

# QUESTIONE GIUSTIZIA

## I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria in materia di sostanze stupefacenti

di Davide Barbagiovanni, avvocato del Foro di Torino

SOMMARIO: **1.** Premessa **2.** I rapporti tra le fattispecie di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90 **3.** L'evoluzione della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti **4.** I dubbi di legittimità costituzionale **4.1.** L'ipotizzata violazione del principio di riserva di legge (art. 25, c. 2, Cost.) **4.2** L'ipotizzata violazione del principio di ragionevolezza-eguaglianza riferito alla disciplina sanzionatoria (art. 3, Cost.) **4.3** L'irragionevolezza intrinseca. L'ipotizzata violazione del principio di proporzione tra offensività della fattispecie e pena (art. 27, c. 3, Cost.), anche alla luce della recentissima pronuncia della Corte costituzionale **4.4** L'ipotizzata violazione dell'art.117, c. 1, Cost. **4.5** Il *tertium comparationis*. La decisione a "rime obbligate"

### 1. Premessa

La vigente disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti – esitata, come ben noto, dalla pronuncia di incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, D.L. n. 272/2005, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. n. 49/2006, e da interventi legislativi limitati al solo comma 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90 - consegna alla quotidiana prassi applicativa delle fattispecie di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, pene "irragionevoli" e «forzature interpretative, tese a rimediare – mediante l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'ipotesi "lieve" – l'ingiustificato dislivello edittale fra le due fattispecie incriminatrici»; così [Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418](#)), sollevando dubbi di legittimità costituzionale.

Il Tribunale di Perugia, con Ordinanza del 31.07.2015, aveva già sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, per la violazione degli artt. 3 e 27, Cost., senza, però, indicare il trattamento sanzionatorio conforme ai principi costituzionali. In assenza di tale indicazione, la Consulta non ha potuto far altro che dichiarare l'inammissibilità della questione così

sollevata, ribadendo il proprio costante orientamento, secondo il quale, affinché sia consentito alla Corte di esaminare eventuali profili di illegittimità costituzionale dell'entità della pena stabilita dal legislatore, è «necessario che il giudice rimettente individui “un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata (...)”», posto che «non spetta alla Corte determinare autonomamente la misura della pena, sostituendo le proprie valutazioni a quelle che spettano al legislatore, ma solo di emendare le scelte di quest'ultimo “in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento” (sentenza n. 22 del 2007)» (così, C. Cost. 148/2016).

In assenza di una pronuncia sul merito dei dubbi di costituzionalità, il GUP presso il Tribunale di Rovereto e, più di recente, la Suprema Corte hanno nuovamente sollevato la questione di legittimità costituzionale del minimo edittale previsto dall'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, curandosi di indicare una grandezza alla quale “agganciarlo”.

In particolare, [il GUP di Rovereto, con Ordinanza 09.03.2016, n. 100](#), ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena edittale minima di anni 8 di reclusione ed € 25.822,00 di multa, anziché quella di anni 4 di reclusione ed € 10.329,00 di multa, per violazione degli artt. 3, 11, 27, comma 3 e 117 Cost.

Da ultimo, con Ordinanza 13.12.2016, depositata il 12.01.2017, la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/0, come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, quanto alla pena minima edittale, per contrasto con gli artt. 25, c. 2, 3 e 27 Cost.

In attesa che il Giudice delle Leggi, in data 08.02.2017, si pronunci sulla questione sollevata dal GUP presso il Tribunale di Rovereto, può, dunque, essere utile ripercorrere la tormentata evoluzione della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti, per, poi, esaminarne i dubbi di legittimità costituzionale e la loro concreta giustiziabilità.

## **2. I rapporti tra le fattispecie di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90**

È ormai pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che la fattispecie prevista dal comma 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, si distingue da quelle – oggi – previste dai commi 1 e 4 della medesima disposizione, per il diverso grado di offensività<sup>1</sup>.

Sulla base dei medesimi elementi della originaria fattispecie circostanziale, la norma dell'art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90<sup>2</sup>, nella sua vigente formulazione, così descrive l'autonoma ipotesi di reato del

---

<sup>1</sup> La «disposizione si correla dunque all'esigenza di accordare un regime sanzionatorio più mite ai fatti che siano connotati da una minore offensività dell'agire rispetto alla diffusione e circolazione degli stupefacenti oggetto dell'incriminazione». Così A. Bassi, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Milano, 2010, p. 166.

<sup>2</sup> Come, da ultimo, sostituito dall'art. 1, c. 24 *ter*, lett. a, D.L. 20.03.2014, n. 36, convertito, con modificazioni, nella L. 16.05.2014, n. 79

fatto di lieve entità: «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 sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329».

Dal punto di vista fenomenico-naturalistico e della offensività, le fattispecie di cui ai commi 1 (4 per le droghe c.d. leggere) e 5, D.P.R. n. 309/90, appaiono, dunque, confinanti e prossime, così da ricomprendere, senza soluzione di continuità, fatti che spaziano da una minima sino ad una rilevante ed allarmante offensività.

In altri termini, i «due reati sono in tutto identici salvo l'elemento, descritto nel comma 5 della lieve entità del fatto "per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze", che sono elementi che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura della fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva» (così Trib. Rovereto, Ord. 21.01.2016).

La recente e caotica evoluzione della disciplina sanzionatoria delle fattispecie di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, però, cessando di corrispondere alla loro prossimità fenomenico-naturalistica ed offensiva, impedisce, in concreto, al Giudice di rapportare in modo razionale la pena al fatto.

### **3. L'evoluzione della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti**

Pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Suprema Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, la Consulta, con la Sentenza 25.02.2014, n. 32 (G.U. Serie Speciale – Corte Costituzionale, n. 11 del 5.03.2014), ha dichiarato l'«illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (...), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49»<sup>3</sup>, per la violazione dell'art. 77, c. 2, Cost., così rimuovendo le modifiche apportate, con le norme dichiarate illegittime, agli artt. 73, 13 e 14, D.P.R. 309/90.

In considerazione del particolare vizio procedurale accertato, sono tornati a «ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate» (C. Cost. 25.02.2014, n. 32), con la conseguente reviviscenza della vecchia distinzione tra sostanze stupefacenti c.d. leggere e pesanti, e del relativo diverso trattamento sanzionatorio: reclusione da

---

3 L'art. 4 bis, D.L. n. 272/05, convertito con modificazioni nella L. 21.02.2006, n. 49, aveva equiparato il trattamento sanzionatorio previsto per le condotte concernenti le droghe "pesanti" e le droghe "leggere", punendole con l'unica pena della reclusione da sei a venti anni e la multa da € 26.000 a 260.000. L'equiparazione sanzionatoria, non aveva, poi, risparmiato la fattispecie circostanziale della lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, la quale prevedeva, indifferentemente per le sostanze stupefacenti "pesanti" o "leggere", la reclusione da uno a sei anni e con la multa da € 3.000 a 26.000.

otto a venti anni, oltre alla multa, per le condotte aventi ad oggetto le «sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'art. 14» (droghe “pesanti”, art. 73, c. 1, D.P.R. n. 309/90); reclusione da due a sei anni, oltre alla multa, per le condotte riguardanti le «sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dall'art. 14» (droghe “leggere”, art. 73, c. 4, D.P.R. 309/90).

La pronuncia di incostituzionalità non ha avuto, invece, alcuna incidenza sull'ipotesi lieve di cui all'art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90, divenuta, nelle more, ipotesi autonoma di reato, per effetto di successivi interventi legislativi<sup>4</sup>.

Alla data del 21.05.2014, pertanto, la disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti doveva essere così aggiornata:

**a)** art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90 -droghe c.d. pesanti-, pena della reclusione da otto a venti anni, oltre alla pena pecuniaria (fatti commessi dal 6.03.2014);

**b)** art. 73, c. 4, D.P.R. 309/90 -droghe c.d. leggere-, pena della reclusione da due a sei anni, oltre alla multa;

**c)** art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90, come sostituito, dall'art. 1, c. 24 ter, lett. a, D.L. n. 36/2014, convertito, con modificazioni, nella L. n. 79/2014 -senza distinzione tra droghe leggere e pesanti-, pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre alla multa.

Giusto quanto schematizzato, le ipotesi di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. n. 309/90, si sono nel tempo assai allontanate sotto il profilo sanzionatorio, cessando, così, di riflettere la sottostante realtà fenomenica di fattispecie naturalisticamente prossime e confinanti, per le caratteristiche ed il grado di offensività.

D'altro canto, pare assai difficile cogliere un'effettiva ed attuale scelta di politica criminale del legislatore nella mera reviviscenza del minimo edittale di anni otto di reclusione, oltre alla multa, di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90. Non può, difatti, ascriversi ad una “scelta” il mero silenzio serbato sul punto in occasione dell'ultima modifica (in sede di conversione del D.L. n. 36/2014)

---

<sup>4</sup> L'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990 è stato interessato da varie novelle. L'art. 2, c. 1, lett. a, D.L. 23.12.2013, n. 146 (G.U. n. 300 del 23.12.2013), aveva, difatti, sostituito l'art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90, sanzionando l'ipotesi di lieve entità (divenuta autonoma ipotesi di reato) con la pena della «reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000». Il decreto è stato poi convertito con convertito, con modificazioni, con la Legge n. 10/2014. Sicché, il giorno successivo alla pubblicazione della Sentenza n. 32/2014 (G.U. Serie Speciale – Corte Costituzionale, n. 11 del 5.03.2014), ovvero in data 6.03.2014, la disciplina sanzionatoria vigente in materia di sostanze stupefacenti poteva così sintetizzarsi: art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90 - droghe c.d. pesanti -, pena della reclusione da otto a venti anni, oltre alla pena pecuniaria; art. 73, c. 4, D.P.R. 309/90 -droghe c.d. leggere-, pena della reclusione da due a sei anni, oltre alla multa; art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90, come sostituito dall'art. 2, c. 1, lett. a, D.L. n. 146/2013, -senza distinzione tra droghe leggere e pesanti-, pena della reclusione da uno a cinque anni, oltre alla multa. L'art. 1, c. 24 ter, lett. a, D.L. 20.03.2014, n. 36, convertito, con modificazioni, nella L. 16.05.2014, n. 79 (G.U. n. 115 del 20.05.2014), ha, poi, nuovamente sostituito il comma 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, punendo l'ipotesi di lieve entità con la reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da € 1.032 a € 10.329.

della cornice edittale della ipotesi lieve, chiaramente ispirata - unitamente ad altri interventi - dalla urgenza di contenere il sovraffollamento degli Istituti di pena (entro il termine annuale, decorrente dal 28.05.2013, fissato dalla nota Sentenza Torreggiani, per adeguare l'Ordinamento italiano agli *standards* di tutela dei diritti dei detenuti stabiliti in quella Sentenza).

Un silenzio che rivela un ingiustificato ed irresponsabile disinteresse del legislatore per le gravi ed irrazionali ricadute sanzionatorie di una disciplina di "risulta", che dovrebbe, invece, essere espressione di chiare scelte di natura politica e giuridica.

#### **4. I dubbi di legittimità costituzionale.**

##### **4.1 L'ipotizzata violazione del principio di riserva di legge (art. 25, c. 2, Cost.).**

La Corte di Cassazione, Sezione Sesta Penale, come detto, con Ordinanza 13.12.2016, depositata il 12.01.2017, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, quanto alla pena minima edittale, per contrasto con gli artt. 25, 3 e 27 Cost.

Tra le doglianze di illegittimità costituzionale, costituisce un aspetto di novità, rispetto alle questioni sino ad ora sollevate, l'ipotizzata violazione del principio di riserva di legge di cui all'art. 25, c. 2, Cost.

Come noto, la Consulta, con la Sentenza 32/2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per la violazione dell'art. 77, c. 2, Cost., per il «difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione» (C. Cost. n. 32/2014).

Secondo la Corte di Cassazione, ferma l'incostituzionalità della norma dell'art. 4 *bis*, D.L. n. 205/2005, per il contrasto con l'art. 77, c. 2, Cost., il «ripristino della disciplina anteriormente vigente risult(a), nondimeno, precluso con limitato riguardo alla previsione – nel corpo dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – della pena detentiva minima edittale di otto anni di reclusione (in luogo di quella di sei anni di reclusione introdotta con la novella del 2005-2006)», trattandosi di una «disposizione *in malam partem*, la cui (re)introduzione nell'ordinamento giuridico violerebbe il principio di riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma secondo, Cost., norma imperativa direttamente connessa alla tutela dei diritti fondamentali della persona, da ritenere prevalente su quella -confliggente- di cui al citato art. 77, comma secondo, di rilievo meramente procedurale (seppur costituzionale)» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

In particolare, secondo il Giudice rimettente, seguendo le «coordinate ermeneutiche tracciate dalla stessa Corte costituzionale, certamente, non è assoggettabile a scrutinio di costituzionalità *in malam partem* quella norma che, ponendosi in rapporto diacronico con quella preesistente, comporti una "mitigazione della risposta punitiva", trattandosi in tale caso di una semplice ipotesi di

successione di leggi penali nel tempo», neanche in «presenza di un vizio procedurale commesso dal parlamento nella formazione della legge» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

Il divieto di pronunce *in malam partem*, per vero, come più volte affermato dalla medesima Corte Costituzionale (si veda, fra le altre, C. Cost. n. 5/2014), da ultimo, con la stessa Sentenza n. 32/2014, non preclude il sindacato di legittimità costituzionale, ove oggetto di censura sia un vizio procedurale nella formazione delle legge, proprio in ragione dell'istanza garantista sottesa al principio di riserva di legge<sup>5</sup>.

L'estensore della Sentenza n. 32/2014, si era, in tal senso, già fatto carico della spinosa e delicata questione degli «eventuali effetti *in malam partem*» della decisione, osservando come essi «non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, (...) dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore» (C. Cost. n. 32/2014).

Il vizio apprezzato dalla Consulta, non può, d'altro canto, ascriversi ad un mero formalismo procedurale<sup>6</sup> del «parlamento nella formazione della legge» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418). Infatti, la Legge di conversione del D.L. n. 272/2005, esitava dall'approvazione di un maxi-emendamento governativo<sup>7</sup>, interamente sostitutivo dell'articolo unico del Disegno di legge di conversione del D.L. n. 272/2005, nel quale veniva inserita la gran parte del contenuto del Disegno di legge di riforma della disciplina degli stupefacenti (giacente da tre anni nelle Commissioni referenti del Senato); su tale maxi-emendamento il Governo aveva, poi, posto la questione di fiducia, così impedendo una specifica ed effettiva discussione ed imponendo il voto "in blocco", a pochi giorni dallo scioglimento delle Camere e dall'inizio delle Olimpiadi invernali di Torino.

---

5 Si veda V. Manes (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, Giurisprudenza sistematica, Ottobre 2014, p. 43, consultabile su <http://www.cortecostituzionale.it>. Nel medesimo senso, M. SCOLETTA, La Sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, 2014, n. 2, pp. 242 ss., secondo il quale, con la sentenza n. 5/2014, la «Corte ribadisce la primazia e l'attualità di tale principio fondamentale, ma sottolinea anche come l'inflessibilità di tale limite al sindacato di legittimità sulle norme penali favorevoli abbia conosciuto nel tempo un'importante evoluzione giurisprudenziale, che ne ha via via smussato l'originaria impermeabilità a qualsiasi eccezione».

6 Come osservato da autorevole dottrina, appare riduttivo «relegare la decisione nell'ambito dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento, o magari negli scomparti del "formalismo procedurale": lo spirito della decisione (...) attinge infatti alla sostanza stessa della forma di governo parlamentare, e – per questa via – offre risposte a taluni interrogativi tuttora aperti, e vibranti, in punto di "democrazia penale"; così, V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, 2014, n. 1, p. 216.

7 Come già osservato dalla Sezione Terza Penale della Corte Suprema con l'Ordinanza dell'11.06.2013, con la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, D.L. n. 272/2005, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. n. 49/2006.

Il dubbio sollevato dalla Cassazione – «ferma l'incostituzionalità della norma del citato art. 4-bis, d.l. n. 205/2005, per il contrasto con l'art. 77, comma secondo, Cost., e conseguentemente, delle modifiche da essa apportate alla normativa in materia di stupefacenti» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017 n. 1418) - sembra, piuttosto, affrontare, in chiave critica, il tema della reviviscenza della precedente normativa quale effetto della caducazione degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, D.L. n. 272/2005. Effetto dato per scontato dai Giudici costituzionali - secondo i quali deve ritenersi che, a «seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate» (C. Cost. n. 32/2014)- ma ben più discusso in dottrina<sup>8</sup>.

#### **4.2 L'ipotizzata violazione del principio di ragionevolezza-eguaglianza riferito alla disciplina sanzionatoria (art. 3 Cost.)**

L'ampiezza del differenziale sanzionatorio tra le ipotesi di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73, D.P.R. 309/90, a fronte di un'offensività (crescente ma) prossima e contigua, espone la norma dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, a censure di legittimità costituzionale per la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, Cost.

Come pregevolmente osservato dal G.U.P. di Rovereto, con l'Ordinanza 9.03.2016, proprio «questa eccessiva ed irragionevole distanza tra le pene previste per ipotesi per definizione confinanti a creare problemi di legittimità costituzionale, sotto diversi profili, perché impone al giudice di punire con pene molto diverse tra loro casi sostanzialmente omogenei quanto a contenuto offensivo e, comunque, con pene manifestamente sproporzionate in eccesso in un numero rilevantissimo di condotte» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100).

In effetti, a fattispecie naturalisticamente prossime per il tipo e grado di offensività, e concretamente assimilabili - allorquando il fatto, per la concreta gravità, cessa di essere «lieve», sconfinando nella minima offensività dell'ipotesi di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90 - corrisponde una ingiustificata e macroscopica discriminazione sanzionatoria. Così, appena varcato - in termini di offensività - il confine dell'ipotesi lieve (punita con un massimo edittale di anni quattro di reclusione, oltre alla multa), la pena minima raddoppia, impedendo al Giudice di rapportare la pena alla concreta offensività del fatto.

---

8 Si vedano, in tal senso, V. Manes, L. Romano, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, 2014, n. I, pp. 220 e ss. Secondo gli autori, se il «percorso argomentativo appare consolidato, e trova conforto in una recentissima pronuncia della Corte, la tesi della reviviscenza, in realtà, non rappresenta – almeno secondo un orientamento della dottrina – un esito così scontato, anche nelle ipotesi di declaratoria di illegittimità della norma abrogatrice; questione vieppiù complessa, dunque, nell'ipotesi di norma non (integralmente) abrogata, ma “sostituita” da una nuova legge regolatrice della stessa materia (con totale “continuità del tipo d'illecito” e modificazione del solo trattamento sanzionatorio, come nel caso dell'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005, e senza spazi per le più radicali soluzioni di continuità tipiche delle vicende abrogative)».

Sono, così, imposti al Giudicante trattamenti sanzionatori diversi per fatti sostanzialmente eguali nel contenuto offensivo ma che si pongono immediatamente prima ed immediatamente dopo il confine tra le due fattispecie.

La violazione del principio di uguaglianza, secondo il Giudice rimettente, è, poi, predicabile non solo perché «sono imposti trattamenti diversi per fatti uguali ma anche perché sono imposti trattamenti uguali per fatti diversi». In tale senso, basti considerare i «fatti tutti riconducibili al reato maggiore, ma di concreto contenuto offensivo tra loro molto diversificati, perché è un dato di comune esperienza che limiti edittali minimi troppo severi finiscano inevitabilmente con l'essere costantemente applicati alla maggioranza dei casi riconducibili al tipo» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100).

Insomma, è «proprio l'abnorme distanza tra queste grandezze che impedisce in concreto al giudice di svolgere il proprio ruolo, di adeguare al caso concreto la pena, imponendo gravi sperequazioni punitive» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100).

Secondo la Sesta Sezione della Suprema Corte, inoltre, l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, emerge non solo dal raffronto con la «pena prevista per le ipotesi "lievi" di cui al comma 5 della stessa disposizione, ma anche con quella comminata dal comma 4 della medesima norma» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418). Infatti, a «fronte del trattamento sanzionatorio unitario per le due categorie di sostanze stupefacenti previsto per le condotte contemplate dall'art. 73, comma 5, per le condotte "non lievi" aventi ad oggetto tipologie diverse di materiale drogante, non solo non v'è più unitarietà sanzionatoria, ma è addirittura previsto uno iato edittale di ben due anni (essendo comminata, per le condotte aventi ad oggetto le sostanze di cui alla Tabella II, la pena detentiva da due a sei anni e, per quelle aventi oggetto le sostanze di cui alla Tabella I, la pena detentiva da otto a venti anni), foriero di ingiustificabili disparità di trattamento» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

#### **4.3 L'irragionevolezza intrinseca. L'ipotizzata violazione del principio di proporzione tra offensività della fattispecie e pena (art. 27, c. 3, Cost.), anche alla luce della recentissima pronuncia della Corte costituzionale**

Le Ordinanze in discussione, censurano, poi, il trattamento sanzionatorio della fattispecie di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, anche per la violazione del principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione ed offesa, che trova autonoma dignità mediante il richiamo all'art. 27, c. 3, Cost., anche alla luce della espressa sua previsione nell'art. 49, c.3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La misura della gravità di un reato, come rammenta il GUP presso il Tribunale di Rovereto, va «apprezzata sulla base essenzialmente di tre criteri, rappresentati dal rango del bene giuridico tutelato, dalle modalità di aggressione e dall'intensità della colpevolezza». Ebbene, se queste sono

le «coordinate per misurare la gravità del reato di cui all'art. 73, comma 1 cit., non può non balzare agli occhi l'evidente sproporzione delle pene previste rispetto a vari reati previsti nel codice penale»<sup>9</sup> (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100)<sup>10</sup>.

Il tema della proporzionalità della pena come limite alla discrezionalità delle scelte legislative, è stato di recente affrontato - in «modo (finalmente) coraggioso»<sup>11</sup> e più coerente con il paradigma della ragionevolezza intrinseca - dalla Corte Costituzionale, che, con la Sentenza n. 236 del 2011, ha dichiarato l'incostituzionalità della cornice edittale dell'art. 567, c. 2, c.p., «agganciandola» a quella più mite dell'art. 567, c. 1, c.p.

La Consulta ha, così, chiarito (e ribadito) che la «tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a “negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni” (sentenza n. 341 del 1994 e n. 409 del 1989)» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

Il principio, peraltro, trova espresso riconoscimento nell'«art. 49, numero 3), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) a tenore del quale “le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

La proporzionalità della pena esige, dunque, un'«articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale (sentenza n. 50 del 1980)» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

---

<sup>9</sup> Osserva il Giudice rimettente come considerando il «bene salute, la natura di reato di pericolo non è stata minimamente tenuta in considerazione dal legislatore nel prevedere i rigorosissimi limiti edittali e in particolare il limite minimo di 8 anni, quasi tre volte superiore a quello previsto per le lesioni gravi (3 anni di reclusione, cfr. art. 583 c.p.) e, addirittura superiore al limite massimo (7 anni di reclusione). Non solo, ma persino il tentato omicidio, punito con la pena da 7 a 14 anni di reclusione (cfr. artt. 56 e 575 c.p.) è considerato meno grave. Considerando il bene dell'ordine pubblico il confronto coi delitti di cui al Titolo V del codice, benché siano in prevalenza di pericolo concreto, secondo l'interpretazione prevalente sono tutti sensibilmente meno gravi. L'unica fattispecie che contempla lo stesso minimo edittale è quella di devastazione e saccheggio (art. 419 c.p.), punita tuttavia con una pena massima, pari ad anni 15 di reclusione, sensibilmente inferiore. Considerando che tutti i reati considerati sono dolosi neppure il criterio della colpevolezza appare in grado di giustificare simili sperequazioni punitive. D'altra parte la notevolissima distanza delle pene previste rispetto a reati certamente più gravi (come il tentato omicidio) non sembra possa essere controbilanciata unicamente dalla dimensione plurioffensiva del reato considerato». Così Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100.

<sup>10</sup> D'altro canto, anche la Suprema Corte osserva che la «sproporzione del trattamento sanzionatorio si rivela con nitidezza nel momento in cui – in presenza di fatti che presentano una non rilevante gravità, ma che non consentano l'inquadramento della fattispecie nell'art. 73, comma 5 – il decidente, pur indirizzandosi verso il minimo edittale, si trova comunque costretto ad infliggere pene di entità eccessiva, che non sono in ragionevole rapporto con il disvalore della condotta» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

<sup>11</sup> Così F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità*, consultabile su <http://www.penalecontemporaneo.it>

A ciò si aggiunga che, alla luce dell'art. 27 Cost., il «principio della finalità rieducativa della pena costituisce “una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue” (sentenza n. 313 del 1990; si vedano anche le sentenze n. 183 del 2011 e n. 129 del 2008)» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

In tale contesto, una «particolare asprezza della risposta sanzionatoria determina perciò una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena (sentenza n. 68 del 2012, che richiama le sentenze n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993)» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

Secondo quanto affermato dai Giudici costituzionali, poi – ed in ciò consiste il momento di “novità” e di maggior coerenza con il paradigma della ragionevolezza intrinseca della pronuncia –, la questione di legittimità costituzionale per l'irragionevole sproporzione tra l'offensività della fattispecie e la pena, sollecita «prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull’asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236)<sup>12</sup>.

Si tratta, infatti, come sottolineato dalla migliore dottrina, di una valutazione che « – almeno nella fase che conduce al riscontro della fondatezza della questione prospettata – segue una schietta cadenza diadica (impostata cioè sul diretto raffronto tra la disposizione impugnata e i parametri costituzionali invocati), recuperando il riferimento al *tertium*, soltanto allo scopo di individuare il quadro sanzionatorio risultante dalla dichiarazione di illegittimità dell’originaria scelta del legislatore»<sup>13</sup>.

Solo a questo punto, dunque, la Corte, per «non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo»<sup>14</sup> (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236), rivolge la propria attenzione alla

---

12 «Rimane fermo che le questioni all’attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull’asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*. Piuttosto, nella prospettazione del giudice *a quo*, l’esito negativo di un tale controllo, in termini di manifesta irragionevolezza per sproporzione tra cornice edittale, da un lato, e disvalore della condotta, dall’altro, viene a disvelarsi «anche» alla luce del più mite trattamento riservato ad altre fattispecie, tra cui, in particolare, quella del primo comma del medesimo art. 567 cod. pen.», Corte Cost. 10.11.2016, n. 236.

13 Così F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità*, consultabile su <http://www.penalecontemporaneo.it>

14 «Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di

individuazione di una diversa cornice edittale applicabile alla fattispecie, attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo<sup>15</sup>.

Così, nell'alveo di uno «scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo» 567, c.p., e giudicando «"per linee interne" la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236) poste a tutela del medesimo bene giuridico, la Corte Costituzionale, con la pronuncia in discussione, ha rinvenuto l'«unica soluzione praticabile (...) nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie» di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 567, c.p., «trattandosi, appunto, di utilizzare coerentemente "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"»<sup>16</sup>, lasciando all'«auspicabile intervento del legislatore, che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame», l'introduzione dei «diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236).

In materia di stupefacenti, confrontando, secondo il suddetto schema diadico, la disposizione di cui all'art. 73, comma 1, D.P.R. 309/90 e quelle di cui agli artt. 3 e 27, Cost., appare evidente come l'infrazione di non meno di otto anni di reclusione, oltre alla multa, per un fatto che, per la concreta gravità, cessa di essere di «lieve» entità, sconfinando nella minima offensività dell'ipotesi di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, non possa essere in alcun modo considerata una risposta sanzionatoria proporzionata.

Detto con le parole della Suprema Corte, la «sproporzione del trattamento sanzionatorio si rivela con nitidezza nel momento in cui - in presenza di fatti che presentino una non rilevante gravità, ma che non consentano l'inquadramento della fattispecie nell'art. 73, comma 5 - il decidente, pur indirizzandosi verso il minimo edittale, si trova comunque costretto ad infliggere pene di entità eccessiva, che non sono in ragionevole rapporto con il disvalore della condotta» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

L'asprezza della risposta sanzionatoria determina, così, una «violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena» (C. Cost.236/16).

---

proporzionalità, è infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (sentenza n. 23 del 2016)»; così, Corte Cost. 10.11.2016, n. 236.

<sup>15</sup> «Solo se condotta secondo queste modalità, la valutazione si mantiene fedele al costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, in base al quale, in tema di trattamento sanzionatorio penale, è consentito emendare le scelte del legislatore "in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento" (sentenze n. 148 del 2016 e n. 22 del 2007): giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»; così, Corte Cost. 10.11.2016, n. 236.

<sup>16</sup> Una «soluzione pragmatica (...) ma da salutare come intelligente e coraggiosa, da parte di una Corte che (...) ha perso troppo spesso, di recente, occasioni preziose per offrire efficace tutela ai diritti fondamentali». Così F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità*, consultabile su <http://www.penalecontemporaneo.it>

#### **4.4 L'ipotizzata violazione dell'art.117, c. 1, Cost.**

La violazione del principio di proporzione, giusta l'Ordinanza del GUP di Rovereto, può essere invocata anche attraverso il parametro del combinato disposto di cui agli artt. 11 e 117 Cost., in relazione al principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, c. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo il quale le «pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». Secondo il Giudice rimettente, la previsione di pene superiori in modo abnorme alle soglie previste dalla Decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 25.10.2004, è indice di violazione del principio di proporzione delle pene affermato dalla CDFUE.

La Decisione-quadro 2004/757/GAI, nel ribadire il doveroso rispetto del principio di proporzione («Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati (...) siano soggetti a pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive»; con ciò richiamando, nella specifica materia, il principio generale affermato dall'art. 49, c. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), prevede «norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti». Già tra i considerando iniziali, la Decisione prevede che, per «stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto di elementi di fatto quali i quantitativi e l'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale».

Ancora, la Decisione specifica all'art. 4, nel doveroso rispetto del principio di proporzione (di cui all'art. 49, c. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), che in relazione ai reati connessi al traffico di stupefacenti e precursori, «Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati (...) siano soggetti a pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive». In particolare, «Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni». Le eccezioni delle più severe «pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni», sono imposte in presenza di «ciascuna delle seguenti circostanze: «a) il reato implica grandi quantitativi di stupefacenti; b) il reato o implica la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute, oppure ha determinato gravi danni alla salute di più persone». Le «pene detentive della durata massima di almeno dieci anni» sono, poi, previste soltanto «qualora il reato sia commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale».

Sebbene la Decisione quadro detti «norme minime relative (...) alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti», non v'è chi non veda la manifesta ed intrinseca irragionevolezza di una pena detentiva minima prevista dall'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, in misura superiore alla «durata» (già considerata) «massima» (di anni 5) della pena prevista per i «grandi quantitativi», per gli «stupefacenti più dannosi per la salute» («pene detentive della durata massima compresa

tra almeno 5 e 10 anni»; art. 4, Decisione-quadro 2004/757/GAI). Ciò, è bene rammentarlo, per un fatto che, per la concreta gravità, cessi di essere di «lieve» entità (art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90), sconfinando nella minima offensività dell'ipotesi di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90.

Infine, il GUP di Rovereto, con l'Ordinanza di rimessione, ha censurato un «terzo ed autonomo profilo di contrasto col principio di proporzione può essere affermato in rapporto col divieto di pene e di trattamenti inumani o degradanti, come è noto espressamente riconosciuto, in via generale, sia dalla nostra Costituzione (art. 27, comma 3 prima parte), sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU: cfr. art. 3) sia dalla CDFUE (art. 4)». In particolare, la «pena minima di anni 8 di reclusione, prevista dall'art. 73, comma 1 t.u., in quanto manifestamente sproporzionata alla gravità oggettiva dei fatti considerati, potrebbe considerarsi incompatibile con l'art. 3 della CEDU e, dunque, con l'art. 117 Cost., in quanto pena disumana per eccessiva durata e perché impone, pressoché costantemente, il ricorso al carcere nel trattamento punitivo, rischiando di provocare gravi forme di sovraffollamento carcerario, con la paradossale conseguenza di far girare a vuoto la già sovraccarica macchina della giustizia» (Trib. Rovereto, 9.03.2016, n. 100).

#### **4.5 Il *tertium comparationis*. La decisione a “rime obbligate”**

Affinché sia consentito alla Consulta di esaminare i profili di illegittimità costituzionale dell'entità della pena stabilita dal legislatore, è, però, come detto, anche «necessario che il giudice rimettente individui “un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata (...)”», posto che «non spetta alla Corte determinare autonomamente la misura della pena, sostituendo le proprie valutazioni a quelle che spettano al legislatore, ma solo di emendare le scelte di quest'ultimo “in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento” (sentenza n. 22 del 2007): altrimenti, “l'intervento creativo sollecitato a questa Corte interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria riservate al legislatore, in spregio al principio della separazione dei poteri” (sentenza n. 23 del 2016)» (così, C. Cost. n. 148/2016).

Detto altrimenti, la decisione del Giudice delle Leggi deve trovare la propria necessità costituzionale già nel tessuto normativo, affinché il conseguente intervento manipolativo - a “rime costituzionalmente obbligate” - non sconfini nell'esercizio di prerogative di scelta riservate al legislatore.

A tal fine, la Corte di Cassazione ha individuato il paradigma edittale al quale ancorare la pena minima della fattispecie dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, nell'ultima espressione della volontà legislativa in materia, risalente al 2006. La “grandezza già rinvenibile nell'ordinamento”, secondo la Suprema Corte, sarebbe, dunque, quella già individuata dal legislatore del 2006, il quale «aveva comminato, per le condotte previste nell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, la pena minima di sei anni di reclusione (per tutte le tipologie di droga e, dunque, anche per quelle c.d. pesanti)». Per la Corte rimettente, pertanto, l'«unica soluzione conforme ai parametri costituzionali

degli artt. 25, comma secondo, 3 e 27 Cost. - tale da delineare un intervento "a rime obbligate" -, quella del ripristino del trattamento sanzionatorio già introdotto nel 2006 da sei a venti anni di reclusione» (Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 12.01.2017, n. 1418).

Il punto è, però, che, allo stato della disciplina vigente, la «pena minima di sei anni di reclusione (per tutte le tipologie di droga e, dunque, anche per quelle c.d. pesanti)», già travolta dalla pronuncia di incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, D.L. n. 272/2005, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. n. 49/2006, difficilmente può qualificarsi quale grandezza «già rinvenibile» nel tessuto normativo (vigente).

Più convincente appare la soluzione indicata dal GUP di Rovereto, secondo il quale l'«unica possibilità per porre rimedio a questa intollerabile asimmetria di trattamento punitivo è quella di “agganciare” il minimo edittale per i fatti di cui al comma 1 dell'art. 73 cit. al massimo edittale previsto per i fatti di lieve entità, ossia alla pena prevista dallo stesso legislatore per la classe di fatti concreti omogenea, quanto a contenuto offensivo» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100).

Esiste, dunque, una «grandezza di pena già prevista dal legislatore per una classe di casi dal concreto contenuto offensivo del tutto assimilabile rispetto alla classe di casi che si colloca al limite inferiore di gravità del reato maggiore e che, invece, è oggi punita con una pena doppia» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100). Cosicché l'individuazione di un diverso e proporzionato minimo edittale può rinvenirsi all'esito di uno «scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo», giudicando «“per linee interne” la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie» (Corte Cost. 10.11.2016, n. 236) di cui all'art. 73 commi 1 e 5, D.P.R. 309/90, poste a tutela del medesimo bene giuridico.

L'intervento del Giudice delle Leggi troverebbe, così, un idoneo *tertium paragonis* (per linee interne) nel «limite edittale massimo previsto dalla fattispecie di lieve entità che consente di ritenere, allo stato attuale della disciplina vigente, costituzionalmente obbligata la soluzione di assumere come limite edittale minimo del reato maggiore di cui al comma 1 dell'art. 73 t.u. la medesima pena» (Trib. Rovereto, Ord. 9.03.2016, n. 100).

Potrà, poi, il legislatore, se finalmente vorrà interessarsi della disciplina sanzionatoria degli stupefacenti, introdurre il diverso trattamento sanzionatorio che riterrà più adeguato, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 3 e 27, Cost.