

27 Febbraio 2014

Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.

[[Angela Della Bella](#) | [Francesco Vigano](#)']

1. Il deposito della **sentenza n. 32/2014**, pubblicata ieri su questa *Rivista*, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* d.l. 20 dicembre 2005, n. 272, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2006, n. 49 (legge Fini Giovanardi), ci consente di svolgere qualche ulteriore riflessione - rispetto a quelle contenute nel nostro intervento di qualche giorno fa in occasione della conversione del d.l. 146/2013 (F. Vigano, A. Della Bella, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*) - sulle **ricadute di tale sentenza sull'art. 73 t.u. stup.**: considerazioni che peraltro ci paiono ancora integralmente valide, e alle quali **espressamente rinviando**, in particolare per ciò che concerne il problema pratico più rilevante degli **effetti nel tempo delle modifiche succedutesi per effetto degli interventi del legislatore e della Corte** (e dunque rispetto *a*) agli imputati che abbiano commesso il fatto *dopo il 23 dicembre 2003*; *b*) agli imputati che abbiano commesso il fatto *prima del 23 dicembre 2003*; e *c*) ai *condannati in via definitiva* per i delitti di cui all'art. 73).

2. La prima questione su cui vale ancora la pena di concentrare l'attenzione riguarda il **trattamento sanzionatorio dei reati concernenti le 'droghe pesanti'**. Il problema è rappresentato dal fatto che **la disciplina previgente** - che, come chiarito nella sentenza, torna ad essere applicabile a seguito della dichiarazione di illegittimità - **è più severa di quella caducata**: infatti, la disposizione contenuta nella legge Iervolino-Vassalli (in vigore dal 1990 al 2006, ed oggi ripristinata dalla pronuncia della Corte) prevedeva per questi fatti la **reclusione da 8 a 20 anni** (oltre la multa), mentre la disposizione contenuta nella legge Fini-Giovanardi (in vigore dal 2006 ed oggi dichiarata incostituzionale) prevede la **reclusione da 6 a 20 anni** (oltre la multa).

Il profilo viene affrontato espressamente dalla Corte costituzionale che, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, osserva preliminarmente che "gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione (...) non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata". La Corte d'altra parte **esclude che dalla dichiarazione di illegittimità possano derivare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato**, e attribuisce pertanto al giudice il compito di individuare ed applicare la disciplina più favorevole, "tenendo conto dei **principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 c.p.**". Senza poter qui ulteriormente approfondire la questione, ci pare che i principi cui la Corte si richiama trovino in realtà il loro fondamento immediato nella **Costituzione, più che nell'art. 2 c.p. (che è norma concernente le vicende modificative delle norme penali derivanti da interventi del legislatore, piuttosto che da dichiarazioni di illegittimità costituzionale)**: la certezza di libere scelte d'azione - desumibile in particolare dall'**art. 25 co. 2 Cost., letto anche attraverso il prisma dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo** - presuppone non solo la vigenza di una legge che qualifichi il fatto come reato al momento della sua commissione, ma anche **la prevedibilità della pena che gli potrebbe essere inflitta in caso di condanna**. Al soggetto non potrà dunque essere applicata una sanzione che non fosse per lui chiaramente conoscibile al momento del fatto: come è, appunto, la pena prevista da una norma (l'articolo 73 nella sua formulazione originaria) che soltanto *ex post* è stata giudicata dalla Corte costituzionale mai legittimamente abrogata, e che pertanto - in base alla valutazione retrospettiva *oggi* imposta dalla pronuncia della Corte - doveva da considerarsi ancora in vigore al momento del fatto. Egli avrà, piuttosto, diritto a essere giudicato secondo la più favorevole norma che all'epoca dei fatti, e dunque in prospettiva *ex ante*, **appariva valida**: e cioè, appunto, l'art. 73 nella formulazione introdotta dalla legge Fini-Giovanardi.

Dunque, per quanto concerne la questione in esame, nel caso di reati concernenti le droghe pesanti, **dovrà essere applicata la norma dichiarata incostituzionale** (ossia l'art. 73 co. 1, nella formulazione della legge Fini-Giovanardi), **qualora da essa derivi un effetto più favorevole per l'imputato, e cioè nei casi di fatto avente ad oggetto droghe 'pesanti'**.

3. La seconda riflessione concerne la questione della sopravvivenza delle "norme successive a quelle impugnate". Sul punto la Corte afferma che **"rientra nei compiti del giudice comune 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, oggetto della presente decisione"**.

Restringendo il campo di indagine all'**art. 73 t.u. stup.**, ci pare che il problema concerna due disposizioni: il co. 5, relativo ai fatti di lieve entità, modificato dal legislatore con il d.l. 146/2013, conv. con modif. in l. 94/2013; e il co. 5 *ter*, introdotto con il d.l. 78/2013, conv. con modif. in l. 10/2014.

4. Con riferimento **all'art. 73 co. 5 nella formulazione modificata dal d.l. 146/2013**, il dubbio che tale disposizione sia stata anch'essa travolta dalla sentenza della Corte potrebbe astrattamente fondarsi sulla considerazione della sua

'disomogeneità' rispetto alle condotte previste nei commi precedenti: mentre infatti queste si articolano sulla distinzione tra droghe 'leggere' e droghe 'pesanti' e prevedono un trattamento sanzionatorio fortemente differenziato sulla base di questo presupposto, il nuovo co. 5 ignora tale distinzione, uniformando il trattamento sanzionatorio per tutte le condotte.

Ma la lettura delle motivazioni della sentenza consente di fugare ogni dubbio, e impone di concludere per la **sopravvivenza di tale disposizione**. Secondo la Corte, infatti, le norme successive alla Fini-Giovanardi destinate a cadere per effetto della dichiarazione di illegittimità sono solo quelle che siano "divenute **prive del loro oggetto, in quanto rinviano a disposizioni caducate**". Ebbene, il co. 5 non risulta affatto essere stata privato del proprio oggetto dalla caducazione degli altri commi dell'articolo: per effetto della riviviscenza della previgente disciplina, infatti, continuano ad essere puniti - anche se con un trattamento sanzionatorio diverso - gli stessi "fatti" ai quali il co. 5 si riferisce.

Dunque manca, nel caso del co. 5, quel carattere di '**dipendenza**' dalla norma dichiarata incostituzionale, che la Corte pone a base dell'effetto di caducazione a cascata: ciò viene affermato espressamente dalla Corte - e questo è, a ben vedere, l'argomento dirimente - laddove si sottolinea (cfr. par. 3 delle considerazioni in diritto della sentenza) che "**gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il decreto legge n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest'ultima**".

Dopodiché, sarà naturalmente possibile dubitare della legittimità costituzionale del co. 5, rispetto in particolare al parametro della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, in ragione della distonia della previsione di un unico quadro edittale per i fatti di lievi entità nel contesto di una norma che ripristina una netta distinzione sanzionatoria tra droghe 'pesanti' e 'leggere': ma in tanto potrà dubitarsi della legittimità costituzionale del nuovo comma 5, in quanto si riconosca - appunto - che tale disposizione sia tuttora in vigore, nonostante l'intervento ablativo ora compiuto dalla Corte.

5. L'altra norma successiva a quelle dichiarate incostituzionali sulla cui sopravvivenza occorre interrogarsi è il **co. 5 ter dell'art. 73 stup.**, introdotto dal d.l. 78/2013, conv., con modif., in l. 94/2013 (pubblicato in questa *Rivista* con nota di A. Della Bella, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*). Tale disposizione **estende l'ambito applicativo della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità**, già previsto dal co. 5 *bis* per il tossicodipendente che abbia commesso uno dei fatti di cui all'art. 73 co. 5, **anche a reati diversi** (con l'eccezione dei delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a c.p.p. e dei reati contro la persona), purché si tratti di reati commessi "in relazione" alla condizione di tossicodipendenza e purché la pena detentiva applicata sia inferiore ad un anno.

Il punto di partenza è rappresentato dalla **caducazione del co. 5 bis**, nell'art. 73 proprio dall'art. 4 *bis* d.l. 272/2005 conv. Su tale caducazione - purtroppo - non è possibile nutrire dubbi, stante l'affermazione perentoria della Corte secondo cui "la declaratoria di illegittimità costituzionale **colpisce per intero le due disposizioni impugnate**" (ossia gli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter*).

Si può qui semmai **discutere sulla condivisibilità** di tale conclusione della Corte, dal momento che rispetto al co. 5 *bis* **non sussistevano verosimilmente le ragioni di contrasto con l'art. 77 co. 2 Cost.** poste a base della pronuncia. La censura, mossa al legislatore, di aver introdotto in sede di conversione una disciplina del tutto estranea all'oggetto del decreto legge, e di avere in questo modo abusato della speciale procedura prevista dalla Costituzione per la legge di conversione, è convincente in relazione alle modifiche apportate alla disciplina e al trattamento sanzionatorio dei reati previsti dall'art. 73; ma lo è molto meno quando si consideri il co. 5 *bis*. Deve infatti osservarsi che già tra le norme contenute nel decreto legge originario ve ne erano alcune finalizzate ad incentivare il recupero dei condannati tossicodipendenti, attraverso l'ampliamento dei casi di accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova terapeutico di cui all'art. 94 t.u. stup.; sicché il co. 5-*bis*, introdotto in sede di conversione, appariva del tutto coerente con la *ratio* del decreto, prevedendo un percorso (il lavoro di pubblica utilità) anch'esso diretto ad agevolare il percorso risocializzativo del condannato tossicodipendente.

Stante però la decisione *tranchante* della Corte, non si può che prendere atto della caducazione del co. 5 *bis*. Sicché, a questo punto, il problema ulteriore che si pone è, come abbiamo anticipato, quello della possibile **caducazione 'a cascata' del co. 5 ter**.

Dalla lettura dell'*incipit* di questa disposizione ("La disposizione di cui al comma 5 *bis* si applica anche nell'ipotesi di....") emerge immediatamente la sussistenza di un **rapporto di dipendenza** tra le due norme. Non ci sono molti dubbi sul fatto che, per usare le parole della Corte, **il co. 5 ter sia divenuto privo del suo oggetto, essendo venuto a mancare il co. 5 bis, cui esso si riferisce**. Né si pone, in questo caso, un problema di riviviscenza della previgente disciplina, posto che il co. 5 *bis* (a differenza di quanto abbiamo visto per le norme incriminatrici) non ha abrogato una disposizione precedente, ma è stata introdotto *ex novo* nell'ordinamento dalla legge Fini-Giovanardi.

6. L'ultimo aspetto da considerare riguarda la considerazione dei possibili **effetti in malam partem** che possono derivare al condannato dalla caducazione del co. 5 *bis* e, di conseguenza, del co. 5 *ter*. Il problema si pone in quanto entrambe disposizioni rappresentano '**norme penali di favore**', poiché da esse discende l'applicazione di una **sanzione - quella sostitutiva del lavoro di pubblica utilità - che è sicuramente più mite rispetto alla pena detentiva** che si dovrebbe applicare nel caso della loro inesistenza.

Sul punto, si possano riproporre le stesse considerazioni svolte dalla Corte a proposito del **trattamento sanzionatorio**

dei reati aventi ad oggetto droghe pesanti, a cui abbiamo fatto cenno poco sopra: secondo la Corte, ferma restando la legittimità del sindacato costituzionale, occorre impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale produca effetti sfavorevoli per l'imputato.

E dunque, nei confronti dei soggetti che abbiano **commesso il fatto di reato tra la pubblicazione della legge n. 49/2006 e la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale**, il giudice dovrà applicare la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità nei casi previsti dal co. 5 bis; e tale misura dovrà egualmente essere applicata nei casi previsti dal co. 5 ter, qualora il fatto sia stato commesso tra l'entrata in vigore della legge 94/2013 sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale.

L'utilizzazione della sanzione sostitutiva, purtroppo, risulterà invece **preclusa nei confronti di chi avrà commesso il fatto successivamente alla pubblicazione della sentenza**, così come - ci pare - **nei confronti di chi abbia commesso il fatto prima del 2005 ovvero, per ciò che concerne le ipotesi previste dal co. 5 ter, prima del 20 agosto 2013** (data dell'entrata in vigore della legge 94/2013), dal momento che in questi casi il soggetto non avrebbe potuto fare affidamento su tale più favorevole disciplina, e **dovendosi per altro verso verosimilmente escludere che il principio dell'applicazione della legge successiva più favorevole di cui all'art. 2 co. 4 c.p. trovi applicazione nell'ipotesi in cui la legge più favorevole successiva sia stata dichiarata incostituzionale**. E ciò almeno fino a quando - si spera in tempi brevi - il legislatore non provveda a reintrodurre nell'ordinamento una sanzione diversa dalla detenzione, una volta tanto, di sicura utilità.