

Acr 3



13903/14

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
QUARTA SEZIONE PENALE

UDIENZA PUBBLICA

DEL 28/2/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. GAETANINO ZECCA - Presidente -
- Dott. CLAUDIO D'ISA - Consigliere -
- Dott. FRANCESCO MARIA CIAMPI - Consigliere -
- Dott. SALVATORE DOVERE - Rel. Consigliere -
- Dott. MARCO DELL'UTRI - Consigliere -

SENTENZA  
N. 399/2014

REGISTRO GENERALE  
N. 43198/2013

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

1) S██████████ P██████ P██████, N. IL 4/2/1974,  
avverso la sentenza n. 730/2013 pronunciata dalla Corte di Appello di Catania il 7/5/2013;  
udita la relazione fatta dal Consigliere Dott. Salvatore Doverè;  
udite le conclusioni del P.G. Dott. Gianluigi Pratola, che ha chiesto la declaratoria di inammissibilità del ricorso;

**RITENUTO IN FATTO**

1. Con sentenza del 27.11.2012 la Corte di Cassazione, sezione Terza, ha annullato con rinvio la sentenza di condanna alla pena di anni quattro di reclusione ed euro diciottomila di multa, pronunciata dalla Corte di Appello di Catania nei confronti di ██████████, giudicato colpevole del reato di detenzione a fini di spaccio di 15 involucri di cellophane contenenti cocaina, con l'aggravante della recidiva specifica, reiterata ed infraquinquennale, commesso il 2.1.2011, limitatamente all'omesso giudizio di comparazione tra la contestata recidiva e la ritenuta attenuante di cui all'art. 73, co. 5 T.U. Stup.

Rinnovando il giudizio, con il provvedimento indicato in epigrafe la Corte territoriale ha ritenuto che la riconosciuta attenuante non fosse prevalente sulla recidiva, per le circostanze del fatto e la personalità negativa del prevenuto, gravato da precedenti penali per rapina, furto ed evasione.

2. Avverso tale decisione ricorre per cassazione l'imputato a mezzo del difensore di fiducia, avv. Filippo Freddoneve, e con un unico motivo deduce vizio motivazionale per aver indicato, il Collegio distrettuale, ragioni ostative al giudizio di prevalenza delle attenuanti erronee in fatto e sostanzialmente conducenti alla violazione di quanto disposto dalla Corte costituzionale con sentenza n. 251/2012, perché il giudizio espresso dal giudice territoriale renderebbe la recidiva di per sé idonea a precludere la prevalenza delle attenuanti.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

3. Il ricorso è fondato, limitatamente al trattamento sanzionatorio, ancorché per ragioni diverse da quelle evidenziate dall'esponente.

4. In tema di giudizio di comparazione tra le circostanze attenuanti e la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., la giurisprudenza di legittimità ha espresso il principio per il quale il potere discrezionale attribuito al giudice anche dalla legge n. 251/05 è correttamente esercitato ove egli abbia preso in esame gli elementi enunciati nell'art. 133 cod. pen., rimanendo sottratta al sindacato di legittimità la motivazione resa al riguardo, se aderente ad elementi tratti dalle risultanze processuali e logicamente corretti (Sez. 2, n. 4969 del 12/01/2012 - dep. 09/02/2012, Doku, Rv. 251809).

Nel caso che occupa la Corte di Appello ha reso esplicite le ragioni per le quali ha ritenuto di non dover accordare prevalenza all'attenuante di cui all'art. 73, co. 5 T.U. Stup.: gravità del fatto, essendo stato trovato l'imputato in possesso di quindici involucri in zona teatro di spaccio; la negativa personalità dello Spampinato.

Come affermato da ultimo dalla richiamata sentenza n. 251/2012 della Corte costituzionale, la recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità; sicché il giudizio di comparazione deve essere condotto nella prospettiva della valutazione della misura dell'incidenza di tali elementi, in rapporto a fattori di segno opposto.

Il richiamo alla gravità del fatto ed ai precedenti penali dell'imputato risulta quindi congruo, in quanto realmente espressivi della misura della colpevolezza (che contribuisce a plasmare anche il fatto tipico) e della pericolosità sociale.

Il rilievo del ricorrente secondo il quale i dati di fatto assunti dalla Corte di Appello non sarebbero corrispondenti a quanto accertato nel processo non è conforme al principio di autosufficienza del ricorso, in particolare per quanto concerne la quantità della droga rinvenuta allo Spampinato (peraltro, quindici involucri ben possono consistere in cinque dosi).

In conclusione, il motivo va rigettato.

5. Per illustrare le ragioni per le quali la sentenza impugnata merita non di meno di essere annullata, occorre prendere le mosse dalla considerazione dell'intervento, nelle more di questo giudizio, del d.l. 23.12.2013, n. 146 (convertito con modificazioni dalla legge 22 febbraio 2014, n. 10), il cui articolo 2, co. 1 lett. a) ha modificato l'art. 73, co. 5 del d.p.r. 9.10.1990, n. 309, con un testo del seguente tenore: *"Al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 sono apportate le seguenti modificazioni:*

*a) all'articolo 73, il comma 5 è sostituito dal seguente comma:*

*"5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000".*

Il mutamento normativo impone di interrogarsi in merito al ruolo che la nuova disposizione può assumere nella regolamentazione del caso in esame. Pur se il reato ascritto allo Spampinato è stato commesso il 2.1.2011, e quindi prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 d.l. n. 146/2013 (24.12.2013), la circostanza che esso sia stato giudicato dalle corti di merito come 'fatto di lieve entità', oggetto di disciplina tanto della norma vigente al tempo della commissione del reato che di quella recata dal menzionato art. 2, espone il medesimo all'applicazione dell'art. 2 cod. pen.

Orbene, in tema di mutamenti normativi che investano il trattamento sanzionatorio di una determinata fattispecie, questa Corte ha ripetutamente affermato che la valenza del principio di legalità della pena impone che l'eventuale violazione del medesimo debba essere rilevata d'ufficio (cfr. Sez. 5, n. 3945 del 13/11/2002 - dep. 28/01/2003, De Salvo, Rv. 224220, relativa al nuovo regime previsto - nella specie per il delitto di lesioni personali - dal decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274; Sez. 1, n. 1711 del 14/04/1994 - dep. 23/05/1994, P.M. in proc. Marchese, Rv. 197464).

Anche ad aderire alla tesi più restrittiva, che ammette la rilevanza di ufficio da parte della Corte di Cassazione a condizione che la stessa, così come indicata nel dispositivo, non sia per legge irrogabile (non anche quando il

trattamento sanzionatorio sia di per sé complessivamente legittimo ed il vizio attenga al percorso argomentativo attraverso il quale il giudice è giunto alla conclusiva determinazione dell'entità della condanna: Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013 - dep. 23/05/2013, Nisi e altro, Rv. 255729), rimane ferma la doverosità della individuazione della 'pena legale', quale determinatasi a seguito del divenire normativo, salvo trarne o meno le conseguenze in termini di annullamento della sentenza impugnata (dovendosi a tal proposito tener in conto che occorre pur sempre che il ricorso non sia inammissibile: Sez. 2, n. 44667 del 08/07/2013 - dep. 06/11/2013, Aversano e altri, Rv. 257612; Sez. 5, n. 36293 del 09/07/2004 - dep. 14/09/2004, Raimo, Rv. 230636).

6. Com'è noto, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, in tema di reati concernenti sostanze stupefacenti, l'ipotesi disciplinata dall'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309/90, come riprodotte l'art. 71 della legge 23.12.1975, n. 685 e quale venuto ad essere per effetto dell'art. 14 della legge 26.6.1990, n. 162, configura una circostanza attenuante delle ipotesi criminose previste dai commi 1 e 4 dell'art. 73 cit., e non già una figura autonoma di reato (cfr., Cass., Sez. Un., sent. n. 9148 del 31.5.1991, Parisi, Rv. 187930).

Per contro, come già è stato espresso da questa Corte (Sez. 4, sent. n. 7363 del 9.1.2014, Fazio, n.m.) la nuova disposizione ha delineato un reato autonomo, incentrato sulla lievità dell'illecito.

In effetti, una pluralità di indici depongono per la introduzione di una nuova ipotesi di reato. In primo luogo va considerato il dato testuale della disposizione, che si apre con una clausola di sussidiarietà, "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*", chiaramente espressiva della volontà legislativa di estendere alla nuova fattispecie lo status di reato, tanto da disciplinarne la relazione con enti ontologicamente omologhi, stabilendo la prevalenza di quelli più gravi e, per converso, la subvalenza di quelli meno gravi. Ancora nell'enunciato si rinviene una locuzione tradizionalmente utilizzata nella delineazione di fattispecie tipiche: "*Chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo*"; e non priva di rilievo è la introduzione del trattamento sanzionatorio non più mediante l'espressione "*si applicano le pene*", bensì con la locuzione "*è punito con le pene*".

Ancor più netti sono i testi che vanno a sostituire i richiami all'art. 73, comma 5 d.p.r. 309/90 contenuti rispettivamente negli articoli 19, co. 5 e 380, co. 2 lett. c) cod. proc. pen. Il comma 1-bis dell'art. 2 del d.l. n. 146/2013, come introdotto dalla legge di conversione, dispone che all'art. 380, comma 2, lett. h), cod. proc. pen., le parole "*salvo che ricorra la circostanza prevista dal comma 5*

*del medesimo articolo*" sono sostituite dalle seguenti *"salvo che per il caso dei delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo"*; il comma 1-ter del medesimo articolo aggiunge alla fine dell'art. 19, comma 5, le parole *"salvo che per i delitti di cui all'art. 73, comma 5, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni"*. In sintesi, può rilevarsi che, in entrambi i casi, il legislatore ha avuto cura di qualificare come "delitti" i fatti cui all'art. 73, comma 5 del d.p.r. n. 309 del 1990, addirittura sostituendo, nell'art. 380 cod. proc. pen., questa espressione a quella precedente impiegata di "circostanza".

Né va taciuto che la rubrica dell'art. 2 recita: *"Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità"*.

Com'è stato osservato (Sez. 4, sent. n. 10514 del 28.2.2014, Verderamo, n.m., nella quale si approfondiscono i rilievi sopra esposti), nessuno degli elementi appena passati in rassegna risulterebbe da solo in grado di condurre ad indiscutibile soluzione una questione qualificatoria che già sul piano generale risulta quanto mai complessa e foriera di dispute interpretative. Basti ricordare i numerosi interventi spiegati dalle Sezioni Unite per dirimere i contrasti giurisprudenziali in tema di natura circostanziale o 'basica' di determinate fattispecie (per citare solo le più recenti, Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011 - dep. 07/02/2012, Casani ed altri, Rv. 251270; Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010 - dep. 05/10/2010, P.G. in proc. Rico, Rv. 247910, proprio in materia di stupefacenti; Sez. U, n. 26351 del 26/06/2002 - dep. 10/07/2002, P.G. in proc. Fedi, Rv. 221663; Sez. U, n. 119 del 29/10/1997 - dep. 08/01/1998, Deutsch, Rv. 209126).

Tuttavia, il convergere di più indici, in unione ad altre evidenze (si allude al comunicato-stampa rilasciato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri all'esito del Consiglio dei Ministri n. 41 del 17 dicembre 2013, nonché alla relazione al disegno della legge di conversione del decreto; nel primo si è parlato di «una nuova ipotesi di reato in luogo della previgente circostanza attenuante»; nella seconda si qualifica espressamente la fattispecie riformulata come fattispecie autonoma di reato), espressive di una volontà del legislatore storico di innovare profondamente la disciplina degli illeciti previsti dall'art. 73, co. 1 d.p.r. n. 309/1990, attraverso l'abbandono della tradizionale scansione sanzionatoria (reato base punito con pene elevate, associato ad ipotesi attenuante imperniata sulla lievità del fatto), convincono questa Corte - in ciò confortata dalle prime analisi dottrinarie - della acquisizione dell'ipotesi del fatto lieve, com'è oggi delineata per effetto dell'art. 2 d.l. n. 146/2013, al novero delle fattispecie autonome di reato.



7. L'incidenza della nuova norma nel presente procedimento risulterebbe immediatamente apprezzabile già nel rapporto tra questa e l'articolazione delle condotte illecite operata dall'art. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30.12.2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21.2.2006, n. 49. Disposizioni che hanno sostituito (in particolare la prima) l'originario testo dell'art. 73 d.p.r. 9.10.1990, n. 309, e dalle quali sono scaturite le norme con le quali si sono confrontati i giudici di merito (e lo stesso giudice rescindente) nella vicenda in esame. Infatti, la natura autonoma della fattispecie caratterizzata dalla lievità del fatto sottrae questa al giudizio di comparazione previsto dall'art. 69 cod. pen. per l'ipotesi di concorso di circostanze eterogenee, con l'effetto che occorre chiedersi quale sia la norma che deve trovare applicazione nel caso in esame, siccome norma più favorevole.

Senonchè, la ricognizione delle possibili epifanie della relazione tra i testi in discorso, immediatamente intuibili nella loro pluralità, non può però svolgersi senza considerare che gli articoli 4-bis e 4-vicies ter sopra citati sono stati travolti dalla sentenza dichiarativa della loro illegittimità costituzionale, anch'essa pronunciata nelle more di questo giudizio (C. cost. sent. n. 32 dell'11-12.2.2014, depositata il 25.2.2014).

La considerazione di tale pronuncia si impone, ancorchè non ancora pubblicata nella Gazzetta Ufficiale alla data della deliberazione della presente decisione (G.U. del 5.3.2014 n. 11, 1a Serie Speciale).

Invero, in passato la previsione di cui all'art. 30, co. 3 L. 11 marzo 1953, n. 87, per il quale *"le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"*, ha portato questa Corte a ritenere rilevante (nella specie, ai fini della tempestività della presentazione della dichiarazione di ricusazione, basata sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2 cod. proc. pen.), la data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale nella Gazzetta Ufficiale, mentre è stata ritenuta priva di incidenza la data del deposito della sentenza e a fortiori qualsiasi altra forma di conoscenza effettiva precedente alla pubblicazione. A rafforzare tale giudizio è stato reclutato anche l'art. 136 Cost., interpretato nel senso che la sentenza della Corte Costituzionale che dichiara la illegittimità costituzionale di una norma di legge esplica effetti nell'ordinamento giuridico solo con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (Sez. 6, n. 3771 del 03/10/1997 - dep. 02/12/1997, Giallombardo M, Rv. 209076).

Tuttavia la tesi della assenza di effetti derivanti dalla dichiarazione di incostituzionalità nel tempo anteriore alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale trova ferma opposizione in autorevole parte della dottrina costituzionalista, la quale afferma che la dichiarazione di incostituzionalità

produce effetti *erga omnes* dal giorno del deposito in cancelleria, mentre la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale è necessaria per "fondare responsabilità di chi non ne avesse tenuto conto". In quest'ordine di idee si ritiene che già dalla conoscenza anticipata della dichiarazione d'incostituzionalità – segnatamente, per effetto dei comunicati stampa della Corte - discende un corrispondente dovere di negare l'applicazione o l'esecuzione dell'atto incostituzionale e di omettere comportamenti contrari al decisum, nei termini resi noti dal comunicato. E, si aggiunge, lo stesso giudice non deve ritenersi vincolato dall'efficacia della legge incostituzionale sino alla pubblicazione della dichiarazione d'incostituzionalità perché la legge incostituzionale non è annullabile, ma nulla e quindi non obbligatoria.

Su un piano più generale, va rilevato come risulti quanto mai attuale l'attenzione degli studiosi del diritto costituzionale – non solo nazionale - verso quelli che vengono definiti gli "effetti preliminari" della dichiarazione di incostituzionalità, ovvero gli effetti che si producono già prima che vengano ad esistenza tutti i requisiti richiesti per la piena efficacia dell'atto. A dimostrazione della complessità di un fenomeno che non si lascia raggiungere se non attraverso il raccordo di principi tradizionali, quali la certezza del diritto, alla mappa valoriale nella quale si riconosce l'attuale comunità (in un'accezione che non necessariamente la riduce alla comunità nazionale).

Volendo limitare l'analisi ai dati normativi, mette conto rimarcare che altre previsioni della legge n. 87/53 (gli artt. 19, 26, co. 3, 29 e 30, co. 1 e 2), rendono manifesto il rilievo accordato dal legislatore al deposito della sentenza nella cancelleria della Corte regolatrice, tanto da confortare la tesi dell'esistenza di due diverse forme di pubblicazione delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, l'una di carattere processuale, incentrata sul deposito in cancelleria, l'altra avente la funzione di consentire la conoscenza legale dell'atto consistente, a seconda dei casi, nella pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o nel Bollettino Ufficiale della Regione.

Dal canto loro, i testi dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30, co. 3 cit. non risultano certamente preclusivi della tesi che qui si sostiene. Il primo afferma che "*quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*"; il secondo, in linea di continuità, fa divieto di applicare le norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Come può agevolmente notarsi, le menzionate disposizioni non vietano di anticipare l'applicazione delle norme che residuano alla pronuncia ablativa, rendendo subvalente la transeunte formale vigenza della norma incostituzionale alla sostanziale illegalità della medesima e così evitando

che, sulla scorta di questa, nel giudizio di legittimità debba pronunciarsi una decisione terminativa del procedimento.

Sul piano teleologico, una simile interpretazione può vantare di non incorrere nel paradosso di pretendere *medio tempore* l'osservanza di norme giuridiche la cui incostituzionalità è stata oramai affermata - in un atto compiutamente formatosi con il deposito -, perpetuando quella lesione della legalità costituzionale che la pronuncia vuole risolvere.

La stessa Corte costituzionale ha mostrato di tenere in conto la dichiarazione di illegittimità costituzionale pronunciata in altro procedimento alla medesima udienza e resa nota con il deposito della sentenza in pari data (C. cost. ord. n. 47 del 10-20.2.1997), ancorchè, com'è ovvio, la stessa non fosse stata ancora pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

In conclusione, sulla scorta di quanto osservato, questa Corte ritiene di dover fare propria la tesi per la quale dal deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità della norma al giudice non è precluso di applicare la legge tenendo presente l'intervenuta declaratoria.

Tanto importa di dover tener conto della menzionata pronuncia, sia in ragione di quanto sopra espresso a riguardo della rilevabilità d'ufficio dell'eventuale violazione del principio di legalità della pena, sia in adesione al principio, già posto da questa Corte, secondo il quale, in tema di ricorso per cassazione, la pubblicazione in epoca successiva alla presentazione del ricorso di una sentenza della Corte costituzionale di accoglimento, con contenuto additivo, consente al ricorrente di giovarsene senza presentare motivi aggiunti, essendo sufficiente anche depositare una semplice memoria difensiva, purché con i motivi originari il giudice di legittimità sia stato investito del controllo della motivazione della sentenza di merito sul punto su cui è intervenuta la declaratoria di incostituzionalità (Sez. 6, n. 37102 del 19/07/2012 - dep. 26/09/2012, Checcucci e altro, Rv. 253471; Sez. 3, n. 3091 del 18/01/1999 - dep. 08/03/1999, Cangelosi S e altri, Rv. 213574). Nella specie, come si è esposto in apertura, il ricorso in esame attiene al giudizio di bilanciamento delle concorrenti circostanze eterogenee.

8. Orbene, a seguito della sentenza n. 32/2014 il testo dell'art. 73, co. 5, come introdotto dal citato art. 4bis risulta eliminato dall'ordinamento con effetto retroattivo.

Infatti, la declaratoria di incostituzionalità incide sulla norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici in corso (Corte Cost. sent. n. 127 del 15.12.1966), ed incide altresì sulle situazioni pregresse, salvo il limite insuperabile del giudicato, che tuttavia

trova un'eccezione in materia penale (sul tema cfr. Sez. 1, n. 26899 del 25/05/2012 - dep. 09/07/2012, Pmt in proc. Harizi, Rv. 253084; Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007 - dep. 12/07/2007, P.C. in proc. Lista, Rv. 236535).

D'altronde, in questo senso si è espresso a chiare lettere il giudice delle leggi per il quale, con la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, *"riprende applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate"* (con il conseguente ripristino del differente trattamento sanzionatorio dei reati concernenti le cosiddette "droghe leggere", puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, rispetto ai reati concernenti le cosiddette "droghe pesanti", puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, oltre la multa), atteso che i vizi procedurali in cui era incorso il legislatore del 2006 (in sede di conversione dell'originario decreto-legge), dovevano considerarsi tali da dar luogo ad un atto legislativo affetto da un *"vizio radicale nella sua formazione [come tale] inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa (sentenze n. 123 del 2011 e n. 361 del 2010)"*.

Ciò, tuttavia, non significa che l'interprete possa abbandonare ogni attenzione verso la disciplina investita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Una prima ragione della persistente necessità di tener conto, sia pure indirettamente, della norma scaturita dall'entrata in vigore degli artt. 4-bis e 4-vicies ter citt. è stata indicata dalla stessa Corte Costituzionale, la quale ha evidenziato come, a seguito dell'intervenuta decisione, si pone per il giudice ordinario il compito di *"individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies ter"* dichiarati costituzionalmente illegittimi.

L'indagine al riguardo, operata da questa Corte nella già menzionata sentenza in causa Verderamo con motivazione che si condivide integralmente, conduce a ritenere che la caducazione degli artt. 4-bis e 4-vicies ter non ha incidenza sulla vigenza dell'art. 73, co. 5 d.p.r. n. 309/90, come sostituito dall'art. 2 d.l. n. 146/2013.

Sul piano testuale risulta di tutta evidenza l'assenza di punti di contatto tra l'art. 2 d.l. n. 146/2013 e le norme dichiarate incostituzionali. Il primo, come si è riportato in apertura, apporta modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, sostituendovi il comma 5 dell'art. 73. Manca, pertanto, ogni riferimento agli artt. 4-bis e 4-vicies ter del decreto-legge

30 dicembre 2005, n. 272, o all'art. 73, comma 5, del d.p.r. n. 309/90 'come modificato dal predetto decreto'.

Orbene, pur dovendosi registrare una perdurante difficoltà di distinguere la natura del rinvio operato da una norma ad altra, non può non considerarsi il maggior favore che deve essere accordato al rinvio formale-dinamico rispetto a quello materiale-statico (in tal senso C. cost., ord. n. 121 del 14.1.1988) e la subvalenza delle intenzioni del legislatore storico rispetto a quanto risulta dall'enunciato normativo, sia pure attraverso l'interpretazione. Nel caso di specie, la locuzione utilizzata dalla norma ("*fatti previsti dal presente articolo*") oggettivamente si presta a fungere da elemento di raccordo con qualsiasi contenuto venga ad assumere l'articolo 73, salvo le ipotesi di palese incompatibilità strutturale. Si è quindi in presenza di un rinvio alla fonte di produzione della norma (rinvio cd. mobile) piuttosto che alla norma materiale vigente in un determinato momento storico (rinvio cd. fisso: in tal senso già la sentenza in causa Verderamo). A fronte di ciò, appare quindi non decisivo che il legislatore del 2013 abbia potuto voler fare riferimento unicamente a disposizioni coeve.

Tale soluzione pare svelare il senso più vero della ricordata affermazione che richiama all'impegno di verificare quali norme siano "*divenute prive del loro oggetto, perchè rinviano a disposizioni caducate*" e quali "*devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies ter*". Non vi è alcun dubbio, infatti, che l'art. 2 d.l. n. 146/2013 non è stato in alcun modo 'privato del proprio oggetto' né presuppone la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies ter.

Inoltre, la stessa avvertenza posta dalla Corte costituzionale - quanto alle norme che non possono più trovare applicazione - va tenuta in considerazione nella consapevolezza dell'esteso riconoscimento che, anche da parte del giudice delle leggi (cfr. ex multis, sent. n. 368 del 9.7.1992), viene tributato al principio di conservazione dei valori giuridici. Ciò conduce a preferire l'interpretazione che, senza inciampi logico-formali o insensatezze assiologiche, lascia 'viventi' e non solo 'vigenti' l'art. 2 d.l. n. 146/2013 e il comma 5 dell'art. 73 d.p.r. n. 309/90, come da quello sostituito.

E' però evidente - e questa Corte lo ha già esplicitato - che il *punctum dolens* si rintraccia nell'innesto, in un tessuto normativo permeato dalla diversificazione della risposta statuale in base alla variabile tipologica, di una disposizione che uniforma il trattamento sanzionatorio relativo a ogni ipotesi di reato concernente sostanze stupefacenti, quale ne sia l'oggetto materiale, droga c.d. leggera o droga cd. pesante, quando esse siano riconducibili al paradigma della 'lieve entità' del fatto.

Mentre la disciplina delle c.d. ipotesi-base dei reati concernenti sostanze stupefacenti prevista dall'art. 73 ad oggi (tornata) in vigore, distingue, sul piano del trattamento sanzionatorio, i casi riguardanti il traffico delle droghe c.d. 'pesanti' (per cui è prevista la pena da otto a vent'anni di reclusione, oltre la multa) da quelli riferiti alle droghe c.d. 'leggere' (punite con la reclusione da due a sei anni, oltre la multa), nel caso in cui tali fatti - "per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze" - siano di lieve entità, la sanzione prevista (indipendentemente dalla natura, 'pesante' o 'leggera', della sostanza stupefacente) è quella della reclusione da uno a cinque anni, oltre la multa.

Ciò giustifica l'interrogativo circa la compatibilità e la possibilità di coesistenza delle previsioni in esame.

Ma il quesito può trovare soluzione positiva; come è stato scritto nella sentenza in causa Verderamo, da un verso il quadro complessivo non appare minato da un'irragionevolezza di tale irriducibilità da prospettare un presumibile conflitto, della norma introdotta dal citato art. 2, con il parametro costituzionale di cui all'art. 3 della Costituzione. Dall'altro, lo sforzo ricostruttivo richiesto all'interprete istituzionale, al di là delle mutevoli scelte normative riconducibili all'iniziativa di maggioranze politiche contingenti, è quello di ricercare il possibile coordinamento dei materiali normativi disponibili, utile a soddisfare, tanto l'esigenza di una coerenza di senso logico dei testi, quanto la necessità di una persistente compatibilità assiologica delle norme ricavate con i principi e i valori della Carta costituzionale.

Deve pertanto ritenersi che l'ipotesi introdotta dall'art. 2 d.l. n. 146/2013, identificata come "delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità" e sistematicamente collocata nel testo dell'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309/90, rimanga configurabile quale reato autonomo punibile con la reclusione da uno a cinque anni, oltre la multa, pur a seguito dell'emissione della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale.

9. Il secondo motivo che impone di tener ancora in conto la disciplina scaturita dall'art. 4-bis cit. risiede nel principio di prevalenza della norma più favorevole.

Quando alla legge del tempo in cui è stato commesso il reato succede una norma che dispone un trattamento più sfavorevole, quella prevalenza è accordata in forza del divieto di retroattività della norma più sfavorevole, che è unanimemente ritenuto costituzionalmente imposto in termini assoluti - ovvero non condizionabile dalla ponderazione con altri valori costituzionali - dall'art. 25 Cost.

Quando la legge del tempo in cui venne commesso il reato prevede un trattamento più gravoso rispetto a quello introdotto da una norma successiva, la pretesa di fare applicazione di questa seconda legge non può vantare identica copertura costituzionale.

Il dibattito intorno al tema della retroattività della norma più favorevole è ampio e complesso e sarebbe un fuor d'opera darne conto nella sua interezza. In special modo per la diretta rilevanza, in questa sede, di una particolare sfaccettatura di quel tema; sfaccettatura che rimanda ad una regolamentazione per così dire 'eccentrica'. Ed è solo al fine di dare conto di tale eccentricità che si scriverà, in estrema sintesi, di quel dibattito.

L'opinione dominante ha per lungo tempo rinvenuto un sicuro ancoraggio del principio di retroattività della norma più favorevole nella legge ordinaria e, ritenuti inconferente gli artt. 13 e 25 Cost., ha guardato all'art. 3 della Carta - ovvero al principio di uguaglianza - come al solo referente costituzionale (ad esempio, C. cost. sent. n. 393 del 23.11.2006; si veda anche Cass. Sez. 2, n. 35079 del 07/07/2009 - dep. 09/09/2009, Sylla, Rv. 244631).

Ne è derivato il corollario di una tutela 'relativa', ovvero di una recessività del principio rispetto a valori costituzionali ritenuti in modo ragionevole prevalenti dal legislatore. Secondo la Corte costituzionale, *"Il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della lex mitior - quale emerge dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario - impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo (quali - a titolo esemplificativo - quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo; cfr. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del 1993). Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole"* (C. cost. sent. n. 393/2006; per la giurisprudenza di legittimità, Sez. 3, n. 34117 del 27/04/2006 - dep. 12/10/2006, Alberini e altro, Rv. 235051).

Più di recente, tuttavia, proprio l'esistenza delle fonti internazionali alle quali ha fatto riferimento il giudice delle leggi anche nella decisione testè menzionata ha condotto a nuove soluzioni. Mette conto rammentare l'art. 15, co. 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16.12.1966

e ratificato e reso esecutivo con legge 25.10.1977, n. 881 (la quale reca una riserva avente l'effetto di allineare gli obblighi internazionali nascenti dal Patto ai contenuti del comma 4 dell'art. 2 cod. pen.); l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7.12.2006 e alla quale il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1.12.2009, ha attribuito valore giuridico pari a quello delle norme dei trattati istitutivi della U.E.), il cui primo comma recita: "*Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima*"; l'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4.11.1950 e ratificata e resa esecutiva con legge 4.8.1955, n. 848, a mente del quale "*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*" (co. 1). Anche la CEDU è stata oggetto di previsione da parte del Trattato di Lisbona, essendo disposto che "*l'Unione aderisce alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" (art. 6).

In questa sintetica rassegna non va dimenticata la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha riconosciuto il principio di retroattività della *lex mitior* quale principio della tradizione costituzionale degli Stati membri e lo ha quindi assegnato al novero dei principi generali del diritto comunitario (sent. 3.5.2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sent. 11.3.2008, Jager, C-42006; sent. 28.4.2011, El Dridi, C-61/11, nella quale si afferma che "*il giudice del rinvio dovrà tenere debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*").

Non è possibile trarre dalle norme sopra menzionate la conclusione della loro natura di fonti di garanzie e di diritti direttamente operanti a favore dei cittadini degli Stati membri dell'Unione, trattandosi comunque di regole che si indirizzano alle istituzioni europee e agli Stati membri.

Ciò non di meno, il nuovo tenore dell'art. 117, co. 1 Cost. (quale scaturito dalla legge costituzionale 18.10.2001, n. 3), per il quale "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*", ha offerto il supporto ad una ricostruzione del sistema delle fonti nella quale le

norme della CEDU hanno valore di parametro di legittimità della normativa nazionale, quali norme interposte tra legge ordinaria e Costituzione (C. cost., sentenze n. 348 e 349 del 2007). Sicchè *"la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento"* da parte del giudice delle leggi (sentenza n. 317 del 2009).

Le implicazioni nell'ambito del principio di retroattività della norma più favorevole sono state tratte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 19.7.2011, che, tenuto conto di quanto precisato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a riguardo della derivazione della regola della retroazione favorevole dall'art. 7 CEDU (sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, nella quale si legge che *"se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"*), ha affermato che: a) nell'art. 7 CEDU il principio in parola non ha una rigidità maggiore di quello che aveva già trovato riconoscimento nella giurisprudenza di questa Corte, nel senso di non tollerare deroghe o limitazioni giustificate da situazioni particolari; b) nella CEDU quel principio incontra il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede nel nostro ordinamento l'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen.; c) il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla CEDU concerne le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono» e, quindi, non coincide con quello che è regolato dall'art. 2, quarto comma, cod. pen., che riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo.

10. Così delineato il principio in parola, si può rapidamente svolgere la parte finale di questo *excursus*.

Il quesito che si pone nel caso che occupa è se la regola appena ricordata possa trovare applicazione anche quando la norma successiva più favorevole sia stata dichiarata incostituzionale. Infatti, si consideri che, a riguardo dei fatti non lievi, l'art. 73, co. 1, nel testo dettato dalla legge n. 49/2006 punisce le condotte ivi delineate, aventi quali possibili oggetti tanto le cd. droghe pesanti che le cd. droghe leggere, con la pena da sei a venti anni di reclusione (si omette per brevità il riferimento alla multa, irrilevante ai fini che qui occupano). La norma scaturita dall'approvazione del d.p.r. n. 309/90, e rivivificata dalla pronuncia di incostituzionalità, prevede per le droghe pesanti la pena da otto a venti anni di reclusione e per le droghe leggere la pena da due a sei anni di

reclusione. E' quindi possibile - ma il rilievo considera unicamente la commisurazione della pena - che un fatto commesso sotto la vigenza dell'art. 73, co. 1 d.p.r. 309/90 trovi nella norma dichiarata incostituzionale la norma più favorevole.

La risposta deve essere negativa. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, *"il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sè, costituzionalmente legittima. Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare - in chiave di tutela del principio di eguaglianza - l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La lex mitior deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali. Altrimenti, non v'è ragione per derogare alla regola sancita dai citati art. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa"* (sent. n. 394 del 23.11.2006).

L'affermazione è stata resa prima che con la sentenza Scoppola c. Italia si pervenisse alla netta presa di posizione della Corte Edu a favore del principio di retroattività della norma più favorevole. Tuttavia, come si è visto, i lineamenti che quel principio assume non sono stati ritenuti, allo stato, tali da determinarne una più ampia area di applicazione. Per quel che qui interessa, non sembra che dalla giurisprudenza di Strasburgo emergano ragioni per ritenere che sia da rivedere la regola posta dalla Corte costituzionale a riguardo del limite al principio in parola derivante dalla invalidità della *lex mitior*. In proposito, è opportuno rammentare che compete al giudice delle leggi verificare in che modo la giurisprudenza della Corte europea si inserisce nell'ordinamento nazionale. Se da un verso non è sindacabile l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo in quanto le norme della CEDU devono essere applicate nel significato loro attribuito da quella Corte (C. cost. sentenze n. 1 e 113/2011, n. 93/2010, n. 239 e 311/2009, n. 39/2008, n. 348 e 349/2007), dall'altro la Corte

costituzionale deve "valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano" (sentenza n. 317/2009), in modo da tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311/2009 e n. 236/2011).

Tanto implica che i fatti commessi prima della vigenza della legge 49/2006 trovano disciplina sempre nel d.p.r. 309/90 (che troverà motivo di comparazione solo con la previsione del d.l. n. 146/2013 e quindi limitatamente ai fatti lievi).

Il fondamento normativo di tale soluzione si rinviene nella natura recessiva del principio di retroattività della norma penale più favorevole a cospetto della previsione dell'art. 136 Cost., laddove pone la regola dell'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La tutela attenuata del principio ne giustifica la sottordinazione.

Per contro, i fatti commessi sotto la vigenza della norma incostituzionale devono trovare in essa la loro disciplina quando la legge pregressa (che si ripropone per effetto della dichiarazione di incostituzionalità) sia meno favorevole; e ciò proprio per il valore assoluto del principio di irretroattività della norma meno favorevole.

11. Tirando le somme del discorso sin qui condotto, va in primo luogo rammentato che l'applicazione del principio di prevalenza della *lex mitior*, nei termini sopra esposti, richiede di tener conto della disposizione in concreto complessivamente più favorevole; in nessun caso potrà procedersi, evocando il *favor rei*, alla formazione di una 'terza' norma, costituita dalla combinazione di parti di disposizioni diverse, perchè in tal modo si verrebbe ad applicare una terza fattispecie di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando così il principio di legalità (ex multis, Sez. 4, n. 36757 del 04/06/2004 - dep. 17/09/2004, Perino, Rv. 229687; Sez. 4, n. 42496 del 19/09/2012 - dep. 31/10/2012, P.G. in proc. Mercuri, Rv. 254613).

Nella materia che occupa, tanto significa dover tener conto dell'eventuale giudizio di bilanciamento operato dal giudice, non potendosi individuare la *lex mitior* sulla scorta del solo fatto dell'avvenuta concessione della attenuante del fatto lieve.

Pertanto, si rileva che:

- per i fatti commessi sotto la vigenza del d.p.r. n. 309/90 e quindi sino al 27.2.2006 incluso, trova applicazione:

- quanto ai fatti non lievi, unicamente la disciplina dell'art. 73, co. 1 e 4 d.p.r. n. 309/90;

- quanto ai fatti lievi, occorre distinguere a seconda che si tratti di droghe pesanti, per le quali si applicherà il comma 5 come sostituito dal d.l. n. 146/2013 anche in caso di ritenuta prevalenza dell'attenuante (per il più elevato massimo edittale della disposizione più risalente), ovvero di droghe leggere, per i quali trova applicazione il comma 5, nella versione del 1990, ma solo se l'ipotesi attenuata non risulta elisa dall'eventuale giudizio di bilanciamento; ove ritenuta equivalente o subvalente, trova applicazione la norma di più recente introduzione;
- per i fatti commessi sotto la vigenza della legge n. 49/2006 e quindi dal 28.2.2006 al 24.12.2013:
  - quanto ai fatti non lievi, trova applicazione la legge n. 49/2006 ove si tratti di droga pesante; nel caso di droga leggera, trova applicazione l'art. 73, co. 4 d.p.r. n. 309/1990;
  - quanto ai fatti lievi, ove trattasi di droghe pesanti risulta in ogni caso più favorevole il d.l. n. 146/2013; ove si tratti di droghe leggere, assume rilievo l'esito dell'eventuale giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen.

Ove questo abbia visto assegnare prevalenza alla circostanza attenuante speciale, norma più favorevole risulterà il comma 5 del d.p.r. n. 309/90 come introdotto dall'art. 14 della l. n. 162/1990. Ove il giudizio di bilanciamento abbia visto equivalente o subvalente la circostanza del fatto lieve, risulterà più favorevole la norma introdotta dal d.l. n. 146/2013.

Deve tuttavia essere rimarcato che, in tutti i casi nei quali risulterebbe più favorevole l'attuale testo dell'art. 73, co. 5, dovrà tenersi conto della eventuale ritenuta sostituibilità della pena principale con quella del lavoro di pubblica utilità, che prevista unicamente dalla legge n. 49/2006, rende la medesima *lex mitior* nel caso concreto (sempre che la pena non sia stata inflitta in misura superiore a cinque anni di reclusione).

12. Quanto sin qui esposto dà conto delle ragioni per le quali la sentenza impugnata deve essere annullata, limitatamente alla determinazione del trattamento sanzionatorio, con rinvio alla Corte di Appello di Catania.

Nel caso che occupa, infatti, poiché il reato è stato commesso sotto la vigenza della norma incostituzionale è ben possibile tenerne conto ai fini della identificazione della *lex mitior*. *Lex mitior* che, dovendo rimanere ferma la configurazione del fatto come lieve, e trattandosi di droga pesante (cocaina), risulta essere la norma di più recente introduzione. La pena inflitta allo

Spampinato, giudicato con il rito abbreviato, è stata determinata a partire da una pena base di anni sei di reclusione ed euro 27.000 di multa, sulla quale, risultando eliso dal giudizio di bilanciamento l'effetto diminuyente della ritenuta circostanza attenuante del fatto lieve, si è apportata la riduzione prevista per il rito. Pertanto, tale pena risulta illegale perché la qualificazione del fatto come lieve deve comportare l'applicazione della nuova disciplina, in quanto più favorevole al reo, con la necessità di rideterminare la pena. Operazione che implica una integrale rinnovazione del giudizio di commisurazione, in funzione della nuova cornice edittale da assumersi a riferimento e della incidenza della ritenuta - e quindi non ritrattabile - recidiva; giudizio che non può che essere riservato al giudice del merito.

**P.Q.M.**

Annulla la sentenza impugnata, con rinvio e limitatamente alla determinazione della misura della pena. Rigetta nel resto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28/2/2014.

Il Consigliere estensore

Salvatore Dovere



Il Presidente

Gaetanino Zecca

