critiche a tale opzione ermeneutica, oltre a prendere le mosse dall'estremo rigore che essa esprime, si appuntano soprattutto sulla differenza tra una modifica normativa per natura compiuta dal Legislatore ed una sentenza del Giudice delle Leggi, le quali non possono essere in alcun modo equiparate.

Una terza impostazione (*Cassazione Penale, sez. I, n. 977/2012*) consente di adire il giudice dell'esecuzione per ottenere un intervento sulla pena, non in virtù dell'art. 673 c.p.p., bensì ai sensi del combinato disposto degli artt. 136 C. e 30 co. 3 e 4 L. 87/1953, che esprimono la retroattività del principio statuito dalla sentenza della Corte Costituzionale, e consentono di bypassare il giudicato. Infatti, l'art. 30 cit. recita, nella sua parte finale: *“Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.”*

Allo stato attuale, quest'ultima ricostruzione appare encomiabile per il suo garantismo: un soggetto punito con una pena (anche parzialmente) ingiusta, laddove tale ingiustizia venga sostanzialmente stigmatizzata dalla Consulta, deve avere la possibilità di beneficiare di un trattamento sanzionatorio più favorevole, in omaggio ai principi costituzionali sulla retroattività delle sentenze ex art. 136 C. ed al principio di legalità ex art. 25 co. 2 C., e pena la violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

Il primo (art. 3 C.) sarebbe violato in quanto una ingiustificata discriminazione verrebbe effettuata tra chi, il giorno dopo la pubblicazione della sentenza della Corte, si trova “fortunatamente” ancora imputato, e chi, in tale istante, ha la sciagurata sorte di essere stato condannato in via definitiva.

Il secondo (art. 27 C.) sarebbe violato in quanto, proprio in virtù di tale disparità di trattamento, il condannato in via definitiva non attribuirebbe alcuna funzione rieducativa (quantomeno) alla porzione “in eccesso” della pena, non assoggettandosi al trattamento risocializzante.

Per la sua complessità, non a caso, la Corte di Cassazione (*Cass. pen., sez. I, ordinanza del 31 gennaio 2014, n. 4725*) ha rimesso alle Sezioni Unite la questione

“se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012) comporti la rideterminazione della pena, vincendo la preclusione del giudicato”.

3. Il contenuto dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (ord. 4725/2014).

Poiché il dilemma giuridico dinanzi esposto coinvolge la questione oggetto di questa trattazione, e cioè quella delle conseguenze della sentenza 32/14 della Consulta nei casi in cui il condannato in via definitiva sia astrattamente destinatario degli effetti favorevoli di detta pronunzia, si reputa utile indicare quanto esposto dalla Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, con l'ordinanza di rimessione segnalata.

La Corte di Legittimità si interroga sulla percorribilità del combinato disposto degli artt. 136 C. e 30 co. 3 e 4 L. 87/1953 per conferire il potere al giudice dell'esecuzione di revocare parte della pena divenuta costituzionalmente illegittima.

Si richiama la sentenza (già menzionata nel paragrafo precedente) *Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu* (cfr. Cass. 8720/2011; Cass. 40464/2012; Cass. 21982/2013), che rispondeva in maniera affermativa alla menzionata questione, sulla scorta dei seguenti assunti:

a) L'art. 673 c.p.p. non consente al giudice dell'esecuzione di intervenire sulla pena nei casi situati al di fuori dei margini letterali della norma, tra cui il caso in cui non sia intervenuta depenalizzazione o dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice.

b) L'art. 30 co. 3 e 4 L. 87/53 assume la funzione di “sostituirsi” all'art. 673 c.p.p. e permettere al giudice dell'esecuzione di operare nel senso citato. Ogni qualvolta la giurisprudenza abbia fatto riferimento alla sola applicabilità dell'art. 30 cit. alle norme “incriminatrici” non ha inteso restringere il campo alle norme che prevedono una incriminazione, ma solo escludere l'applicabilità della disposizione del '53 alle norme *processuali*, così contemplando nel campo attuativo dell'art. 30 cit. anche la norma penale *sostanziale* diversa da quella incriminatrice.

Dopo aver presentato la tesi possibilista, la Sezione rimettente sonda il terreno “negazionista”, facendo riferimento alla sentenza *Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2012, n. 27640, Hamrouni*, che esprime alcuni importanti principi, e cioè:

a) l’art. 30 L. 87/1953 fa riferimento solo alle norme incriminatrici, dove per “norma incriminatrice” si intende una norma che prevede una fattispecie di reato. Infatti, quando l’art. 30 cit. fa riferimento alla cessazione di “*tutti gli effetti*” penali della condanna deve per forza di cose intendere che ciò possa verificarsi solo nel caso di depenalizzazione e di incostituzionalità dell’incriminazione, e non anche nel caso in cui l’incriminazione rimanga salva e vi siano altre tipologie di effetti favorevoli per il reo, in quanto in tal caso non cesserebbero tutti gli effetti penali, ma solo alcuni (quelli inerenti alla porzione illegittima del trattamento sanzionatorio).

b) l’art. 30 co. 4 L. 87/1953 è stato implicitamente abrogato dall’art. 673 c.p.p., in quanto, posto che l’art. 673 cit. si occupa della revoca della sentenza di condanna, esso opera con la stessa funzione dell’art. 30 cit., cioè quella di far cessare tutti gli effetti penali della condanna. Perciò, l’art. 673 cit. si sovrappone all’art. 30 cit. nel raggio d’azione, derivandone l’abrogazione implicita del secondo, poiché il primo è cronologicamente più recente.

c) in conseguenza di quanto espresso sub b), poiché l’art. 673 c.p.p. è chiaro nel riferirsi solo al fenomeno della depenalizzazione *stricto sensu*, non residuano appigli normativi in grado di favorire una revoca parziale della pena irrogata.

d) l’operatività della sola norma processualpenalistica testé citata non infrange il principio ex art. 3 Cost., in quanto la *res iudicata* costituisce “*fondamento ragionevole del discrimen tra situazioni analoghe*”: ciò si evince dalla stessa disciplina di cui all’art. 2 cod. pen., la quale, nel caso di sopravvenuta modifica favorevole della norma, rende quest’ultima non in grado di aggredire il giudicato, salvo che nel caso ex co. 3, art. 2 cit.

A sostegno (par. 10.2 dell’ordinanza), la Corte richiama la sentenza della Consulta 26/1969, nella quale si legge che “*il puro e semplice richiamo dell’art. 3 Cost. non abilita a derogare al criterio generalissimo della intangibilità degli effetti derivati da rapporti esauriti*”.

e) il principio di retroattività *in mitius*, cristallizzato nell'art. 7 CEDU dalla nota sentenza “*Scoppola*” (Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009), trova, per la stessa giurisprudenza sovranazionale, un limite nel giudicato. Infatti, la Corte di Strasburgo esprime chiaramente nella citata pronuncia che la successiva norma penale più favorevole retroagisce nei confronti del reo solo nel caso in cui questi non sia stato condannato in via definitiva (il testo originale recita che l'art. 7 par. 1 CEDU “*guarantees not only the principle of non-retrospectiveness of more stringent criminal law but also, and implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law. That principle is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant*”⁶).

E' evidente che l'art. 2 c.p. attua nel sistema penale interno un maggior garantismo rispetto alla sentenza “*Scoppola*”, in quanto è prevista la retroattività “ai danni” del giudicato nel caso in cui la legge penale posteriore realizzi una *abolitio criminis*, ma è anche vero che la declaratoria di incostituzionalità *in bonam partem* di una norma diversa da quella incriminatrice comporta un fenomeno simile a quanto previsto (non ex art. 2 co. 2 c.p., bensì) ex art. 2 co. 4 c.p. (legge penale diversa che considera ancora il fatto reato), norma, quest'ultima, che, non potendo applicarsi ai casi di dichiarazione di illegittimità costituzionale, lascia spazio all'intervento dell'art. 7 CEDU nella riformulazione prodotta dalla Corte di Strasburgo, con conseguente salvezza del giudicato.

4. In sintesi.

La declaratoria di incostituzionalità, intervenuta con sentenza 32/2014 della Corte Costituzionale in materia di stupefacenti, produce la reviviscenza della Legge

⁶ “garantisce non solo il principio della irretroattività della norma penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della norma penale più favorevole. Il principio è cristallizzato nella regola per cui, quando la legge in vigore al tempo del commesso reato e le leggi penali successive entrate in vigore prima della sentenza definitiva sono diverse, i giudici devono applicare quella contenente le disposizioni più favorevoli all'imputato” (T.d.A.).

“Jervolino - Vassalli” che prevede trattamenti sanzionatori differenziati a seconda che il fatto illecito abbia riguardato una droga “leggera” o una droga “pesante”.

Chi ha commesso, prima della pubblicazione della sentenza della Consulta (e sotto la vigenza della Legge “Fini - Giovanardi”), un fatto concernente una droga “pesante”, potrà beneficiare della disciplina dichiarata incostituzionale, in quanto rendere omaggio alla retroattività della sentenza della Consulta può produrre, in questa ipotesi, effetti sfavorevoli contrari al principio di legalità; l’applicazione della legge censurata è garantita sia nel caso di processo ancora in corso, sia nel caso di passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Chi ha commesso, prima della pubblicazione della sentenza della Consulta (e sotto la vigenza della Legge “Fini - Giovanardi”), un fatto concernente una droga “leggera”, beneficerà della disciplina previgente più favorevole (“Jervolino - Vassalli”) ex artt. 136 C. - 30 L. 87/53, qualora non sia nei suoi confronti intervenuto il giudicato.

Qualora sia intervenuto il giudicato, l’applicazione della più benevola “Jervolino - Vassalli” sarà garantita nel caso in cui le Sezioni Unite propendano per la percorribilità degli artt. 136 C. e 30 L. 87/53 nelle ipotesi in cui sia stata dichiarata incostituzionale una norma penale sostanziale diversa da quella incriminatrice. Se la statuizione della Cassazione sarà contraria all’ammissibilità di dette norme, le pretese azionate dinanzi al giudice dell’esecuzione risulteranno disattese.

Sino alla decisione del Supremo Consesso della Giurisprudenza di Legittimità, le domande volte alla riformulazione *in melius* della pena subiranno l’incerto trattamento, a seconda dell’adesione - del giudice dell’esecuzione - ai principi della sentenza “*Hauohu*” o ai dicta della più recente sentenza “*Hamrouni*” (questi ultimi più o meno implicitamente confortati dall’ordinanza di rimessione della Corte di Legittimità).

Si deve dare atto, però, di una importante apertura in senso garantista - favorevole alla retroazione della norma favorevole con superamento del giudicato -

manifestata nella Relazione 20/2014⁷ della Corte di Cassazione - Ufficio del Ruolo e del Massimario.

Si legge, infatti, che, *“seppure ancora riconosciuto come valore, il giudicato non è più ritenuto ragione di per sé sufficiente al contenimento dell’efficacia retroattiva della legge migliorativa; non lo è in special modo quando al dogma della sua intangibilità si contrappongono le ragioni di ripristino della libertà personale, compressa da una previsione sanzionatoria invalida in radice”*.

Viene richiamata a tal proposito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 210/2013, nella quale la stessa Consulta *«ammette che l’ordinamento nazionale “conosce ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato” e che “tra questi non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”»*.

5. Brevi osservazioni sull’art. 73 co. 5 dpr 309/1990 (Fatti di lieve entità).

L’art. 73 co. 5 dpr 309/90 è stato modificato dall’art. 2 del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 (conv. in L. 21 febbraio 2014 n. 10, senza modifiche *in parte qua*): mentre prima del 23 dicembre 2013 i fatti di lieve entità venivano puniti con reclusione 1 - 6 anni e con la multa 3000 - 26.000 euro, con l’entrata in vigore del decreto legge citato gli stessi fatti vengono puniti con multa di non innovata entità e con una reclusione 1 - 5 anni, con l’importante differenza che, a seguito dell’intervento d’urgenza del Governo, il co. 5 cit. rappresenta una ipotesi criminosa autonoma.

Ciò viene evinto dalla clausola *“Salvo che il fatto costituisca piu’ grave reato”*, il che indica implicitamente che lo stesso comma 5 cit. sia da intendere come un reato autonomo.

La Consulta, con la sentenza 32/2014, ha escluso che la pronuncia di incostituzionalità estenda i suoi effetti anche al d.l. 146/2013, in quanto

⁷ *“Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti”*, a cura di Matilde Brancaccio, Giorgio Fidelbo, Raffaele Piccirillo e Roberta Zizanovich, pag. 22.

intervenuto dopo la rimessione della questione di costituzionalità, irrilevante per il giudizio *a quo* ed indipendente dalla disposizione censurata⁸.

Dunque, per i fatti commessi a partire dal 24 dicembre 2013, si applicherà l'art. 73 co. 5 dpr 309/90 nella sua nuova formulazione⁹. Ciò comporta un'aporia di sistema, in quanto, per i fatti di non lieve entità, dovrebbe rivivere la distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, mentre, per i fatti di lieve entità, dovrebbe vigere un trattamento sanzionatorio unico, che penalizzerebbe il soggetto che abbia commesso un fatto di lieve entità inerente una droga leggera.

Ecco perché taluno auspica che, per i fatti di lieve entità inerenti droghe leggere, si applichi l'art. 73 co. 5 cit. solo avendo riguardo al precetto ed alla natura di reato autonomo, riprendendo, con riferimento alla sanzione, il trattamento fornito dalla L. "Jervolino - Vassalli": reclusione da 6 mesi a 4 anni e multa da euro 1.032 ad euro 10.329¹⁰.

Per i fatti di lieve entità inerenti a droghe pesanti, può invece essere applicato l'art. 73 co. 5 cit. nella sua nuova formulazione, "comprensiva" del trattamento sanzionatorio, in quanto la L. "Jervolino - Vassalli" contiene comunque una pena più severa di quella prevista dal d.l. 146/2013, dunque sarebbe controproducente (per l'imputato) riformulare il medesimo auspicio poc'anzi proposto.

Per i fatti commessi prima del 24 dicembre 2013, è utile schematizzare:

- se il fatto è stato commesso prima dell'entrata in vigore della L. 49/2006 (dunque, durante la vigenza della L. "Jervolino - Vassalli"), si terranno in considerazione, quali discipline comparabili ai fini della deduzione del trattamento più mite, il dpr 309/90 vigente con la L. "Jervolino - Vassalli" e la normativa ex d.l. 146/2013 convertito in L. 10/2014. Non può essere presa in considerazione la caducata L. "Fini - Giovanardi" (anche qualora più favorevole), in quanto l'effetto

⁸ C. Cost. sent. 32/2014, § 3, "Considerato in diritto".

⁹ In tal senso, BRANCACCIO - FIDELBO - PICCIRILLO - ZIZANOVICH, "Prime riflessioni", Relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di Cassazione n. 20/2014, pag. 24; cfr. A. DELLA BELLA - F. VIGANO', *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 febbraio 2014.

¹⁰ F. FILICE, *Come interpretare la disciplina "di risulta" dell'art. 73 dpr 309/90 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014?*, in *Magistratura Democratica* (www.magistraturademocratica.it).

retroattivo *in mitius* di una norma è subordinato all'essere essa costituzionalmente legittima¹¹.

- se il fatto è stato commesso dopo l'entrata in vigore della L. 49/2006 ("Fini - Giovanardi"), si bipartiranno le ipotesi, così come segue¹²:

a) il giudice che debba pronunciarsi prima del 6 marzo 2014 (giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Consulta) dovrà in tal momento valutare quale sia il trattamento più favorevole al reo, comparando la L. "Fini - Giovanardi" con la normativa risultante dal d.l. 146/2013 conv. in L. 10/2014.

b) il giudice che debba pronunciarsi a partire dal 6 marzo 2014 terrà in considerazione - ai fini della predetta valutazione più favorevole - le sole discipline scaturenti dal d.l. 146/2013 e dalla L. "Jervolino - Vassalli".

Concludendo, resta da analizzare l'ipotesi del fatto commesso durante la vigenza della L. "Fini - Giovanardi", prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 146/2013, e per il quale - sempre prima della vigenza del d.l. cit. - sia intervenuta sentenza definitiva di condanna.

Ci si chiede, rispetto a detta fattispecie, se, dopo la pubblicazione della sentenza C. Cost. 32/2014, possa essere chiesta in sede d'esecuzione la riformulazione della pena con applicazione della L. "Jervolino - Vassalli" in quanto più favorevole al reo (non può rilevare, invece, la disciplina ex d.l. 146/2013, in quanto modifica normativa sopravvenuta al giudicato e perciò incapace di tangerlo). La problematica ricalca fedelmente quanto già in precedenza trattato al paragrafo 2.2.2., al quale si fa rinvio.

¹¹ BRANCACCIO - FIDELBO - PICCIRILLO - ZIZANOVICH, "Prime riflessioni", pag. 26.

¹² Le osservazioni che seguono sono svolte da A. DELLA BELLA - F. VIGANO', *ibidem*.