

## **LA CONSULTA BOCCIA LA FINI GIOVANARDI**

*ovvero: quando la gatta frettolosa fa i gattini ciechi*

*ovvero: della miopia delle istituzioni*

(Andrea Natale)

1. La notizia / 2. L'antefatto e un utile esercizio di memoria / 3. Un esercizio di grammatica istituzionale / 4. Quali ricadute? / 4.1. La reviviscenza del testo originario dell'art. 73 TU Stup / 4.2. Potenziali effetti sfavorevoli della sentenza della Consulta? / 4.3. La reviviscenza della disciplina originaria e l'art. 73, comma 5, DPR 309/90, come novellato dall'art. 2 del d.l. 146/2013/ 4.4. Effetti favorevoli / 4.5. I termini di custodia cautelare per le droghe leggere / 5. La miopia delle istituzioni

### **1. La notizia.**

Occorre prendere le mosse dall'asettico comunicato emesso dall'Ufficio stampa della Corte costituzionale.

«La Corte costituzionale, all'udienza in Camera di consiglio del 12 febbraio 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 77, secondo comma, della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti-legge – degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico in materia di stupefacenti)».

L'apparente aridità di questa comunicazione investe in realtà il destino di migliaia e migliaia di persone, in questi otto anni arrestate, giudicate, condannate e detenute in applicazione di una legge oggi dichiarata incostituzionale. Tanto per dare un'idea (fotografando solo uno degli epifenomeni), ad oggi sono detenute in carcere per la violazione dell'art. 73 DPR 309/90 ben 24.273 persone (dato al 31.12.2013); negli ultimi sei anni questa cifra non è mai scesa sotto le 23.500 presenze, con punte di oltre 28.000 detenuti per violazione della disciplina degli stupefacenti. Altre migliaia di persone sono poi soggette a misure alternative alla detenzione e altre in attesa della definizione dei loro processi.

L'impatto di questa decisione – sui destini giudiziari di quelle persone e, più in generale, sul sistema giudiziario – sarà dunque enorme.

In attesa di leggere le motivazioni della sentenza (ché soltanto la lettura della sentenza permetterà di chiarire numerosi aspetti), occorre allora ricordare che la pronuncia della Consulta incide su un punto cruciale tra le (molte) modifiche apportate nel 2006 al testo unico in materia di stupefacenti: il superamento della precedente distinzione tra droghe c.d. *leggere* e droghe c.d. *pesanti* e l'equiparazione delle sanzioni che colpiscono le condotte illecite di detenzione, spaccio, etc. che abbiano ad oggetto tutte le droghe, siano esse *leggere* o *pesanti*.

Il previgente sistema – semplificando grossolanamente il discorso – era articolato su una bipartizione tra c.d. droghe *leggere* e c.d. droghe *pesanti*. Per le condotte illecite relative alle droghe pesanti, il *vecchio* art. 73, comma 1, DPR 309/90 prevedeva la pena della reclusione da otto a venti anni, oltre alla multa (nei casi c.d. *di lieve entità*, di cui all'art. 73, comma 5, DPR 309/90, la pena era della reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa). Per le droghe c.d. *leggere*, invece, il *vecchio* art. 73, comma 4, DPR 309/90 prevedeva la pena della reclusione da due a sei anni, oltre alla multa (e, nei casi c.d. *di lieve entità*, la pena da sei mesi a quattro anni di reclusione, oltre alla multa).

Con le modifiche introdotte nel 2006 – e oggi censurate dalla Corte costituzionale – vi fu un'equiparazione sanzionatoria: da sei a vent'anni di reclusione oltre alla multa per le condotte illecite “non lievi”; da uno a sei anni di reclusione, oltre alla multa per i fatti di lieve entità (oggi, dopo l'entrata in vigore del d.l. 146 del 2013, in corso di conversione, la sanzione – sempre uguale per tutte le sostanze – è da uno a cinque anni di reclusione, oltre alla multa).

## **2. L'antefatto e un esercizio di memoria.**

È allora necessario fare qualche passo indietro. Le modifiche al testo unico in materia di stupefacenti sono il frutto di norme inserite in un decreto legge relativo alle Olimpiadi invernali di Torino.

In realtà, già dal 2004 è all'esame del Parlamento un (discusso) disegno di legge per la riforma del testo unico stupefacenti (Disegno di legge n. S-2953, presentato il 10 maggio 2004, noto come ddl *Fini*; per un esame critico del ddl, cfr. F. Maisto, *Disciplina degli stupefacenti e uso improprio del diritto penale*, in *Questione giustizia*, n. 5/2005).

A fine 2005, la legislatura volge al termine e il disegno di legge non muove significativi passi in avanti, anche per la forte opposizione di molte associazioni e molti operatori addetti alla cura delle persone tossicodipendenti (oltre che per l'opposizione di molti parlamentari). Solo

per dare un'idea delle difficoltà *politiche* che incontra il disegno di legge, basti ricordare che, nel 2005, il Governo organizzò a Palermo una discussa Conferenza nazionale sulle tossicodipendenze, disertata da molti operatori, critici proprio rispetto all'approccio del governo alle politiche sulle tossicodipendenze.

Come sempre più spesso accade negli ultimi decenni, si ricorre allora alla forzatura delle normali regole parlamentari. Con un improvviso colpo di mano parlamentare, il Governo –nel corso dell'*iter* di conversione del decreto legge relativo alle Olimpiadi invernali di Torino - formula l'ormai classico maxi-emendamento (emendamento n.1.2000, formulato dal Ministro Giovanardi, con apposizione della questione di fiducia alla seduta del Senato del 25 gennaio 2006), su cui il Governo pone la questione di fiducia, così strozzando in una sola seduta un dibattito parlamentare che perdurava da quasi due anni (la seduta del Senato del 26 gennaio 2006; anche alla Camera fu posta la questione di fiducia e la discussione si limitò ad un'unica seduta parlamentare).

Le modifiche introdotte dal *maxi emendamento* segnano una importante *virata repressiva* della disciplina (con l'equiparazione tra cd. *droghe leggere e droghe pesanti*; con l'introduzione della presunzione - contemplata dal comma 1 bis dell'art. 73 del testo unico - di destinazione allo spaccio delle sostanze detenute sopra certe soglie quantitative; con l'inasprimento delle sanzioni amministrative dettate dall'art. 75; con l'introduzione delle misure di prevenzione di cui all'art. 75 bis; con la rimodulazione delle alternative al carcere per i tossicodipendenti detenuti; l'unica previsione che –per certi versi- si rivela *più favorevole* alle esigenze di affrancamento dalla dipendenza è quella che incide sull'art. 90, con previsione di un accesso *più ampio* al percorso della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva).

La stretta repressiva –come si evince dai lavori parlamentari- non viene presentata come tale; al contrario, il Ministro Giovanardi spiega –se vogliamo in modo un po' paternalistico- che «la filosofia dell'intervento è proprio quella di pensare al *tossicodipendente come una persona da aiutare*»: così, negli intendimenti del riformatore, le novelle introdotte al Testo Unico intendono –da un lato- rafforzare il momento terapeutico e – dall'altro lato- «discriminare i consumatori di droga dallo spacciatore» («tutto il sistema è costruito in maniera tale da discriminare con grande severità lo spacciatore dal *consumatore*, che riteniamo essere una *vittima*: il ragazzo, il giovane, anche l'adulto»).

È in quest'ottica –spiega il Ministro- che si è reso necessario introdurre dei *criteri* che permettano di distinguere il *consumatore-vittima* dallo *spacciatore*; e il criterio dettato dal legislatore è stato quello di predeterminare delle soglie indicate oltre le quali vi sarebbe stata una sorta di *presunzione di destinazione allo spaccio* (criteri poi dettati dal DM 11.4.2006, richiamato dall'art. 73 comma 1 bis).

Va detto per inciso che anche tale previsione fu oggetto di aspre critiche, posto che il riferimento alla cd. *quantità massima detenibile* (q.m.d.) riecheggia molto da vicino la dose media giornaliera, opzione legislativa chiaramente sconfessata dall'esito del referendum del 1993.

### **3. Un esercizio di grammatica istituzionale**

Vi erano, dunque, molte perplessità *di merito* sulle scelte del legislatore del 2006. Dalla lettura del comunicato stampa, si ricava che, per la verità, la Consulta non ha bocciato la scelta *di merito* del legislatore (scelta di politica legislativa che, pure, era stata censurata come manifestamente irragionevole – e dunque contrastante con l'art. 3 Cost. – nell'ordinanza di rimessione sollevata dalla Corte di appello di Roma, ordinanza rubricata nel registro degli atti di promovimento al n. 77 del 2013 e dal GUP di Torino, ordinanza rubricata nel registro degli atti di promovimento al n. 234 del 2013).

Il comunicato stampa lascia intendere che la ragione fondante della declaratoria di incostituzionalità è la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., relativo alla decretazione di urgenza e alle modalità di conversione dei decreti legge.

Non è possibile in queste note dare conto di tutta la complessità del problema. Altri se ne sono occupati in modo ben più dotto e con documenti agevolmente reperibili sul web (per tutti, cfr. *Certamente incostituzionale, La legge Fini-Giovanardi a giudizio il 12 febbraio davanti alla Corte costituzionale. Appello di giuristi, garanti e operatori di settore*, redatto dal costituzionalista Andrea Pugiotto e reperibile all'indirizzo <http://www.societadellaragione.it/2014/01/21/certamente-incostituzionale/>). Esemplare per chiarezza dei temi trattati è, poi, la questione di legittimità costituzionale sollevata – proprio con riferimento alla violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. – dalla Terza Sezione della Corte di cassazione (Cass. Pen., Sez. 3, ordinanza n. 25554 del 09/05/2013 - dep. 11/06/2013, Rv. 255699, rubricata nel registro degli atti di promovimento al n. 227 del 2013).

Qui, sinteticamente (e sempre muovendo dal contributo di Pugiotto), si possono ipotizzare alcuni dei possibili percorsi argomentativi che la Corte potrebbe percorrere nel motivare la sua decisione.

Va ricordato che la Corte costituzionale ha già affermato in passato che l'assenza dei presupposti di necessità e urgenza costituisce un vizio formale del decreto-legge e che tale difetto si riverbera quale vizio *in procedendo* sulla legittimità costituzionale della legge di conversione: «la preesistenza

di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'ambito applicativo costituzionalmente previsto; [...] il difetto di presupposti, una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge, dovendosi escludere l'eventuale efficacia sanante di quest'ultima» (Corte costituzionale, sentenza n. 128/2008; analogo principio è affermato in Corte costituzionale, sentenza n. 171/2007 e ordinanza n. 29/2005).

Parimenti, la Consulta ha già affermato in passato che «l'inserimento delle norme [introdotte in sede di conversione di un decreto legge; n.d.e.], stante il loro carattere di eterogeneità rispetto all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed “i provvedimenti provvisori con forza di legge”, di cui al secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento. In definitiva, l'innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale, a patto di non spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione; ne discende che se tale legame viene interrotto, la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari, ma per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge (Corte costituzionale, sentenza n. 22/2012; sugli indici alla stregua dei quali verificare «se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere», la «evidente estraneità» della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita, cfr. sentenze n. 128 del 2008 e n. 171 del 2007; sul presupposto della necessità e l'urgenza di un decreto-legge, cfr. sentenza n. 335 del 2010; sul procedimento formativo di una legge, cfr. sentenza n. 9 del 1959).

Ora – muovendo dalla constatazione che il *maxi-emendamento Giovanardi* è stato introdotto in sede di conversione di un decreto legge che riguardava

tutt'altro – è ben probabile che, nelle parole appena evocate risieda la *ratio decidendi* della decisione della Consulta.

Ma la articolata ordinanza di rimessione della Corte di cassazione affronta un'ulteriore questione: siccome il c.d. *decreto olimpiadi* conteneva una norma che si occupava dei programmi terapeutici di recupero di tossicodipendenti (e, quindi, non degli assetti sanzionatori), la Corte di cassazione affronta anche l'eventualità che la Consulta possa ritenere non estraneo al contenuto del decreto il tema delle droghe. Sotto tale profilo, l'ordinanza di rimessione reputa non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tali emendamenti inseriti in sede di conversione posto che – anche laddove (in tesi) «non estranei» al decreto-legge – sarebbero stati comunque privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza.

A tali considerazioni – che ricalcano gli argomenti spesi dalla Corte di Cassazione – il citato *appello: Certamente incostituzionale* ne aggiunge una ulteriore. La novella del 2006 sarebbe *comunque* incostituzionale anche per un'altra ragione: la riforma del testo unico stupefacenti rappresenta[va] una *riforma di sistema* e, in alcune sue parti, destinata a non avere immediata operatività, essendo necessari dei provvedimenti attuativi (si pensi ai decreti ministeriali per *fissare* le *soglie*, evocati dall'art. 73, comma 1 bis, TU Stup); ciò contrasterebbe – ancora una volta – con il dettato dell'art. 77, comma 2, Cost., e con precedenti arresti della Consulta; a proposito della declaratoria di incostituzionalità del decreto legge che “tagliava” le province, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 220/2013, al punto 12.1, aveva già scritto: «(...)Si ricava altresì, in senso contrario, che la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un “caso straordinario di necessità e d'urgenza”».

*I decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente*, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità. Per questo motivo, il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere «misure di immediata applicazione» (art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri»). La norma citata, pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi

intrinseco alla natura stessa del *decreto-legge* (sentenza n. 22 del 2012), che *entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo (...)*».

Insomma. La Corte, probabilmente, non dirà nulla di nuovo, né invaderà sfere di discrezionalità riservate al legislatore; con tutta probabilità, la Consulta si limiterà a ribadire elementari principi di *grammatica istituzionale*, ricordando che la decretazione d'urgenza – nel nostro sistema costituzionale – è (e resta) un'ipotesi da considerare eccezionale. Diversamente – per usare le parole dell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione – «si consentirebbe ad ogni Governo, e alla sua maggioranza, di approfittare di qualunque, anche marginale ed effimera, “emergenza” per riformare interi settori dell'ordinamento, utilizzando l'eccezionale potere di legiferare mediante provvedimenti d'urgenza e la speciale procedura privilegiata della loro conversione, che al contrario costituisce una fonte funzionalizzata e specializzata».

Ed oggi abbiamo un bisogno sempre più forte di riaprire la grammatica istituzionale. Per ridare un senso a molte parole: casi *straordinari* di necessità e *urgenza* (art. 77 Cost); forma di governo parlamentare; centralità del parlamento; iniziativa legislativa che appartiene (anche) alle camere; *iter legis* (art. 72 Cost.).

Solo una seria grammatica istituzionale – il rispetto delle *procedure* – può porre un argine a troppe distorsioni che hanno contrassegnato la nostra recente storia istituzionale.

Come avrebbe detto il padre Dante al ministro Giovanardi: *e' l modo ancor m'offende*.

#### **4. Quali ricadute?**

Al di là dei profili istituzionali, la decisione della Consulta è rilevante perché – lo si è già detto – avrà un impatto enorme sui destini di molte persone e su tutto il sistema giudiziario.

Senza pretese di completezza – quasi a mo' di bozzetto – si delineano di seguito alcune delle possibili implicazioni della sentenza della Consulta.

##### **4.1. La reviviscenza del testo originario dell'art. 73 TU Stup**

La sentenza della Corte avrà effetto dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione; o – più precisamente – la norma dichiarata incostituzionale cesserà «di avere efficacia» (art. 136 Cost.) e non potrà

«avere applicazione» da quel giorno (art. 30 legge n. 87 del 1953). L'effetto demolitorio è *ex tunc*.

Il comunicato dell'Ufficio stampa della Consulta ha cura di precisare che la declaratoria di illegittimità costituzionale investe «gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49» e indica già quale sarà l'effetto della decisione («così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309»).

Se questa è l'indicazione della Consulta, si avrà dunque una *reviviscenza* del testo originario dell'art. 73 DPR 309/90, con il ripristino della *vecchia* (e rediviva) distinzione tra *droghe c.d. leggere* e *droghe c.d. pesanti* e del conseguente diverso trattamento sanzionatorio.

Prospettiva, questa, già prefigurata nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione: «è invero pacifico che l'accertamento della invalidità di una norma abrogatrice e il suo annullamento da parte della Corte costituzionale, specialmente se per vizi di forma o procedurali, determina la caducazione dell'effetto abrogativo, con conseguente ripristino della norma precedentemente abrogata, come costantemente ritenuto dalla giurisprudenza costituzionale» (cfr., *ex plurimis*, sentenze nn. 107/1974, 108/1986, 314/2009, 13/2012 e recentissimamente – in modo implicito ma inequivoco – 5/2014).

La *reviviscenza* della disciplina originaria comporta però alcune complicazioni.

#### **4.2. Potenziali effetti sfavorevoli della sentenza della Consulta?**

La prima è relativa al trattamento sanzionatorio per i fatti aventi ad oggetto le *droghe pesanti* riconducibili al primo comma dell'art. 73 DPR 309/90. La dinamica sanzionatoria si è articolata secondo queste scansioni: (a) dal 1990 fino al 2006, pena della reclusione da otto a vent'anni, oltre alla multa; (b) dal 2006 in poi (in forza di legge dichiarata incostituzionale), pena (più favorevole nel minimo) della reclusione da sei a vent'anni, oltre alla multa; (c) dal 2014 in poi, pena nuovamente da otto a vent'anni di reclusione, oltre alla multa.

Il problema è questo: in caso di ipotetica applicazione del *minimo edittale* per le fattispecie relative a droghe *pesanti* riconducibili all'art. 73, comma 1, DPR 309/90, quale *minimo edittale* si dovrà applicare? Nessuno problema, evidentemente, per i fatti successivi alla pubblicazione della sentenza della Consulta. Ma che dire per i fatti commessi prima della pubblicazione della sentenza? La *reviviscenza* dell'originario testo dell'art. 73, comma 1, DPR 309/90 potrebbe determinare effetti sfavorevoli per gli

imputati, con potenziali frizioni con il principio della *irretroattività in peius* scolpito dall'art. 25, comma 2, Cost.

Il tema lambisce, all'evidenza, la spinosa questione del sindacato di legittimità sulle norme penali di favore (che qui può solo essere evocata). Sindacato che la giurisprudenza costituzionale, oramai, ammette, non potendosi dare zone franche sottratte al controllo di legittimità costituzionale (principi affermati a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 1983 e, più volte ribaditi, sino alle importanti sentenze nn. 28 del 2010 e 5 del 2014). È da evidenziare che – mentre nella giurisprudenza costituzionale più risalente sembrava darsi per assodato che la pronuncia ablatoria di una norma penale di favore non avrebbe comunque potuto avere *concreti* effetti sul trattamento penale dell'imputato – tale conclusione diventa meno netta nelle due sentenze da ultimo citate, che non escludono in radice la possibilità che la sentenza che dichiara illegittima una norma penale di favore possa avere effetti sfavorevoli all'imputato (come è poi effettivamente avvenuto nel giudizio a quo del caso considerato dalla sentenza n. 28/2010).

È utile concentrare brevemente l'attenzione sulla sentenza n. 5 del 2014, peraltro relativa alla illegittimità costituzionale di una norma penale di favore proprio per *vizi dell'iter legis* (in quel caso con violazione dell'art. 76 Cost.): in quella sentenza la Corte – discutendo della sindacabilità delle norme penali di favore – osserva che «per superare il paradosso ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia in malam partem, “occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali” (citando la precedente sentenza n. 28 del 2010). È da aggiungere che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, “le questioni incidentali di legittimità sono ammissibili ‘quando la norma impugnata è applicabile nel processo d'origine e, quindi, la decisione della Corte è idonea a determinare effetti nel processo stesso; mentre è totalmente ininfluente sull'ammissibilità della questione il “senso” degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per le parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge’ (sentenza n. 98 del 1997)” (sentenza n. 294 del 2011). Compete, dunque, ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative che potranno derivare da una eventuale pronuncia di accoglimento, mentre deve escludersi che vi siano ostacoli all'ammissibilità delle proposte questioni di legittimità costituzionale».

E la scottante questione torna nelle mani del povero giudice ordinario, che deve contemperare i principi generali penal-costituzionali (tra essi l'irretroattività di trattamenti di sfavore) e la disciplina degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale.

Una proposta ricostruttiva che sembra garantire il rispetto di ambedue i principi – in un ragionevole bilanciamento – è quella formulata, tra gli altri, da Mantovani (Diritto penale, 3<sup>a</sup> ed. 1992, CEDAM, Padova, p. 126). Mantovani distingue tra:

- *fatti pregressi* (commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge di favore poi dichiarata incostituzionale, con reviviscenza della originaria disciplina sfavorevole; nel nostro caso i fatti commessi sino al 26.2.2006), ai quali si dovrebbe applicare – senza alcun sacrificio del principio scolpito dall'art. 25, comma 2, cost. – la *originaria disciplina sfavorevole* (in ossequio agli effetti *ex tunc* delle sentenze della Corte costituzionale);  
- *fatti concomitanti* (commessi sotto la – apparente - vigenza della legge di favore poi dichiarata incostituzionale; nel nostro caso i fatti commessi dal 26.2.2006 al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza), ai quali dovrebbe applicarsi la norma che, pur incostituzionale, risulta più favorevole (posto che è nel vigore della stessa che l'imputato ha orientato i propri comportamenti).

#### **4.3. La reviviscenza della disciplina originaria e l'art. 73, comma 5, DPR 309/90, come novellato dall'art. 2 del d.l. 146/2013**

La seconda complicazione suscitata dalla reviviscenza del testo originario dell'art. 73 DPR 309/90 è data dal fatto che esso è già stato – si passi l'espressione impropria – *superato* dal legislatore. L'originario art. 73 DPR 309/90 distingueva tra droghe leggere e droghe pesanti; e ciò sia con riferimento ai fatti “ordinari”, sia con riferimento ai fatti di lieve entità (art. 73, comma 5, testo originario). Sennonché, come noto, il legislatore è intervenuto su quel testo con l'art. 2 del d.l. n. 146 del 2013 (ad oggi non ancora convertito). Orbene: quella norma – che certo non è coinvolta in alcun modo dalla sentenza della Consulta su cui qui si ragiona – tratteggia la fattispecie come fattispecie autonoma di reato e rimodula la sanzione (da uno a cinque anni di reclusione, oltre alla multa), senza però introdurre alcuna distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti.

Il che determina una insanabile contraddizione interna all'ordinamento, che considererebbe in modo differenziato le sostanze per gli episodi “più gravi” e in modo indifferenziato le droghe per i fatti più modesti (peraltro, prevedendo – per i fatti più modesti relativi a droghe leggere – una sanzione non troppo diversa da quella prevista dall'art. 72, comma 4, TU stup per i fatti “non modesti”).

È pertanto urgente un intervento del legislatore in sede di conversione del d.l. n. 146 del 2013 (che ha ancora un po' di tempo, non essendo ancora stata pubblicata la sentenza della Consulta) e, in difetto, occorrerà ragionare sulla ragionevolezza (e dunque sulla legittimità costituzionale) di quell'assetto normativo.

#### 4.4. Effetti favorevoli

Gli effetti favorevoli sono di tutta evidenza. Nei giudizi in corso – con riferimento alle *droghe leggere* (e fatte salve le perplessità sopra segnalate sulle ipotesi di lieve entità) – la *reviviscenza* del testo originario dell'art. 73 DPR 309/90 non potrà che avere effetti favorevoli.

Apparentemente più delicata, per le droghe leggere, è la questione relativa alle condanne per violazione dell'art. 73 DPR 309/90 *già passate in giudicato* nel vigore della disciplina dichiarata incostituzionale. In questo caso una condanna irrevocabile è stata emessa in applicazione di una legge più sfavorevole.

Anche qui il tema può solo essere accennato.

Sembra di poter dire che la sentenza della Corte *debba avere effetto* (favorevole) sulle condanne già passate in giudicato per le c.d. *droghe leggere*. La barriera del giudicato – considerata dall'art. 2, comma 4, c.p. – non appare evocabile, posto che altro è il fenomeno di *successione di leggi nel tempo*, altro è, invece, la declaratoria di incostituzionalità.

Tuttavia, da un punto di vista strettamente testuale, il caso non sembra riconducibile al dettato dell'art., 673 c.p.p. (revoca del giudicato per dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice), posto che qui si discute – non dell'illegittimità dell'incriminazione (scelta su cui il legislatore è sempre rimasto fermo) – ma solo del trattamento sanzionatorio.

Alcune coordinate concettuali sono state introdotte dalla Corte di cassazione successivamente alla declaratoria di incostituzionalità della aggravante c.d. della *clandestinità*. Quelle coordinate concettuali possono essere recuperate anche per risolvere il problema in esame. V'è spazio solo per citare la massima: « Gli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 non consentono l'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima. (La Suprema Corte ha precisato che spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze)» (Cass. pen. Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011 - dep. 13/01/2012, P.M. in proc. Hauohu, Rv. 252062; in senso conforme Cass. Pen. Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012 - dep. 22/05/2012, Teteh Assic, Rv. 253338; v. però, in senso contrario, con un'interpretazione estremamente riduttiva dell'art. 30 della legge n. 87/1953 Cass. Pen. Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012 - dep. 11/07/2012, Pmt in proc. Hamrouni, Rv. 253384).

Resta il fatto che – aderendo a questa interpretazione – occorrerebbe poi farsi carico di due ulteriori problemi: uno relativo alle *forme processuali* con le quali investire il giudice dell'esecuzione della questione; l'altro relativo ai criteri che il giudice dell'esecuzione dovrà utilizzare per intervenire sulla pena inflitta in applicazione della disciplina sfavorevole.

#### **4.5. I termini di custodia cautelare per le droghe leggere**

La reviviscenza della disciplina originaria – nei casi di droghe leggere – comporta un sensibile abbattimento di pena. Il che non è senza effetto sul piano cautelare. Basti pensare ai termini di custodia cautelare, che, per le droghe leggere *diventano*: (a) tre mesi per la fase delle indagini preliminari; (b) sei mesi per la fase del giudizio di primo grado (tre mesi se si procede con rito abbreviato); (c) immutati – perché legati alla pena concretamente inflitta – i termini per le fasi successive alla sentenza di primo grado. Ciascun operatore giudiziario farà – a questo punto – bene a monitorare nuovamente tutte le situazioni cautelari che ricadono sotto la sua responsabilità.

#### **5. La miopia delle istituzioni**

È impossibile non chiudere questa nota con qualche punta di amarezza.

Amarezza per tutti i processi celebrati con una legge poi dichiarata incostituzionale; amarezza per tutti gli anni di carcere che sono stati inflitti in sovrannumero; amarezza perché si sa che molte di quelle condanne dovranno – come è costituzionalmente doveroso – essere riesaminate (con incidenti di esecuzione), generando ulteriore ingolfamento di uffici giudiziari che certo non hanno necessità di terremoti.

Ma, anche, amarezza per la miopia delle istituzioni.

Un governo – che sotto la leva della pretesa urgenza – abusa della decretazione e crea un *vulnus* agli equilibri del nostro sistema istituzionale: la *compromissione* delle prerogative parlamentari e la *strozzatura* di una discussione – in un finto dibattito, di una sola seduta parlamentare e sotto il ricatto della fiducia – su un tema di assoluto rilievo, che investe migliaia di destini e dai profili estremamente problematici, come quello delle tossicodipendenze.

Ma – nella sua *fretta ideologica* – il governo, paradossalmente, ha segato il ramo su cui era seduto.

È stato proprio il colpo di mano procedurale – utilizzato dal governo per imporre ciò che con le normali procedure non riusciva a ottenere dal parlamento – a determinare il fallimento di quel disegno repressivo.

La gatta frettolosa ha fatto i gattini ciechi.

Ma amarezza è da provare anche per le istituzioni giudiziarie. Che hanno applicato – come chi scrive – quella normativa per quasi otto anni. Per centinaia di migliaia di volte. Senza farsi troppe domande. Senza ricordare l'art. 77 della Carta costituzionale.

In otto anni, la questione di legittimità esaminata dalla Consulta è stata sollevata solo da quattro uffici giudiziari (vale la pena menzionarli: la Corte di Appello di Roma, la III sezione della Corte di cassazione, il GUP di Torino, il Tribunale di Vibo Valentia).

La miopia è anche dei giudici, dunque.

Incapaci di vedere l'incostituzionalità (quantomeno) procedurale di quella normativa che – a guardarla a posteriori – doveva apparire a tutti nella sua evidenza.

Solo l'intelligente lavoro culturale e la passione costituzionale di alcuni operatori (giuristi e non) coinvolti nel mondo dell'aiuto alle persone tossicodipendenti ha permesso di vedere ciò che per otto anni nessuno ha guardato. Persone alla cui intelligenza dobbiamo solo dire grazie.

L'incostituzionalità della Fini-Giovanardi era come la lettera rubata di E.A. Poe.... Era sulla scrivania. Sulle nostre scrivanie. Ma pochi l'hanno vista.