

Cristiano Cupelli

---

**REVIVISCENZA DELLA  
NORMATIVA ABROGATA E  
RISERVA DI LEGGE IN MATERIA  
PENALE: PIENA COMPATIBILITÀ?**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ORDINANZA (6 giugno 2017) 13 luglio 2017 n. 184 — *Pres.* Grossi — *Red.* Cartabia — W.C. — *Pres. Cons.* ministri.

**[5692/12] Pena - In genere - Reati di non lieve entità concernenti le cd. droghe pesanti - Pena minima edittale - Asserita violazione del principio di ragionevolezza e proporzione delle pene - Asserita violazione del principio di riserva di legge in materia penale - Irrilevanza delle questioni - Improprio tentativo di impugnazione della sentenza n. 32 del 2014 - Incompleta ed erronea ricostruzione del quadro normativo - Manifesta inammissibilità delle questioni.**

(Cost., artt. 3, 25, comma 2, e 27; d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1).

*Sono manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, censurato per violazione degli artt. 3, 25, comma 2, e 27 Cost., nella parte in cui, con riferimento ai reati di non lieve entità concernenti le cd. droghe pesanti, prevede — a seguito della sentenza n. 32 del 2014 — la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2006, n. 49. Le questioni sollevate non sono rilevanti nel giudizio a quo, in quanto la rimettente Corte di cassazione non deve fare applicazione della norma sanzionatoria censurata, la quale verrà in rilievo nella successiva fase del giudizio di rinvio davanti al giudice di merito, alla cui cognizione dovrà essere eventualmente rimessa la determinazione della pena a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado. Laddove la prospettiva decisoria del giudice a quo fosse quella del rigetto o della inammissibilità del ricorso, a maggior ragione si profilerebbe l'irrelevanza delle questioni, non potendo in alcun modo venire in discorso il punto relativo al trattamento sanzionatorio, che neppure costituisce oggetto di devoluzione da parte del ricorrente. La questione è inammissibile anche perché*

*consiste in una censura degli effetti della sentenza n. 32 del 2014, di cui costituisce un improprio tentativo di impugnazione, peraltro fondato su una motivazione contraddittoria e illogica, in violazione dell'art. 137, comma 3, Cost., che non ammette alcuna impugnazione. In relazione alle censure sollevate ai sensi degli artt. 3 e 27 Cost., l'ordinanza di rimessione risulta inammissibile anche per incompleta ed erronea ricostruzione del quadro normativo, in quanto lo iato edittale tra le pene oggetto di censura, non è soltanto frutto degli effetti della sentenza n. 32 del 2014, ma anche di interventi del legislatore, precedenti e successivi alla citata decisione (sentt. nn. 162 del 2012, 5, 32 del 2014; ordd. nn. 117 del 1984, 161 del 2015, 259 del 2016) (1).*

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), promosso dalla Corte di cassazione, sezione sesta penale, nel procedimento penale a carico di W.C., con ordinanza del 12 gennaio 2017, iscritta al n. 23 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 9, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Visti l'atto di costituzione di W.C., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 6 giugno 2017 il Giudice relatore Marta Cartabia;

uditi l'avvocato Federico Vianelli per W.C. e l'avvocato dello Stato Massimo Giannuzzi per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con ordinanza del 12 gennaio 2017 (r.o. n. 23 del 2017), la Corte di cassazione, sezione sesta penale, ha sollevato «questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 25, 3 e 27 Cost., in relazione all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui detta norma prevede — a seguito della sentenza n. 32 dell'11 febbraio 2014 della Corte costituzionale — la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49»;

che, in punto di rilevanza, il rimettente ha premesso di essere chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto dal pubblico ministero presso il Tribunale di Imperia contro la sentenza emessa all'esito del giudizio abbreviato il 22 aprile 2015 dal Giudice per l'udienza preliminare del medesimo Tribunale, con la quale l'imputato W. C. è stato condannato alle pene di legge, previa concessione delle attenuanti generiche e previa riqualificazione come fatto di «lieve entità», ai sensi dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, delle originarie imputazioni ex art. 73, comma 1, dello stesso decreto;

che, come precisato dalla rimettente Corte di cassazione, il pubblico ministero ha chiesto l'annullamento della sentenza per inosservanza o erronea applicazione di legge e contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche e alla riqualificazione del fatto come di «lieve entità», ai sensi del citato art. 73, comma 5;

che il giudice *a quo* considera erronea la riqualificazione del fatto operata dal giudice di prime cure, attesi il dato ponderale della sostanza detenuta, il contesto di spaccio continuato, abituale, a cadenze ravvicinate, condotto con modalità organizzate e rivolto ad un'ampia platea di clienti, tutti elementi che portano a ritenere la sussistenza dei presupposti dell'ipotesi non lieve delineata nell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990;

che da ciò il rimettente desume la rilevanza nel caso di specie delle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, come risultante a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, cioè in quanto «[g]iudica il Collegio che, in considerazione del quantitativo di stupefacente oggetto delle condotte e delle modalità e circostanze dei fatti — dunque della concreta gravità dei reati sotto il profilo oggettivo e soggettivo —, pur non versandosi in casi riportabili al disposto del comma 5 dell'art. 73, si tratti nondimeno di vicende di non particolare gravità, rispetto alle quali il Giudice di merito investito del giudizio di rinvio attesterebbe l'entità della sanzione intorno al minimo edittale» della pena detentiva che la Corte di cassazione ritiene non conforme al dettato costituzionale;

che, secondo la Corte di cassazione, il minimo edittale della pena detentiva di otto anni di reclusione, costituendo non il frutto di una scelta legislativa, ma il risultato *in malam partem* di una sentenza della Corte costituzionale, violerebbe il principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.;

che, in particolare, secondo il giudice rimettente — ferma l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, dichiarata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 32 del 2014 per contrasto con l'art. 77, secondo comma, Cost. e ferme le modifiche alla normativa in tema di stupefacenti conseguenti a detta pronuncia — il ripristino della disciplina anteriormente vigente risulterebbe, nondimeno, precluso con limitato riguardo alla previsione — nel corpo dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 — della pena detentiva minima edittale di otto anni di reclusione (in luogo di quella di sei anni di reclusione introdotta con la novella del 2005-2006);

che, secondo il giudice *a quo*, la “re-introduzione” nell'ordinamento giuridico di una disposizione *in malam partem*, per effetto di una sentenza della Corte costituzionale, violerebbe il principio di riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., norma imperativa direttamente connessa alla tutela dei diritti fondamentali della persona, da ritenere prevalentemente su quella confliggente di cui al citato art. 77, secondo comma, Cost.;

che, secondo la Corte di cassazione, «le sentenze costituzionali di accoglimento — di natura sia ablativa, sia additiva -, avendo carattere di generalità (*erga omnes*), incidono direttamente sulla disciplina normativa vigente in una determinata materia e devono, pertanto, essere considerate quali vere e proprie fonti del diritto penale»;

che, tuttavia, sempre secondo il rimettente, esse nella gerarchia delle fonti dovrebbero essere equiparate alla legge ordinaria e da ciò si dovrebbe ricavare che «l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale, sancita dall'art. 25, comma secondo, Cost. [...] secondo il quale gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legislatore parlamentare»;

che, secondo il giudice *a quo*, in base ai principi esposti nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 394 del 2006 «lo scrutinio di costituzionalità — sebbene suscettibile di riverberare in una decisione *in malam partem* — sia consentito solo e

soltanto con riguardo alle norme penali di favore in senso stretto, *id est* a quelle che introducono una disciplina speciale rispetto ad una disciplina generale», ma non nel caso di norme generali favorevoli quale dovrebbe essere considerato l'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, prima della più volte citata pronuncia di illegittimità costituzionale;

che, ad avviso del giudice *a quo*, non potrebbero invocarsi altre pronunce costituzionali, in particolare quelle riguardanti casi di norme emanate dal Governo «extra-delega» legislativa, scrutinati «nelle sentenze n. 28 del 2010 e n. 5 del 2014»: ciò in quanto «negli arresti testé rammentati, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità *in malam partem* sul presupposto che, in detti casi, la norma favorevole espunta dall'ordinamento giuridico fosse stata emanata — nella sostanza — in assenza di potere legislativo e che, di conseguenza, non vi fosse materia per ritenere operante e validamente invocabile il principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»;

che, secondo la Corte di cassazione, sarebbe diverso il caso in esame, nel quale la norma di cui al citato art. 4-*bis* è stata introdotta dal Parlamento quale disposizione aggiuntiva rispetto a quelle presenti, seppure in difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle censurate introdotte nella legge di conversione, di tal che la norma generale favorevole sarebbe stata «adottata — non da parte del Governo extra delega, cioè sostanzialmente in mancanza di potere legislativo —, bensì dal Parlamento, organo costituzionale cui spetta in via esclusiva di legiferare in materia penale, pur commettendo un vizio procedurale di rilievo costituzionale»;

che il giudice *a quo*, in via subordinata, ritiene violato il principio di ragionevolezza e proporzione delle pene, ai sensi degli artt. 3 e 27 Cost., sia in considerazione dello iato sanzionatorio sussistente tra il massimo della pena prevista per il fatto lieve e il minimo della pena per il fatto non lieve, sia in considerazione della previsione di un trattamento sanzionatorio unitario o diversificato per categorie di stupefacente, a seconda del carattere lieve o non lieve delle condotte illecite;

che la Corte di cassazione si manifesta consapevole del fatto che, con la sentenza n. 148 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile, per assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate in materia riservata alla discrezionalità legislativa, una questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014, sollevata per la disparità di trattamento sussistente tra le pene ivi previste e quelle di cui al comma 5 del medesimo art. 73;

che, tuttavia, a differenza del precedente, nella specie verrebbe sollecitato un intervento della Corte costituzionale volto ad ottenere, secondo i dettami di cui alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2016, la reductio *ad legitimitatem* della pena in base a una «grandezza già rinvenibile nell'ordinamento», nella specie rappresentata da quella già individuata dal legislatore del 2006, il quale aveva comminato, per le condotte previste nell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, la pena minima di sei anni di reclusione per tutte le tipologie di droga e, dunque, secondo il rimettente, anche per quelle cosiddette pesanti;

che, nell'opinione del rimettente, l'invocato *petitum* — mirante al ripristino del trattamento sanzionatorio da sei a venti anni di reclusione introdotto dal legislatore in sede di conversione del d.l. n. 272 del 2005 — costituirebbe l'unica soluzione conforme ai parametri costituzionali degli artt. 25, secondo comma, 3 e 27 Cost., così da rappresentare un intervento «a rime obbligate», idoneo a superare il vizio di inammissibilità rilevato dalla Corte riguardo alla precedente ordinanza di rimessione;

che, con atto depositato il 21 marzo 2017, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni vengano dichiarate inammissibili o infondate;

che, in particolare, secondo l'interveniente le questioni sollevate sarebbero irrilevanti, in quanto, nel giudizio *a quo*, la Corte di cassazione non è stata chiamata a decidere sul trattamento sanzionatorio stabilito dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, ma sulla correttezza della qualificazione giuridica dei fatti sussunti dal giudice di prime cure nell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, del citato d.P.R., di tal che sarebbe ininfluente sul giudizio del rimettente la decisione della Corte costituzionale, all'esito della quale (e qualunque essa sia) la Corte di cassazione null'altro potrebbe fare se non annullare con rinvio, senza poter applicare la pena per i fatti riqualificati;

che, in ogni caso, le questioni sarebbero comunque infondate nel merito, in quanto il minimo edittale previsto nella norma denunciata dovrebbe considerarsi pienamente rispettoso del principio della riserva di legge ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., costituendo espressione di una scelta del legislatore parlamentare che ha ripreso vigore a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che l'aveva modificata;

che incompatibile con il principio della riserva di legge sarebbe invece proprio l'intervento additivo richiesto dalla Corte di cassazione, in quanto fondato sull'utilizzo di un *tertium comparationis* ormai definitivamente espunto dall'ordinamento in quanto costituzionalmente illegittimo;

che la norma denunciata costituirebbe il frutto di un esercizio non irragionevole della discrezionalità politica del Parlamento, dettato dall'allarme sociale rispetto al considerevole numero di condotte non lievi concernenti le cosiddette droghe "pesanti";

che, con atto depositato il 21 marzo 2017, si è costituita la parte privata e ha chiesto che le sollevate questioni vengano accolte;

che, con memoria depositata il 16 maggio 2017, il Presidente del Consiglio dei ministri ha insistito per l'inammissibilità e l'infondatezza delle questioni sollevate.

Considerato che la Corte di cassazione, sezione sesta penale, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui detta norma prevede — a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 — la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni, in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309), come convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49;

che, in via principale, il giudice *a quo* ravvisa una violazione dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione in quanto la misura della pena di otto anni, nel minimo edittale, sarebbe frutto di una sentenza della Corte costituzionale — la n. 32 del 2014 — che avrebbe determinato la "re-introduzione" di una disposizione penale *in malam partem* in contrasto con il principio della riserva di legge;

che, in via subordinata, il rimettente ritiene violati gli artt. 3 e 27 Cost., in quanto lo iato sussistente tra il minimo edittale per i fatti non lievi concernenti le

cosiddette droghe “pesanti” — otto anni — e il massimo della pena per i fatti lievi — quattro anni — per i quali, tra l’altro, non si distingue tra droghe “pesanti” e droghe “leggere”, contrasterebbe con i principi di ragionevolezza e proporzione cui deve sottostare ogni previsione sanzionatoria in materia penale;

che le questioni sollevate sono manifestamente inammissibili per molteplici ragioni;

che l’art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) richiede, ai fini dell’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione» e che tale disposizione va interpretata nel senso che la questione sollevata deve avere ad oggetto una disciplina legislativa applicabile nel giudizio *a quo* da parte del giudice rimettente, sicché la questione, per essere rilevante, deve concernere la norma applicabile in quella certa fase del giudizio;

che, infatti, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale (*ex plurimis*, ordinanze n. 259 del 2016, n. 161 del 2015 e n. 117 del 1984), non è rilevante la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto un contenuto normativo che attiene al compimento di un atto processuale inserito in una fase successiva a quella in cui versa il giudizio *a quo*;

che, per tali motivi, le questioni sollevate non sono rilevanti nel giudizio davanti alla Corte di cassazione, in quanto la suprema Corte non deve fare applicazione della norma sanzionatoria censurata, la quale verrà in rilievo nella successiva fase del giudizio di rinvio davanti al giudice di merito, alla cui cognizione dovrà essere eventualmente rimessa la determinazione della pena a seguito dell’annullamento della sentenza di primo grado, impugnata per inosservanza o erronea applicazione di legge e contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche e alla riqualificazione del fatto;

che, laddove la prospettiva decisoria del giudice *a quo* fosse quella del rigetto o della inammissibilità del ricorso, a maggior ragione si profilerebbe l’irrelevanza delle questioni, non potendo in alcun modo venire in discorso il punto relativo al trattamento sanzionatorio, che neppure costituisce oggetto di devoluzione da parte del ricorrente;

che, inoltre, la questione sollevata in riferimento all’art. 25 Cost. è inammissibile anche per intima contraddittorietà della motivazione, in quanto da un lato il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale costituirebbero fonti del diritto equiparate alla legge — e, dall’altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all’art. 25 Cost.;

che, sempre in riferimento alla lesione dell’art. 25 Cost., la questione è inammissibile perché consiste in una censura degli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, di cui costituisce un improprio tentativo di impugnazione, in violazione dell’art. 137, terzo comma, Cost., secondo cui «[c]ontro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione»;

che tale improprio tentativo di impugnazione si risolve nel contestare l’affermazione della citata sentenza n. 32 del 2014 — analoga a quella già espressa dalla giurisprudenza costituzionale in relazione ai vizi della delega legislativa e del suo esercizio da parte del Governo, ex art. 76 Cost. (sentenze n. 5 del 2014 e n. 162 del 2012) — sulla ripresa dell’applicazione della normativa precedente a quella dichiarata costituzionalmente illegittima ex art. 77 Cost. data l’inidoneità dell’atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi;

che, tuttavia, contraddittoriamente, lo stesso giudice *a quo* vorrebbe far salvi gli effetti *in bonam partem* della medesima sentenza n. 32 del 2014, connessi alla ripresa di vigore della precedente disciplina sanzionatoria sui fatti non lievi riguardanti le cosiddette droghe “leggere”;

che, quindi, l’inammissibile tentativo di impugnazione di una sentenza della Corte costituzionale è addirittura fondato su una motivazione contraddittoria e illogica; ciò che costituisce ulteriore ragione di inammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale;

che, in relazione alle censure sollevate ai sensi degli artt. 3 e 27 Cost., l’ordinanza di rimessione risulta inammissibile anche per incompleta ed erronea ricostruzione del quadro normativo, in quanto lo iato edittale tra le pene previste rispettivamente al comma 1 e al comma 5 dell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, quale risulta nella misura attuale e oggetto di censura, non è soltanto frutto degli effetti della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ma anche di interventi del legislatore, precedenti e successivi alla citata decisione;

che, segnatamente, il decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36 (Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali), convertito, con modificazioni, dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, non solo ha ridotto il massimo edittale di pena prevista per i fatti lievi, allargando così, nei termini attuali, la forbice rispetto al minimo edittale previsto per i fatti non lievi, ma ha anche completamente ridisegnato il quadro normativo di riferimento, operando diversi adattamenti conseguenti alla decisione della Corte;

che, in relazione a tutte le questioni sollevate, si richiede un inammissibile ripristino di una disciplina sanzionatoria contenuta in una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per vizi procedurali di tale gravità da determinare l’inidoneità dello stesso a innovare l’ordinamento.

#### P.Q.M. LA CORTE COSTITUZIONALE

*Dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27 della Costituzione, dalla Corte di cassazione, sezione sesta penale, con l’ordinanza indicata in epigrafe.*

L’ordinanza che ha sollevato la questione è pubblicata in *G.U.* n. 9 dell’1 marzo 2017, 1<sup>a</sup> serie spec.

(1) Sui problemi e i profili della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, cfr. la nota redaz. alla sent. n. 208 del 2016. Poi, cfr. sentt. nn. 215, 224, 228, 245, 259, 280 e 283 del 2016; 2, 22, 38, 48, 56, 79, 95, 109, 111, 119, 120, 123, 124, 127, 128, 149 e 164 del 2017.

Riguardo all’inammissibilità di questioni proposte in forma alternativa, contraddittoria, perplessa, ancipite, non adeguatamente argomentata cfr. i richiami contenuti nella nota alla sent. n. 207 del 2015; poi, cfr. dec. nn. 247 e 269 del 2015; 18, 22, 46 e 102 del 2016; 97, 109, 130 e 167 del 2017.

Sull’inammissibilità per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, per difetto di motivazione sulla rilevanza cfr. i richiami



contenuti nella nota alla sent. n. 131 del 2016. Poi, cfr. decc. nn. 133, 136, 141, 151, 153, 169, 177, 196, 202, 219, 228, 237, 246, 247, 268, 276, 282 e 290 del 2016; 9, 11, 12, 19, 31, 35, 46, 60, 79, 88, 107, 124, 129 e 161 del 2017.

Con riguardo al profilo della violazione del giudicato costituzionale *ex art.* 136 Cost., cfr. nota redazionale alla sent. n. 173 del 2016. Poi, cfr. sentt. nn. 224 del 2016; 87 e 110 del 2017.

A commento della presente decisione pubblichiamo un'osservazione del prof. Cristiano Cupelli.

### **Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?**

1. L'ordinanza n. 184 del 2017, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sollevate dalla Corte di cassazione (1), si segnala non solo quale momento di frizione nei rapporti fra giudici costituzionali e di legittimità ma soprattutto in quanto ripropone il tema della compatibilità tra la reviviscenza — con effetti (parzialmente) *in malam partem* — di una norma abrogata da una legge ritenuta incostituzionale e la *ratio* di garanzia sottesa all'art. 25, comma 2 Cost., intrecciando i limiti del sindacato di costituzionalità in materia penale e le prerogative della riserva di legge nella determinazione delle scelte di politica criminale.

2. La vicenda s'inquadra nel magmatico terreno del trattamento sanzionatorio delle sostanze stupefacenti (2), ricollegandosi agli effetti prodotti dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale (3).

La sesta sezione penale della Cassazione, con un'articolata ordinanza di rimessione (4), ha dubitato della legittimità costituzionale del menzionato art. 73, comma 1, nella parte in cui — a seguito della citata sentenza della

---

(1) Un primo commento all'ordinanza in P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti* 2/2017, 1 ss.

(2) Da ultimo, affronta i molteplici risvolti problematici — anche in chiave di compatibilità costituzionale — della disciplina penale degli stupefacenti M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma 2017, *passim*.

(3) Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in questa *Rivista* 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.; nella riflessione penalistica, sugli effetti (soprattutto intertemporali) della sentenza, v., per tutti, V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.* 23 marzo 2014; M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.* 2014, 1132 ss.

(4) Cass. pen., sez. VI, ord., 13 dicembre 2016 (dep. 12 gennaio 2017), n. 1418, in *Cass. pen.* 2017, 556 ss., con note di M. GAMBARDELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, *ivi* 568 ss. e P. MILAZZO, *La Corte di*

Corte costituzionale n. 32 del 2014 — prevede oggi la pena minima edittale di anni otto di reclusione, in luogo di quella di sei anni, introdotta dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modifiche, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49.

L'asserito contrasto è ravvisato, in particolare, rispetto all'art. 25, comma 2 Cost. L'odierno minimo edittale non appare infatti il frutto di una scelta legislativa, ma della «re-introduzione» nell'ordinamento giuridico di una disposizione *in malam partem*, per effetto di una sentenza costituzionale, che violerebbe il principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., da ritenere prevalente rispetto all'art. 77, comma 2, Cost., in nome del quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005.

Secondo i giudici *a quibus*, pur potendo le sentenze costituzionali «essere considerate quali vere e proprie fonti del diritto penale», esse, nella gerarchia delle fonti, non sono equiparabili a norme costituzionali, dovendo piuttosto essere assimilate a leggi ordinarie; con l'effetto che «l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale», in virtù della quale «gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legislatore parlamentare». Alla luce di ciò, «lo scrutinio di costituzionalità — sebbene suscettibile di riverberare in una decisione *in malam partem* — sarebbe consentito solo e soltanto con riguardo alle norme penali di favore in senso stretto, e cioè a quelle che introducono una disciplina speciale rispetto a una disciplina generale» ma non già nelle ipotesi di norme generali favorevoli, quale dovrebbe essere considerato l'art. 73, comma 1.

3. Ferma e stringata la replica che la Corte costituzionale condensa nell'ordinanza in commento.

Schematizzando, il percorso motivazionale si articola su tre piani, tutti protesi verso la manifesta inammissibilità della questione:

a) anzitutto per un *deficit* di rilevanza (ai sensi dell'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953), dal momento che la questione concerne un contenuto normativo legato al compimento di un atto processuale inserito in una fase successiva a quella in cui versa il giudizio *a quo* (5);

---

*Cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all'esame della Corte costituzionale: fra riserva di legge penale, vizi del procedimento legislativo e giudicato costituzionale, ivi, 1444 ss.; un commento all'ordinanza anche in C. BRAY, Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? Tre questioni all'esame della Consulta, in Dir. pen. cont. 2017, 67 ss.*

(5) Da una parte, infatti, si legge nell'ordinanza n. 184 del 2017, la Cassazione non sarebbe chiamata a dare applicazione della norma sanzionatoria censurata, «la quale verrà in rilievo nella successiva fase del giudizio di rinvio davanti al giudice di merito, alla cui cognizione dovrà essere eventualmente rimessa la determinazione della pena a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado, impugnata per inosservanza o erronea applicazione di legge e contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche

b) inoltre, per una «intima contraddittorietà della motivazione, in quanto da un lato il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale costituirebbero fonti del diritto equiparate alla legge e, dall'altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.»;

c) infine, poiché integra un improprio tentativo di impugnazione, diretto a «contestare l'affermazione della sentenza n. 32 del 2014 (...) sulla ripresa dell'applicazione della normativa precedente a quella dichiarata costituzionalmente illegittima ex art. 77 Cost. data l'inidoneità dell'atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi», in violazione dell'art. 137, comma 3, Cost. (secondo cui «[c]ontro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione»); tentativo peraltro fondato «su una motivazione contraddittoria e illogica», dal momento che «lo stesso giudice *a quo* vorrebbe far salvi gli effetti *in bonam partem* della medesima sentenza n. 32 del 2014, connessi alla ripresa di vigore della precedente disciplina sanzionatoria sui fatti non lievi riguardanti le cosiddette droghe leggere».

4. Al di là del tono assertivo e assai poco conciliante delle argomentazioni, la questione, così come prospettata, stimola talune osservazioni, con particolare riferimento alla scelta operata dai giudici costituzionali in relazione all'effetto derivante dalla dichiarazione d'illegittimità della norma abrogante e alle ricadute sul sistema delle fonti.

4.1. In quest'ottica, occorre richiamare il *presupposto* della vicenda, e cioè la più volte evocata sentenza n. 32 del 2014.

Come si ricorderà, in tale pronuncia la Corte costituzionale, accogliendo i dubbi sollevati dalla terza sezione penale della Cassazione (6) in merito alla compatibilità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 — entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49 (7) — con l'art. 77, comma 2 Cost., ha rilevato l'estraneità — rispetto all'oggetto, alle finalità e alla *ratio* dell'originale decreto-legge — delle norme inserite in sede di conversione. È stata così censurata l'assenza di ogni nesso d'interrelazione funzionale tra le

---

e alla riqualificazione del fatto»; dall'altra, poi, «laddove la prospettiva decisoria del giudice *a quo* fosse quella del rigetto o della inammissibilità del ricorso», non potrebbe «in alcun modo venire in discorso il punto relativo al trattamento sanzionatorio, che neppure costituisce oggetto di devoluzione da parte del ricorrente».

(6) Cass. pen., sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, in *Cass. pen.* 2013, 3405 ss.

(7) Come è noto, il primo articolo ha modificato l'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 di tale norma, ha parificato ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti previste dalle tabelle II e IV di cui al previgente art. 14 a quelle delle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni, mentre il secondo ha sostituito gli artt. 13 e 14 d.P.R. n. 309 del 1990, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle.

disposizioni impugnate — con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefacenti, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere — e quelle originarie del decreto-legge, ritenendo le prime, in difetto del nesso logico-giuridico richiesto dall'art. 77, comma 2, Cost., adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittime.

Nel caso di specie si combinavano alcuni tra i fattori patologici che alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo nell'utilizzo degli atti aventi forza di legge: il ricorso, nella fase di conversione in legge, a un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto eterogeneo rispetto al decreto, supportato dal voto di fiducia, con elisione del dibattito in aula sul testo da approvare e conseguente vanificazione della potenzialità garantista del confronto parlamentare. Le criticità denunciate nella pronuncia sono state riportate alla fase che rappresenta — per chi annovera il decreto-legge tra le fonti del diritto penale — il momento di 'recupero' della compatibilità con la riserva, quella cioè della *conversione in legge*.

Il passaggio significativo è quello volto a riconnettere i vizi *in procedendo* (individuati nella disomogeneità degli emendamenti e nel ricorso a maxi-emendamenti, voto di fiducia e voto bloccato) non solo all'interruzione del «legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere e i provvedimenti provvisori con forza di legge», ma anche alle frizioni con la garanzia di effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali. Opzioni che peraltro, nella circostanza, risultano fortemente intrise di *politicalità*: richiamando le parole della Corte, infatti, con gli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* si è operata una «innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni, sia sotto quello sanzionatorio», realizzando una «penetrante e incisiva riforma coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica», che «avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge *ex art. 72 Cost.*».

Tutto ciò va evidentemente rapportato alle specificità della riserva di legge in materia penale, quale presidio della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali, all'esito di un percorso dialettico assicurato da taluni essenziali crismi procedurali, idonei a imporre legittimamente restrizioni al bene primario della libertà personale. In questa prospettiva, non paiano coerenti le scelte penali adottate in sede di conversione, mediante emendamenti disomogenei, per di più introdotti con voto bloccato dalla questione di fiducia.

4.2. Tornando alla questione sollevata nell'ordinanza in commento, le pur convincenti conclusioni della sentenza n. 32 del 2014 su ruolo e peso della riserva di legge non attenuano i dubbi in merito al meccanismo ripristinatorio che la Corte costituzionale riconduce alla dichiarazione d'incostituzionalità. La reviviscenza della normativa in materia di stupefacenti abrogata dalla legge ritenuta viziata comporterebbe, infatti, il ripristino — con

riferimento al minimo edittole per le c.d. ‘droghe pesanti’ — di un trattamento penale più gravoso rispetto a quello introdotto dalla legge ritenuta incostituzionale (8).

(8) Con riferimento all’ammissibilità e ai limiti della reviviscenza di una norma abrogata da norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima, il dibattito, nella dottrina costituzionalistica, è vivo (una ricostruzione, in termini generali, in A. CELOTTO, voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Roma 1998, 5 e A. FRANCO, *Illegittimità costituzionale e abrogazione. La reviviscenza di norme abrogate*, Torino 1988, 9 ss.; più di recente, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano 2012, 398 ss. e, da ultimo, N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino 2017, 147 ss.).

La tesi che nega in radice tale possibilità fa perno, essenzialmente, da un lato sulla presunta *definitività dell’effetto abrogativo*, che lo renderebbe, quale rapporto esaurito, non rimuovibile neppure dalla successiva declaratoria di incostituzionalità (F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da leggi dichiarate incostituzionali*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova 1972, 662 ss.; P. A. CAPOSTI, *Problemi relativi alla definizione dei rapporti tra testi unici di leggi e disposizioni normative preesistenti*, in questa *Rivista*, 1969, 1409), e, dall’altro, sulla natura della legge dichiarata incostituzionale, ritenuta solo invalida e pertanto idonea ad aver prodotto l’effetto abrogativo (F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano 1962, 976).

Sembra, però, riscuotere oggi maggiori consensi la tesi secondo cui, per decidere della reviviscenza della norma abrogata, occorre distinguere *caso per caso*, tenendo conto cioè delle ragioni attinenti alla caducazione, ovvero del tipo di vizio nello specifico rilevato (in questa direzione, seppure con percorsi argomentativi non coincidenti, tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 48 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1429 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *A proposito di due leggi in frode alla Costituzione*, in *Dir. soc.* 1973, 453; L. GUGLIELMI, *Dichiarazione di illegittimità costituzionale e reviviscenza di leggi abrogate*, in *Annali dir. pubbl. Roma*, 1969-70, 1970, 375 ss).

Va segnalata, inoltre, la posizione di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *La formazione delle leggi*, t. I, 2, Bologna-Roma 2005, 654 ss., il quale — muovendo dall’ipotesi di abrogazione (per via referendaria) della disposizione meramente abrogativa di altra disposizione meramente abrogativa (e cioè non accompagnata da espressa nuova disciplina della materia) — si interroga sul riconoscimento o meno della possibilità della reviviscenza e sui relativi limiti, ritenendo che essa, «determinandosi *ex nunc*, non comporti il venir meno di tutti gli effetti prodotti dalla legge meramente abrogativa poi abrogata, poiché tale legge ha comunemente determinato l’inefficacia della legge precedente, almeno nel periodo intercorrente tra la propria entrata in vigore e la propria abrogazione» (657).

Secondo taluno, poi, non dovrebbe neppure parlarsi, a stretto rigore, di reviviscenza allorché la norma abrogatrice sia da considerarsi del tutto nulla-inesistente, e dunque inefficace *ab origine*. In tal caso, peraltro, l’accertamento della nullità-inesistenza della norma sopravvenuta non potrebbe ritenersi compatibile con la dichiarazione dell’illegittimità costituzionale, in ragione della paradossale sovrapposizione della «cessazione» dell’efficacia di una norma che non ha mai avuto efficacia (G. D’ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli 2012, spec. 255 ss.). Ad opposte conclusioni, nel senso della sicura reviviscenza della norma abrogata da legge *nulla-inesistente* (in quanto tale incapace

Il dubbio principale riguarda la compatibilità della reviviscenza con la stessa idea forte di riserva di legge valorizzata nella pronuncia. Mettere in discussione siffatta compatibilità, tuttavia, non implica un impedimento al sindacato della Corte, *(ri)legittimando* la creazione di zone franche dell'ordinamento; semplicemente, limitando in tali casi il fenomeno, si potrebbe restituire al legislatore il compito di riempire il vuoto normativo derivante dall'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità (se del caso con l'attivazione delle procedure abbreviate di cui all'art. 72, comma 2, Cost.) (9).

Nella sentenza n. 32 la Corte costituzionale — pur senza testualmente parlare di «reviviscenza» (10) — non pare, almeno all'apparenza (11), nutrire incertezze sulla possibilità di far rivivere la normativa abrogata. L'opzione politico-criminale di fondo — questo è l'argomento — rimane comunque appannaggio del potere legislativo (12), dal momento che non è la Corte, ma la precedente legge abrogata — rivivendo — a (tornare a) governare la materia degli stupefacenti, posto che «la decisione della Corte (...) non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore».

L'assunto, nella sua apparente linearità, non convince del tutto. E il

---

di produrre alcun effetto sostanziale, tanto meno quello abrogativo), E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc.* 1974, 213 ss.

Pone in rilievo le incongruenze del sintagma «legge nulla-inesistente» - riconducibile al pensiero di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano 1964, 231 ss. (ripreso, fra gli altri, da F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. II, Milano 1970, 297 ss.) - A. PACE, *La legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in questa *Rivista* 2010, 5101 ss. e Id., *La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, *ivi*, 1708 ss. (ma già in precedenza in Id., *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civili della Pubblica Amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, *ivi* 1962, 1229 ss.), «perché o un atto è nullo (e quindi invalido ma esistente) oppure inesistente. Non può essere le due cose insieme, tanto più quando l'ordinamento attribuisce rilevanza a tale distinzione (che altrimenti avrebbe un'importanza meramente empirica)»; nello stesso senso, anche G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 258.

(9) Un'ampia tematizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, con riferimento anche alle dinamiche — e alle sottese problematiche — della pubblicazione delle sentenze di accoglimento «nell'era digitale», in A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in questa *Rivista* 2014, 4831 ss.

(10) Si parla infatti dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, *torna a ricevere applicazione* ovvero *riprende applicazione*.

(11) A voler essere maliziosi, è forse possibile cogliere, tra le righe della sentenza, qualche margine di dubbio, se è vero che si è sentita l'esigenza di paventare — a supporto della soluzione prospettata — il rischio, qualora «non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990», di una possibile illegittimità costituzionale, per violazione, *ex artt.* 11 e 117 Cost., di obblighi di penalizzazione comunitaria.

(12) In questo senso, M. GAMBARDILLA, *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, 7.

caso degli stupefacenti ne offre un'esemplificazione lampante: la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era con tutta evidenza orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti: assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata a una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata. Così la Corte, dichiarando l'illegittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter per un vizio di carattere *formale* — che investe non la razionalità dei contenuti punitivi, ma solo la modalità procedurale con la quale sono stati assunti — finisce, sancendo la reviviscenza, per intaccarne anche la *sostanza*. A conferma dello stravolgimento della logica punitiva, si possono considerare le complessive *difficoltà di gestione*, anche interpretative, insorte a seguito della reviviscenza, riconducibili alla riapplicazione di norme da tempo abrogate e quindi espressione di differenti contesti socio-politici e di superate esigenze repressive.

In definitiva, non sembra sufficiente, come ritiene invece la Corte, l'ancoraggio a un momento puramente formale — il richiamo a un qualunque atto legislativo — per salvaguardare le prerogative della riserva di legge in una materia, quella penale, nella quale, come è ben noto, il profilo di garanzia della fonte di produzione legislativa è funzionalizzato all'esistenza di un consenso espresso sulla sostanza della scelta politica, nei modi e nei termini della dialettica parlamentare. È indubbio che l'esistenza di un vizio *in procedendo*, riguardando la modalità della scelta politico-criminale (quella modalità *viziata* che comprime le prerogative parlamentari), possa determinare l'elusione, nella sostanza, della stessa finalità garantista della riserva di legge; coerentemente, non potrà dirsi sufficiente il rispetto del solo piano formale (richiamando una precedente «disciplina stabilita dal legislatore») per ritenere automaticamente salvaguardata anche la legalità sostanziale, qualora essa, come nel caso scrutinato, non corrisponda più all'attuale volontà politica del legislatore.

4.3. In questa chiave di lettura, va inquadrata l'insistenza della Cassazione nel segnalare — nell'ordinanza di rimessione del dicembre 2016 — le differenze fra la sentenza n. 32 e la di poco precedente sentenza n. 5 del 2014 (13), nella quale era stata dichiarata l'illegittimità per violazione dell'art. 76 Cost. (carenza della necessaria delega) dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici. In questo caso, infatti, l'incostituzionalità, collegata a un abuso perpetrato dal potere esecutivo, è stata riconosciuta sul presupposto che la norma favorevole fosse stata emanata *in assenza di potere legislativo*, senza, di conseguenza, alcun margine d'invocabilità del principio della riserva di legge in materia penale. L'effetto *in malam partem* che ne era inevitabilmente derivato si poneva

---

(13) La sentenza è pubblicata in questa *Rivista* 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, *ivi* 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, *ivi*, 3587 ss.

dunque *non in contrasto* con la riserva di legge, quanto *a salvaguardia* della stessa.

Chiarisce in merito la Corte costituzionale che «se si escludesse il sindacato sugli atti legislativi adottati dal governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti». Con la conseguenza che «quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato (...) non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale», il quale «rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa». La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene «strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale» e «non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*». In caso contrario, ci si esporrebbe al rischio «di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, comma 2 Cost.».

A prescindere dai possibili risvolti, quindi, l'esito della pronuncia è quello di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare. Del resto, come si sa, i limiti del sindacato della Corte attengono al rispetto delle prerogative del potere legislativo nelle scelte politico-criminali e non possono essere estesi alle scelte compiute dall'esecutivo: scelte che peraltro — nel caso di eccesso di delega — sono effettuate in contrasto con quelle del Parlamento o, quantomeno, *a sua insaputa*.

Diversamente, nel caso oggetto dell'ordinanza annotata e prima ancora della sentenza n. 32 del 2014, le norme di cui ai citati artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* sono state introdotte dal Parlamento quali disposizioni aggiuntive (seppure disomogenee e viziate) rispetto a quelle presenti nel decreto legge da convertire in legge. In altri termini, le norme (generalmente favorevoli) non sono state adottate da parte del Governo senza delega, ma pur sempre dal Parlamento, sebbene viziata sul piano procedurale e dunque in contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost.: a fronte di una declaratoria d'incostituzionalità gli effetti non possono che essere differenti.

Il punto centrale della distinzione si coglie nel riflesso del vizio procedimentale sul fondamento di garanzia della riserva di legge: nell'ipotesi di carenza di delega, infatti, l'effetto *in malam partem* è del tutto disancorato da qualsivoglia scelta politico-criminale del Parlamento, a differenza del caso di reviviscenza a seguito di vizio nel procedimento di conversione, ove invece l'effetto è svincolato da tale garanzia, in considerazione del fatto che è comunque ravvisabile — seppure viziata — una deliberazione dell'organo parlamentare, protesa verso un assetto politico-criminale diverso (e parzial-



mente più favorevole) rispetto a quello *ripristinato* dalla Corte costituzionale (14).

5. Un'ultima chiosa su uno snodo preliminare. Alla luce di quanto sin qui sostenuto, integra davvero, come ritenuto dalla Corte costituzionale, un «improprio tentativo d'impugnazione, in violazione dell'art. 137, terzo comma Cost.», della sentenza n. 32 del 2014?

Pur se la motivazione dell'ordinanza da cui si è partiti, nella sua perentorietà, è addirittura *tranchant*, qualche perplessità residua e si lega al fatto che il giudice *a quo*, nel prospettare la questione, non pare contestare — e dunque impugnare — la sentenza n. 32 del 2014 e il suo oggetto, né tantomeno revocare in dubbio la persuasività della sanzione dell'illegittimità per i ravvisati vizi procedurali. Sembra invece individuare nella norma sanzionatoria che fissa oggi il limite editale minimo dell'art. 73, come scaturita dalla pronuncia d'incostituzionalità un vizio 'genetico' e una lesione 'sostanziale' dell'art. 25 Cost.: questo appare il vero oggetto della doglianza.

In sostanza, l'intervento della Corte era stato invocato non con riferimento alla revisione di una precedente pronuncia, sulla quale è sceso il giudicato costituzionale, quanto piuttosto in una diversa richiesta di scrutinio costituzionale (15), al metro dei principi del diritto penale, di una *norma attualmente e pienamente vigente*, che concerne il trattamento sanzionatorio del reato previsto dall'art. 73, comma 1 e che rivive nell'ordinamento per effetto della sentenza n. 32 (16).

Del resto, non può certo ritenersi che la reviviscenza di una norma abrogata produca, come conseguenza ulteriore, la sottrazione della relativa disciplina — quale "zona grigia" dell'ordinamento — al vaglio della Corte, a

---

(14) Su tali presupposti la Cassazione ha ravvisato — nell'ordinanza di rimesione — un possibile contrasto tra principi costituzionali: da un lato, la riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, comma 2; dall'altro, le disposizioni che regolano la formazione delle fonti normative, tra le quali assume rilievo — in questo caso — l'art. 77, comma 2 Cost. Con la precisazione che il principio fissato nell'art. 25, comma 2, «mentre non ha ragione di essere invocato nel caso dell'esercizio extra delega della funzione legislativa da parte del Governo — organo costituzionale privo di un potere normativo "originario", essendo ammesso ad esercitare soltanto un potere legislativo "derivato" da quello parlamentare —, in quanto, in tale ipotesi, non v'è, in effetti, un esercizio del potere legislativo su cui poggiare detta riserva, deve essere affermato in tutta la sua pienezza, o comunque prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante, allorché si tratti dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento, cioè dell'organo investito secondo Costituzione del potere di introdurre le norme penali nel sistema giuridico» (§ 9.3).

(15) Sulla possibilità di prospettare nuovamente questioni di legittimità costituzionale su una disposizione già dichiarata incostituzionale, A. PACE, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, «riconsiderazione» del decisum?*, in questa *Rivista* 2001, 715 ss.

(16) In questo senso, M. GAMBARDILLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, cit., 569.

meno di non volere riconoscere alla *norma che rivive* una peculiare capacità di resistenza *persino* al sindacato di costituzionalità (17).

CRISTIANO CUPELLI

---

(17) Capacità di resistenza peraltro implicitamente negata dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 7 giugno - 13 luglio 2017, n. 179 (cfr. *retro*), sempre relativa al trattamento sanzionatorio dell'art. 73, comma 1 del d.P.R. n. 309 del 1990, ove, nel dichiarare inammissibile le questioni di legittimità sottoposte al suo esame, conclude con un «pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990».