



Rivista Trimestrale - 2/2017

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

**Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale,
tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa**

David Brunelli

**La misura delle pene,
fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali**

Domenico Pulitanò

**Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali:
recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia
tra compromessi e nodi irrisolti**

Marta Bargis

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? Tre questioni all'esame della Consulta

Nota a tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990: [Trib. Ferrara, ord. 18 novembre 2015](#); [Trib. Rovereto, ord. 9 marzo 2016](#); [Cass., sez. VI, ord. 12 gennaio 2017, n. 1418](#)

Is the Minimum Limit on the Penalty for Dealing in Hard Drugs Unconstitutional? Three Questions Pending Before the Constitutional Court

Considerations on Three Questions of Constitutionality About Article 73(1), of Presidential Decree no. 309/1990

CARLO BRAY

Specializzato presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Milano

DROGHE PESANTI, PROPORZIONALITÀ DELLA PENA, SINDACABILITÀ DELLE NORME PENALI DI FAVORE

HARD DRUGS, PROPORTIONALITY OF PENALTIES, CONSTITUTIONAL REVIEW OF A CRIMINAL PROVISION THAT PRODUCES A FAVOURABLE TREATMENT

ABSTRACT

Tre nuove rimessioni alla Corte costituzionale, da parte di due giudici di merito e della Corte di cassazione, mirano a far dichiarare l'illegittimità del minimo edittale pari a otto anni di reclusione previsto dall'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990 nel testo di legge risultante dalla nota sentenza n. 32/2014 della Consulta. Il contributo prende spunto dall'esame di queste tre ordinanze per una riflessione sulle annose questioni relative alla sindacabilità delle c.d. norme penali di favore e al controllo di legittimità sulla misura della pena; e, in relazione a tale secondo tema, prospetta la possibilità di un sindacato che prescindendo dalla determinazione di un *tertium comparationis* in senso classico, nello spirito della recentissima sentenza n. 236/2016 della Corte costituzionale. Messe in luce l'irragionevolezza, la disuguaglianza e la sproporzione che caratterizzano l'attuale sistema sanzionatorio dei reati in materia di stupefacenti – il quale prevede un *saltum* pari a quattro anni di reclusione a fronte di uno spettro continuo di condotte a gravità crescente –, si individua nella pena di quattro anni di reclusione – id est il massimo edittale di pena per i fatti di lieve entità – non tanto un *tertium comparationis*, bensì l'unico riferimento normativo in grado di garantire una soluzione 'a rime obbligate'.

Two judges of first instance and the Supreme Court raised three questions of constitutionality, asserting that the minimum limit to the penalty provided for under Article 73(1) of Presidential Decree 309/1990, in the wording resulting from judgment no. 32/2014 of the Constitutional Court, is unconstitutional. The paper concerns these three questions of constitutionality and addresses the controversial issue of the constitutional review of a criminal provision that introduces more favourable treatment for the convict as well as judicial review of the determination of the penalty. With reference to the latter issue, the author proposes a form of judicial review that is not based on the identification of the traditional requirement of a *tertium comparationis*, but rather inspired by the method established by the Constitutional Court in judgment no. 236/2016. The current system of penalties for drug-related crimes provides for a difference of four years between the maximum and minimum terms of imprisonment provided for under respectively Article 73(5) and Article 73(1) in relation to conducts that may be classified along a continuous spectrum; therefore the system of penalties appears to be unreasonable, unequal and disproportionate. The maximum limit of four years' imprisonment set by article 73(5) is not a *tertium comparationis* but is the only legal base that guarantees a review by the Court involving an univocal inference in order to render Article 73(1) of Presidential Decree 309/1990 constitutional.

SOMMARIO

1. La vicenda: tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990. – 2. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 73 d.P.R. 309/1990, commi primo e quinto. – 3. L'ordinanza della Corte di cassazione. – 3.1. Alcune considerazioni circa la rilevanza della questione. – 3.2. Il sindacato di legittimità costituzionale sulla norma penale di favore. – 3.3. Il contrasto con il principio di ragionevolezza-uguaglianza (rinvio). – 4. Le ordinanze dei giudici di merito. – 4.1. Il contrasto con il principio di ragionevolezza-uguaglianza *ex art. 3 Cost.* – 5. Alcune note conclusive... – 5.1. ...sul principio di riserva di legge e il sindacato della Corte costituzionale sulla legge penale di favore. – 5.2. ...sul principio di ragionevolezza-uguaglianza e il sindacato della Corte costituzionale sulla misura della pena. – 5.3. ...sulle conseguenze di un'eventuale sentenza di accoglimento.

1.

La vicenda: tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990.

A breve la Corte costituzionale dovrà tornare ad occuparsi della legittimità costituzionale della disciplina dettata dal testo unico sugli stupefacenti, in relazione al testo di legge risultante dalla sua stessa sentenza n. 32 del 2014¹. Due giudici di merito e, da ultimo, la Corte di cassazione, hanno infatti sollevato dubbi di legittimità costituzionale sull'art. 73, comma primo, d.P.R. n. 309/1990 – nella parte in cui prevede il minimo edittale di pena pari a otto anni di reclusione ed € 25.822 di multa per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe cosiddette pesanti – per contrasto con una serie di parametri costituzionali.

Il Tribunale di Ferrara, con ordinanza del 18 novembre del 2015², ha per primo sollevato l'incidente di costituzionalità in relazione all'art. 73, c. 1, t.u. stup., per presunto contrasto con l'art. 3 Cost., rilevando che il trattamento sanzionatorio attualmente previsto da tale norma risulta irragionevole e non fondato su validi presupposti in termini di disvalore del fatto, dal momento che ad un disvalore solo leggermente maggiore rispetto a quello di un fatto astrattamente inquadrabile nella fattispecie di lieve entità, di cui all'art. 73 c. 5 t.u. stup., corrisponde una pena almeno doppia rispetto a quella irrogabile nel caso di fatto lieve. La pena sancita dalla cornice edittale di cui all'art. 73, c. 1, t.u. stup., in quanto sproporzionata rispetto alla gravità del reato che è destinata a sanzionare, risulterebbe inoltre violare l'art. 27, c. 3, Cost., nella parte in cui impone che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato.

A distanza di pochi mesi, il Tribunale di Rovereto ha depositato un'altra ordinanza³ in cui – oltre al contrasto con il principio di ragionevolezza-uguaglianza *ex art. 3 Cost.* – ha rilevato l'antinomia tra l'art. 73, c. 1, t.u. stup., oggi in vigore, e il principio di proporzione delle pene, espresso dall'art. 27 c. 3 Cost, e, a livello sovranazionale, dall'art. 49 par. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). La violazione del principio di proporzione e dell'art. 117 Cost. sarebbe da registrare, a parere del giudice di Rovereto, anche in rapporto all'art. 3 CEDU e all'art. 4 CDFUE.

Seppur le motivazioni dei due giudici di merito facciano ricorso a parametri costituzionali in parte distinti, il *petitum* delle ordinanze è analogo: la modifica del minimo edittale di pena di cui all'art. 73, c. 1, t.u. stup., da otto a quattro anni di reclusione, utilizzando quale *tertium comparationis* il massimo della cornice edittale di pena previsto dal quinto comma del medesimo articolo per i fatti di lieve entità aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti.

È invece del tutto diversa l'impostazione dell'ordinanza di rimessione alla Consulta depositata il 12 gennaio del 2017 dalla Corte di cassazione⁴, nonostante anch'essa miri ad una manipolazione *in bonam partem* del minimo edittale di pena prevista dal primo comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990. La Cassazione rimarca a sua volta l'irragionevolezza e la mancanza di proporzionalità dell'attuale minimo edittale previsto in relazione a fatti non lievi concernenti le c.d. droghe pesanti; tuttavia punta al ripristino della pena minima di sei anni di reclusione

¹ C. cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia, in *Dir. pen. cont.*, con commento di F. VIGANÒ - A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, 27 febbraio 2016. Cfr. anche V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *questa Rivista*, n. 1/2014, p. 215; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, revoiscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. costituz.*, n. 1/2014, p. 505; A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2014, p. 586.

² Tribunale di Ferrara, ord. 18 novembre 2015, pubbl. su G.U. del 4 maggio 2016, n. 18.

³ Tribunale di Rovereto, ord. 9 marzo 2016, pubbl. su G.U. del 25 maggio 2016, n. 21.

⁴ Cass., sez. VI, ord. 13 dicembre 2016 (dep. 12 gennaio 2017), n. 1418, Pres. Carcano, Rel. Bassi, pubbl. su G.U. del 1 marzo 2017, n. 9.

prevista dall'art. 73, c. 1, così come modificato dalla legge n. 49 del 2006 (che, in sede di conversione, ha introdotto gli articoli 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 272/2005 dichiarati incostituzionali dalla Consulta con la nota sentenza n. 32/2014).

La decisione cui è chiamata la Corte costituzionale ha dunque due profili di notevole interesse. Da un lato, essa potrebbe segnare una nuova importante tappa lungo il cammino della giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura della pena⁵. Dall'altro, la Consulta è qui sollecitata dalla Suprema Corte a rimettere in discussione la propria giurisprudenza sul diverso profilo dell'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale su norme penali di favore, o comunque di questioni il cui accoglimento potrebbe avere effetti *in malam partem* in materia penale (come è accaduto nel caso della sentenza n. 32/2014, uno dei cui effetti è stato – come è noto – il ritorno al minimo edittale di otto anni di reclusione per i fatti previsti dall'art. 73, co. 1, t.u. stup., minimo edittale più sfavorevole di quello – sei anni di reclusione – previsto dalla disposizione dichiarata incostituzionale).

2.

Il quadro normativo di riferimento: l'art. 73 d.P.R. 309/1990, commi primo e quinto.

Per comprendere i termini esatti delle questioni sottoposte alla Corte, rese particolarmente complesse dal susseguirsi di interventi di legge modificativi delle norme oggetto del sindacato e dall'importante arresto della Consulta del 2014, è opportuno procedere ad una sintetica ricostruzione cronologica della normativa rilevante ai fini del giudizio⁶.

(i) L'originario art. 73 del d.P.R. 309/1990 (c.d. legge Iervolino-Vassalli) differenziava il trattamento sanzionatorio dei reati aventi ad oggetto le c.d. droghe pesanti (la reclusione da 8 a 20 anni e la multa da € 25.822 ad € 258.228, comma 1) rispetto a quello, molto meno severo, dei reati aventi ad oggetto le c.d. droghe leggere (la reclusione da 2 a 6 anni e la multa da € 5.164 ad € 77.468, comma 4).

La distinzione sanzionatoria veniva poi riproposta anche per i fatti di lieve entità, in relazione ai quali il quinto comma prevedeva un'attenuante ad effetto speciale con conseguente rideterminazione delle cornici edittali: la reclusione da 1 a 6 anni e la multa da € 2.582 ad € 25.822 per i fatti concernenti le droghe c.d. pesanti; la reclusione da 6 mesi a 4 anni e la multa da € 1.032 ad € 10.329 per quelli relativi alle droghe c.d. leggere.

(ii) Nell'inverno del 2006, il legislatore, forse distratto dalle Olimpiadi invernali in corso a Torino, ha riunificato il trattamento sanzionatorio relativo alle condotte previste dall'art. 73 t.u. stup., sopprimendo la precedente distinzione fondata sul tipo di sostanza. Con la legge n. 49/2006 (c.d. Fini-Giovanardi), in sede di conversione del noto d.l. n. 272/2005, si è dunque prevista la pena della reclusione da 6 a 20 anni e della multa da € 26.000 ad € 260.000 per tutti i fatti inquadrabili nella fattispecie di cui al primo comma, e la pena della reclusione da 1 a 6 anni e della multa da € 3.000 ad € 26.000 per i casi in cui fosse applicabile l'attenuante del fatto di lieve entità.

Lequiparazione tra droghe pesanti e leggere ha pertanto interessato sia le condotte inquadrabili nel primo comma dell'art. 73, sia i fatti considerabili di lieve entità. Si è così prodotto un irrigidimento complessivo del trattamento punitivo, salva la novità *in bonam partem* costituita dalla riduzione del minimo edittale di pena da otto a sei anni di reclusione per i fatti di cui al primo comma concernenti le droghe pesanti.

(iii) Il decreto legge n. 146/2013, convertito con la legge n. 10/2014, ha poi modificato il quinto comma dell'art. 73, t.u. stup., trasformando la circostanza del fatto di lieve entità in fattispecie autonoma di reato⁷ e riducendo il limite edittale massimo della pena detentiva da

⁵ Profilo su cui si veda, recentissimamente, C. cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, Pres. Grossi, Rel. Zanon, in *Dir. pen. cont.*, con nota a commento di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, 14 novembre 2016. Cfr. anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.

⁶ Per una ricostruzione più ampia delle modifiche normative che hanno interessato la disciplina penale di cui al d.P.R. 309/1990 cfr. Tribunale di Rovereto, ord. 9 marzo 2016, cit., § 1.1.; J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale. Riforme 2008-2015*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2015, pp. 487 ss.

⁷ La Corte di cassazione ha confermato la natura di reato autonomo del nuovo art. 73, quinto comma, d.P.R. 309/1990, nella formulazione introdotta dall'art. 2 del decreto legge n. 146/2013, in numerose sentenze, tra le quali, per la prima volta a seguito della riforma, in *Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2014 (dep. 26 marzo 2014), n. 14288, Pres. Agrò, Rel. Leo, ric. Cassanelli* e, dopo la sent. n. 32/2014 della Corte costituzionale, in *Cass., sez. IV pen., sent. 28 febbraio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10514, Pres. Zecca, Est. Dell'Utri, Ric. Verderamo*, in *Dir. pen. cont.*

sei a cinque anni di reclusione⁸.

(iv) La modifica del quinto comma ad opera della legge n. 10/2014 non è stata intaccata dalla importante sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, che pur ha pesantemente rivoluzionato la disciplina penale prevista dal testo unico. La Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 272/2005 (inseriti in sede di conversione) per violazione dell'art. 77, c. 2, Cost., e, in particolare, perché tali articoli sono stati introdotti dal Parlamento nonostante il difetto del requisito di omogeneità e del necessario nesso funzionale tra il contenuto del decreto-legge e le modifiche apportate dalla legge di conversione⁹.

In conseguenza della illegittimità procedurale nell'*iter* di formazione, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. legge Fini-Giovanardi, ritenendola conseguentemente inidonea "ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa". La Corte ha dunque statuito la 'reviviscenza' delle (per vero) mai legittimamente abrogate disposizioni dell'art. 73 t.u. stup. nella originaria formulazione di cui alla legge Iervolino-Vassalli.

Per effetto della sentenza n. 32/2014, con riferimento ai soli fatti di non lieve entità, è dunque tornata in rilievo la distinzione poggiante sulla tipologia della sostanza stupefacente oggetto della condotta: la reclusione da otto a venti anni in relazione alle c.d. droghe pesanti, la reclusione da due a sei anni in relazione a quelle c.d. leggere. La sentenza n. 32/2014 non ha invece intaccato il trattamento sanzionatorio relativo ai fatti di lieve entità che, in quanto modificato con il successivo d.l. 146/2013, risultava essere del tutto indipendente rispetto alla disposizione censurata dalla Corte.

(v) Infine, il legislatore del 2014 (con la legge n. 79, in sede di conversione del d.l. n. 36) ha, un'ultima volta, inciso al ribasso sulla cornice edittale – prevedendo il massimo edittale pari a quattro anni di reclusione – per l'autonomo reato di cui al quinto comma¹⁰.

In definitiva, all'esito di questa evoluzione su cui hanno inciso i plurimi interventi del legislatore e un'unica ma determinante sentenza della Corte costituzionale, occorre fare riferimento:

a) all'originario testo dei commi 1 e 4 dell'art. 73 formulati dalla legge Iervolino-Vassalli per determinare la cornice edittale di pena relativa ai fatti di non lieve entità concernenti rispettivamente le droghe pesanti (reclusione da 8 a 20 anni) e le droghe leggere (reclusione da 2 a 6 anni);

b) al testo del comma 5, emendato da ultimo con legge n. 79/2014, per determinare la cornice edittale di pena relativa ai fatti (qualificabili) di lieve entità in relazione a qualsiasi tipo di sostanza stupefacente (reclusione da 6 mesi a 4 anni), non rilevando, in questo secondo caso, la distinzione tra droghe pesanti e leggere.

È su questo dato normativo che si innestano le tre ordinanze di rimessione in esame, le quali mirano a provocare, *manu iudice*, una nuova importante modifica: la riduzione del minimo edittale di pena¹¹ relativo ai fatti di entità non lieve aventi ad oggetto le droghe c.d. pesanti.

⁸ Per una illustrazione del contenuto del decreto legge n. 146/2013 – la cui *ratio* è da individuare nella necessità di ridurre il sovraffollamento carcerario anche a seguito della nota sentenza *Torreggiani* – cfr., F. VIGANÒ - A. DELLA BELLA, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014; *La relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulla legge 10/2014 di conversione del d.l. 146/2013 in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti*, *ivi*, 13 marzo 2014; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014. In relazione alle ricadute della riforma sulla pena stabilita in sede di patteggiamento, vd. *Cass., sez. III pen., sent. 25 febbraio 2014 (dep. 7 marzo 2014)*, n. 11110, Pres. Teresi, Rel. Pezzella, Imp. Kiogwu, in *Dir. pen. cont.*

⁹ Vd. *supra*, nota n. 1. La Corte di cassazione ha subito preso posizione in ordine ai numerosi problemi sollevati dalla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale e dal decreto legge n. 146/2013, in particolare in *Cass., sez. IV pen., sent. 28 febbraio 2014 (dep. 14 marzo 2014)*, n. 13903, Pres. Zecca, Est. Dovere, Ric. Spampinato e in una *relazione dell'Ufficio del Massimario*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2014.

¹⁰ Con il decreto legge 20 marzo 2014, n. 36 (Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale) il Governo è inoltre intervenuto in relazione all'emergenza sorta a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, per effetto della quale hanno perso efficacia gli aggiornamenti delle tabelle ministeriali contenenti le sostanze stupefacenti o psicotrope successivi alla legge Fini-Giovanardi. Cfr., in proposito, F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 marzo 2014; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, *ivi*, 29 maggio 2014; A. DELLA BELLA, *Novità in materia di stupefacenti*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2015*, diretto da R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2015.

¹¹ Le ordinanze di rimessione dei giudici di merito mirano a una riduzione della pena edittale minima da anni otto di reclusione ed € 25.822,00 di multa ad anni quattro di reclusione ed € 10.329 di multa. La Corte di cassazione, invece, propone questione di legittimità costituzionale soltanto in relazione alla pena detentiva, in quanto rileva che – per la pena pecuniaria – la sentenza n. 32/2014 della Consulta ha prodotto un effetto *in favor*, seppure di entità minima (il minimo edittale è diminuito da 26.000 a 25.822 euro di multa).

3.

L'ordinanza della Corte di cassazione.

Il criterio cronologico imporrebbe di procedere alla ricostruzione delle ordinanze dei Tribunali di Ferrara e Rovereto prima di addentrarsi nei meandri della motivazione depositata dalla Corte di cassazione lo scorso 12 gennaio. Pare tuttavia più opportuno seguire l'ordine logico-giuridico imposto dalla sistematica del diritto penale e procedere, in un primo momento, all'analisi dell'ordinanza promossa dalla Corte di legittimità, l'unica delle tre a rilevare un presunto contrasto tra l'art. 73, primo comma, t.u. stup. e il principio di legalità *sub specie* di riserva di legge. In tanto, infatti, ha senso dibattere circa la ragionevolezza e proporzionalità di una pena, in quanto la stessa sia prevista da una disposizione che legittimamente appartenga alle fonti del diritto penale.

La vicenda oggetto dell'ordinanza della Suprema Corte trae origine da un processo penale a carico di un imputato accusato della detenzione di 23 ovuli contenenti complessivamente 10,07 grammi di eroina, di cui 3773 mg di eroina-base pari a circa 150 dosi singole da 25 mg, e della cessione continuata a due acquirenti, per svariati mesi, di circa mezzo grammo di eroina, per il corrispettivo di 40 euro, in occasione di ognuna delle più di cento cessioni a ciascun cliente. A fronte della qualificazione dei fatti nell'ipotesi lieve di cui al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 da parte del Tribunale di Imperia, il pubblico ministero proponeva ricorso *per saltum* in Cassazione valorizzando tutti gli elementi fattuali contrari all'inquadramento nella fattispecie di lieve entità¹².

La Corte di cassazione, considerata la quantità di sostanza stupefacente, nonché le modalità e circostanze dei fatti, reputa fondate le doglianze accusatorie miranti alla riqualificazione del fatto nella fattispecie astratta di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup. Allo stesso tempo, però, ritiene che siano "vicende di non particolare gravità, rispetto alle quali il Giudice di merito investito del giudizio di rinvio attesterebbe l'entità della sanzione intorno al minimo edittale".

Da ciò il sospetto contrasto del minimo edittale di pena previsto dall'art. 73, primo comma, t.u. stup., con i parametri costituzionali menzionati:

a) con l'art. 25 c. 2 Cost., *sub specie* di principio di riserva di legge, giacché il limite inferiore dell'intervallo edittale risulta pari a otto anni di reclusione "a seguito di una declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale generale dal contenuto favorevole";

b) con gli artt. 3 e 27 Cost., *sub specie* di principio di ragionevolezza e proporzionalità, perché la comminatoria edittale applicabile al caso di specie si rivela manifestamente eccessiva rispetto alla gravità della condotta incriminata, non consentendo di adeguare il trattamento sanzionatorio alle circostanze concrete del fatto.

3.1.

Alcune considerazioni circa la rilevanza della questione.

Prima di affrontare nel merito le censure sollevate dall'ordinanza della Corte di cassazione, sembra anzitutto opportuno svolgere alcune considerazioni sulla rilevanza della questione nel giudizio *a quo*.

L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale ha riempito di significato l'espressione dell'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953, in cui si individua la nozione legislativa di rilevanza ("qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione")¹³. L'impostazione che appare prevalente è quella della "necessaria influenza" o "stretta pregiudizialità", tale per cui "la corretta instaurazione del giudizio costituzionale postula l'esistenza di un 'effettivo e concreto rapporto di strumentalità' fra la risoluzione della

¹² Per una ricostruzione della elaborazione giurisprudenziale circa i criteri per una corretta sussunzione del fatto nella fattispecie astratta di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup., piuttosto che nel quinto comma del medesimo articolo, cfr. Tribunale di Rovereto, ord. 9 marzo 2016, cit., § 2. Con particolare riguardo alle condizioni per la ravvisabilità del delitto autonomo di cui al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990, cfr. *Disciplina in tema di sostanze stupefacenti: la direttiva del Procuratore della Repubblica di Santa Maria Capua Vetere*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2016.

¹³ Per tutti, cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 12^a ed., Torino, 2011, pp. 448-449, i quali definiscono la rilevanza quale "legame di strumentalità, di 'pregiudizialità', tra la questione di legittimità costituzionale e il giudizio *a quo*: il giudizio principale non può proseguire senza che venga risolta la questione di legittimità costituzionale. Ciò sta a significare che l'instaurazione incidentale è subordinata alla valutazione da parte del giudice circa la necessaria applicazione della disposizione sospettata di incostituzionalità nel giudizio dinanzi a lui pendente".

questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio [*a quo*]¹⁴.

Così definita la rilevanza, secondo autorevole dottrina, inoltre, “occorre che la questione sollevata attenga ad una delle discipline legislative, ... applicabili nel giudizio *a quo* (ed anzi in quella certa fase del giudizio medesimo, ad opera dell'autorità giurisdizionale rimettente e non di un altro giudice)”¹⁵.

La Corte di cassazione nell'ordinanza in esame ben motiva in ordine alla qualificazione del fatto sottoposto al suo esame nella fattispecie astratta di cui all'art. 73, primo comma, d.P.R. 309/1990, così dimostrando – *prima facie* – l'applicabilità nel giudizio *a quo* della norma oggetto di sindacato e, conseguentemente, il rispetto del requisito di rilevanza. Tuttavia, è anche vero che il giudice remittente – la Cassazione – non è il giudice chiamato ad applicare la disposizione censurata nell'unica parte che viene in rilievo nella questione di legittimità prospettata, e cioè nella determinazione del minimo edittale della pena: in caso di accoglimento del ricorso del pubblico ministero, infatti, l'esito obbligato sarebbe quello di un *annullamento con rinvio ad altro giudice* – la Corte d'appello – per la determinazione della pena e, dunque, per l'applicazione della disposizione risultante dalla sentenza della Corte costituzionale. Nel caso di specie, in realtà, l'accoglimento da parte della Consulta della questione di costituzionalità prospettata non è in alcun modo pregiudiziale alla decisione della Cassazione, che avrebbe già ora potuto annullare (e che *di fatto annullerà*, qualunque sia la decisione della Corte costituzionale) la sentenza impugnata per erronea applicazione della legge penale, *sub specie* di erronea qualificazione del fatto concreto nella fattispecie normativa di cui al quinto comma anziché in quella di cui al primo comma; mentre il problema della legittimità costituzionale della misura della pena per i fatti di cui al primo comma potrà logicamente porsi, per la prima volta, nell'ambito del giudizio di rinvio, quando la Corte d'appello sarà – per l'appunto – chiamata a rideterminare la pena sulla base del primo, e non del quinto comma¹⁶.

Ci pare dunque che la Corte costituzionale debba anzitutto dirimere la questione se il lemma 'giudizio' di cui al citato art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 – per quanto attiene al profilo della rilevanza – si riferisca al giudizio *a quo* in senso lato, ovvero se – come sostenuto dalla dottrina poc'anzi citata¹⁷ – debba intendersi nel senso che può sollevare la questione di legittimità soltanto il giudice titolare della fase del giudizio in cui la norma risultante dal sindacato della Consulta deve essere applicata¹⁸. Laddove optasse per questa seconda ipotesi, la Corte costituzionale dovrebbe ovviamente provvedere con una pronuncia di inammissibilità.

3.2.

Il sindacato di legittimità costituzionale sulla norma penale di favore.

Come anticipato, la Corte di Cassazione ritiene che l'attuale disposto dell'art. 73, comma 1, t.u. stup. sia in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. proprio perché l'innalzamento del minimo edittale di pena detentiva da sei a otto anni è conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della disciplina prevista dalla legge Fini-Giovanardi. Quest'ultima, infatti, in relazione ai fatti non lievi aventi ad oggetto droghe c.d. pesanti, si configura quale norma favorevole rispetto alla precedente disciplina dettata dalla legge c.d. Iervolino-Vassalli.

¹⁴ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2011, p. 108.

¹⁵ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Padova, 2007, p. 727. Tale orientamento troverebbe conferma in un precedente (C. cost., sent. n. 117/1984, citato in *Il requisito della rilevanza della questione incidentale di legittimità costituzionale - Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale*, a cura di R. NEVOLA, D. DIACO, M. BONI) in cui la Corte costituzionale ha statuito che quando la questione “attiene al compimento di un atto processuale (la redazione della motivazione della decisione: che, ex art. 276 ult. comma c.p.c., potrebbe anche non essere affidata all'istruttore) inserito, comunque, in una fase procedurale successiva a quella in cui versa, allo stato, il giudizio *a quo*: onde ne difetta l'attuale rilevanza”.

¹⁶ Altro sarebbe accaduto se il giudice di merito avesse condannato l'imputato ad una pena determinata in base al primo comma, e questi avesse promosso ricorso in Cassazione lamentando proprio l'incostituzionalità della disposizione penale applicatagli. In questa ipotesi, una dichiarazione di illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto dal primo comma sarebbe stata effettivamente condizione essenziale per poter pervenire all'annullamento della sentenza, e al conseguente rinvio al giudice di merito per la (ri)determinazione della pena in base al nuovo quadro edittale risultante dalla sentenza della Consulta.

¹⁷ Il riferimento è a L. PALADIN, si veda *supra* nota n. 15.

¹⁸ In relazione alla inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale perché sollevata dal giudice competente di una fase processuale diversa rispetto a quella in cui deve farsi applicazione della disposizione censurata cfr. Corte cost., ord. n. 259/2016; Corte cost., ord. n. 161/2015.

La questione di legittimità che la Cassazione pone nell'ordinanza in oggetto sottende dunque l'annosa *querelle* circa l'ammissibilità del vaglio di legittimità costituzionale di norme penali di favore¹⁹ (nella specie esercitato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2014). Nel dare conto della spinosa tematica, l'ordinanza della Suprema Corte ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, una evoluzione segnata da alcuni 'smussamenti dell'originaria impermeabilità' a qualsiasi eccezione al divieto di sindacato²⁰.

La prima incisione della membrana impermeabile avvenne, come è noto, ad opera della sentenza n. 148 del 1983, con la quale la Corte stabilì che i principi costituzionali su cui poggia il diritto penale non consentono di creare "zone franche" dell'ordinamento sottratte al controllo di costituzionalità, ma si limitano "a circoscrivere l'efficacia spettante alle dichiarazioni di illegittimità delle norme penali di favore" a garanzia degli imputati. Da tale premessa discende che il principio di legalità impedisce alla Consulta di configurare nuove norme penali, ma non le preclude "decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo"²¹.

L'impostazione prospettata nel 1983 è stata poi recepita e sviluppata dalla nota sentenza n. 394 del 2006 con l'introduzione della dicotomia tra:

a) "previdenze normative che *delimitano* l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione di una fattispecie di reato";

b) e le norme penali di favore (in senso stretto), che "*sottraggono* una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di una altra norma, maggiormente comprensiva". Solo su queste ultime la Corte costituzionale potrebbe esercitare la propria attività di controllo, non invece sulle prime che – in quanto diretta espressione delle scelte di politica criminale – sarebbero modificabili soltanto dal legislatore stesso.

Avvalorando la distinzione operata dalla Consulta nella sentenza n. 394/2006²², l'ordinanza della Cassazione osserva che è assoggettabile a sindacato di costituzionalità soltanto quella norma che si ponga in un rapporto di specialità di tipo *sincronico* con altra norma che coesista nell'ordinamento penale; non invece quella norma che si ponga in rapporto *diacronico* con altra preesistente, "trattandosi in tale caso di una semplice ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, di un intervento di carattere generale frutto della valutazione discrezionale riservata al legislatore in materia penale, non teso ad introdurre un privilegio per particolari categorie di soggetti o di comportamenti"²³.

La Suprema Corte esprime dunque il principio di diritto secondo cui "non può ritenersi consentita la pronuncia d'incostituzionalità *in malam partem* che interessi una norma con la quale il legislatore sia intervenuto a modificare la risposta sanzionatoria in virtù di una valutazione di politica criminale" (quale era la disposizione introdotta dalla legge Fini-Giovanardi che riduceva il minimo edittale di pena per i fatti di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup. da otto a sei anni di reclusione).

In verità, la Cassazione ricorda come la Corte costituzionale abbia nuovamente affrontato la problematica in esame nelle sentenze n. 28 del 2010²⁴ e n. 5 del 2014²⁵, in entrambi i casi ritenendo ammissibile uno scrutinio *in malam partem* in materia penale. Occorre però fare chiarezza. L'ordinanza della S.C. analizza congiuntamente tali pronunce e riporta testualmente ampi passaggi della sentenza n. 28/2010 in relazione alla possibilità di uno scrutinio *in*

¹⁹ Sul rapporto tra sindacato della Corte costituzionale e legge penale, vd. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, 5ª ed., Milano, 2015, pp. 58-59; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012.

²⁰ La felice analogia tra il divieto di sindacato di legittimità sulle norme penali di favore e una membrana (non più) impermeabile è di 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 *questa Rivista*, n. 2/2014, p. 242, in cui l'A. procede ad una ricognizione della giurisprudenza costituzionale in materia.

²¹ C. cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148, Pres. Elia, Rel. Paladini, sulla quale si veda la nota di D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, parte I, p. 1801 ss. Cfr. anche M. SCOLETTA, *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, n. 2/2012, p. 119 ss.

²² C. cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394, Pres. Bile, Est. Flick, in *Giur. cost.*, 2006, parte V, p. 4127 ss., con nota di G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*.

²³ Nel riproporre la dicotomia tra "sincronia o diacronia nella relazione di specialità tra norme", l'ordinanza della Corte di cassazione – al § 7.3. – sembra fare riferimento a M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 140 ss.

²⁴ C. cost., sent. 28 gennaio 2010, Pres. Amirante, Est. Silvestri, in *Foro it.*, parte I, p. 1109, con nota di G. ARMONE, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*.

²⁵ C. cost., sent. 23 gennaio 2014, Pres. Silvestri, Est. Lattanzi, in *questa Rivista*, con nota di M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale*, cit. Vd. anche C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Giur. costituz.*, 2015, n. 1, p. 181.

malam partem di una norma emanata dal Governo oltre i limiti dettati dalla legge delega; ma tali citazioni testuali sono in realtà da riferire alla decisione n. 5/2014.

È pur vero che entrambe queste pronunce hanno prodotto un effetto *in malam partem* in forza della dichiarazione dell'illegittimità di un decreto legislativo²⁶ per carenza di potere del Governo nell'adottare la normativa rispettivamente impugnata, ma la ragione del vizio nei due casi è diversa: nella sentenza n. 28/2010 la Corte accerta la non conformità delle norme interne rispetto alle norme comunitarie, e la conseguente violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.; nella sentenza n. 5/2014, invece, la Consulta rileva l'eccesso di delega con cui il Governo ha adottato l'atto legislativo, e la conseguente violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost²⁷.

Tuttavia, la Corte di cassazione distingue nettamente l'ipotesi sottoposta al vaglio della Consulta in occasione della sentenza n. 32/2014 rispetto ai casi oggetto delle decisioni appena citate. Anche nel caso affrontato dalla pronuncia n. 5/2014 il problema di costituzionalità riguardava il procedimento di formazione della "legge" oggetto di sindacato; ma in quella circostanza l'intervento della Corte costituzionale risultava funzionale a tutelare la sovranità del Parlamento, nel legiferare in materia penale, dalla illegittima invasione di campo del Governo. In relazione alla distinta ipotesi di intervento parlamentare in sede di conversione di un decreto legge, invece, il sindacato della Consulta sulla legge risultante da tale *iter* formativo non si porrebbe a tutela dell'autonomia dell'organo democratico; anzi, al contrario, costituirebbe una lesione della discrezionalità del legislatore e una violazione del principio di separatezza dei poteri, quanto meno con riferimento alla determinazione delle sanzioni in materia penale.

Nella prospettiva sostenuta dalla ordinanza della Corte di cassazione, dunque, "il principio di riserva di legge fissato nell'art. 25, comma secondo, ... deve essere affermato in tutta la sua pienezza, o comunque prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante, allorché si tratti dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento, cioè dell'organo investito secondo Costituzione del potere di introdurre le norme penali nel sistema giuridico".

Sulla base di questi argomenti, la Corte di Cassazione chiede il ripristino della disciplina vigente prima della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale limitatamente al profilo del minimo edittale di pena per i fatti non lievi aventi ad oggetto droghe pesanti (ossia, il limite inferiore di sei anni di reclusione anziché quello di otto anni previsto dalla legge Iervolino-Vassalli), dal momento che la sentenza n. 32/2014 – 're-introducendo' nell'ordinamento una disposizione *in malam partem* – avrebbe violato il principio di riserva di legge in materia penale.

3.3.

Il contrasto con il principio di ragionevolezza-uguaglianza (rinvio).

L'ordinanza della Cassazione solleva un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990: il contrasto con i principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità evincibili dagli articoli 3 e 27 Cost.

Da un lato, infatti, si sostiene che l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio oggi in vigore emerge dal raffronto sia con la cornice edittale di pena prevista per i fatti "ordinari" aventi ad oggetto droghe c.d. leggere (per i quali la reclusione può variare da due a sei anni, *ex* comma quarto della legge Iervolino-Vassalli); sia dal confronto con i casi di "lieve entità" per i quali, senza distinzione sulla base della sostanza, il quinto comma stabilisce la forbice da sei mesi a quattro anni di reclusione. In relazione ad entrambe le ipotesi la Cassazione ritiene sussistere uno "iato edittale ... foriero di ingiustificabili disparità di trattamento", che risulterebbe invece ridotto a proporzioni non problematiche laddove la Consulta ripristinasse

²⁶ Sulla preliminare questione circa l'ammissibilità di decreti legge e decreti legislativi quali fonti del diritto penale cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

²⁷ Nella motivazione della sentenza n. 5 del 2014 si sottolinea infatti che "se si escludesse il sindacato costituzionale degli atti legislativi adottati dal Governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti". Tale decisione costituisce un *revirement* rispetto alla precedente pronuncia n. 161 del 2004 in cui la Corte, nel dichiarare inammissibile la questione d'incostituzionalità con riguardo alle soglie di punibilità previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c. in quanto rispondenti ad una scelta discrezionale del legislatore, aveva affermato "che il principio di riserva di legge non tollera limitazioni e deve, pertanto, prevalere rispetto a qualunque vizio procedurale nella formazione della legge, anche se commessa nell'esercizio della funzione legislativa delegata all'Esecutivo" (ord. della Corte di cassazione in esame, § 8.1.).

il limite minimo di sei anni di reclusione per le fattispecie di cui al primo comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990.

Dall'altro, la Corte aggiunge che “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”.

4.

Le ordinanze dei giudici di merito.

Il profilo di illegittimità costituzionale *sub specie* di violazione dei principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità della pena, evocato in via subordinata ma non particolarmente approfondito dall'ordinanza della Cassazione, è invece oggetto di ampie riflessioni nelle motivazioni delle parallele ordinanze dei giudici di merito.

Il Tribunale di Ferrara sottopone l'art. 73, primo comma, d.P.R. 309/1990 all'attenzione della Corte costituzionale in relazione a un caso di detenzione di dieci ovuli di cocaina (del peso complessivo lordo pari a gr. 128,255) da parte di un soggetto richiedente asilo in possesso altresì di una somma in contanti pari a € 7.420, nonché di un rotolo di sacchetti di cellophane di colore bianco. Alla luce di tali evenienze fattuali, il giudice *a quo* da un lato ritiene di non poter derubricare il reato nell'ipotesi di cui al quinto comma dell'art. 73 t.u. stup., dall'altro ritiene però la pena base minima irrogabile (otto anni di reclusione) incongrua a sanzionare il caso concreto.

Da ciò il sospettato contrasto del minimo edittale previsto dall'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990 con l'art. 3 Cost., “nella misura in cui a violazioni di rilievo penale solo leggermente diverso [rispetto ai casi riqualificabili nell'ipotesi di cui al comma quinto] corrisponde una reazione punitiva dello Stato enormemente diversa”, e con l'art. 27, terzo comma, Cost., giacché “una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso non potrà mai essere percepita dal condannato come giusta ed esplicitare quindi la propria funzione rieducativa”.

Allo stesso modo il Tribunale di Rovereto ritiene rilevante la medesima questione di legittimità costituzionale perché si vede obbligato ad applicare la pena base minima di otto anni di reclusione ad un fatto avente ad oggetto droghe c.d. pesanti ma di limitata portata offensiva (la condotta di illecita detenzione e trasporto di eroina, contenuta in tre ovuli, pari al peso lordo di gr. 58,291).

La previsione di pena di cui all'art. 73, comma primo, t.u. stup., a parere del giudice dell'udienza preliminare di Rovereto, contrasta con il principio di uguaglianza-ragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*) e con quello di proporzionalità della pena, ravvisabile non solo nell'art. 27, terzo comma, Cost., ma anche nell'art. 49, par. 3, CEDU. Inoltre, la violazione dell'art. 117 Cost., cui si ancora il riferimento ai parametri sovranazionali, risulta altresì dal contrasto con il principio di proporzionalità in rapporto al divieto di pene inumane e degradanti di cui agli artt. 3 CEDU e 4 CDFUE.

In relazione alle due ordinanze dei giudici di merito non sembrano quindi esservi dubbi inerenti il profilo di rilevanza delle questioni.

4.1.

Il contrasto con il principio di ragionevolezza-uguaglianza ex art. 3 Cost.

Data l'omogeneità delle questioni di legittimità proposte dai due giudici di merito, conviene qui soffermarsi sulle più approfondite motivazioni proposte dall'ordinanza del Tribunale di Rovereto, in particolare sotto il profilo dell'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio fissato dall'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990.

Sin dall'*incipit* dell'ordinanza il giudice remittente sottolinea la “grave incoerenza sistematica” della disciplina penale in materia di stupefacenti in quanto – allo stato attuale – la distinzione tra droghe pesanti e leggere rileva nel determinare il trattamento sanzionatorio sia di un fatto di non lieve entità, sia in relazione all'illecito amministrativo della detenzione per uso personale (di cui all'art. 75 t.u. stup.), ma non invece per i fatti lievi di cui al primo comma

dell'art. 73 t.u. stup. Tale incongruenza sembra essere “il frutto non di una precisa e ponderata scelta di politica criminale compiuta dal legislatore, ma del disordinato succedersi degli eventi e della necessità di provvedere in via d'urgenza”²⁸.

La pur evidente incoerenza sistematica – come giustamente osserva lo stesso giudice *a quo* – non è condizione sufficiente a sollecitare un sindacato di costituzionalità; tuttavia la rilevanza della questione di legittimità emerge con tutta la sua forza allorché la stessa “incoerenza sistematica si traduc[a], in modo vincolante per il giudice, in gravi sperequazioni punitive”. Come visto, infatti, l'attuale configurazione normativa prevede – in relazione alle droghe c.d. pesanti – una forbice pari a quattro anni di reclusione tra il minimo edittale di pena detentiva (8 anni) per un fatto non lieve e il massimo edittale per un fatto lieve (4 anni), il che “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”.

L'ordinanza del Tribunale di Rovereto individua dunque nella fattispecie di lieve entità il *tertium comparationis* idoneo ad eliminare il vizio di legittimità costituzionale dell'art. 73, primo comma, t.u. stup., e, consapevole di proporre un raffronto tra fattispecie astratte caratterizzate da un diverso grado di entità offensiva, elenca una serie di casi in cui la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di “porre a confronto norme e fattispecie, a fini specifici, pur presentando ad altri fini forti elementi di eterogeneità”.

Le tappe principali di tale impostazione ermeneutica sono da individuare:

(i) nella sentenza n. 341 del 1994²⁹, che ha determinato la riduzione della pena minima per la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale per via del raffronto con il delitto di ingiuria, nonostante la plurioffensività della prima fattispecie;

(ii) nella sentenza n. 68 del 2012³⁰, che ha ritenuto applicabile l'attenuante per i fatti di lieve entità prevista per il sequestro a scopo di terrorismo anche in relazione alla fattispecie di sequestro a scopo di estorsione, a fronte (e, anzi, proprio in forza) della diversità di beni giuridici protetti: l'ordine costituzionale da un lato e il patrimonio dall'altro;

(iii) nella sent. n. 80 del 2014³¹, nella quale la Corte elimina il vizio di costituzionalità relativo alle soglie di punibilità previste per l'omesso versamento dell'IVA (art. 10 ter d.lgs. n. 74/2000) utilizzando quale termine di paragone le soglie di punibilità previste per le fattispecie di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione (di cui agli artt. 4 e 5 dello stesso decreto);

(iv) nella sent. n. 143 del 2014³², che ha determinato la riduzione del termine prescrizione previsto per l'incendio colposo (art. 449 c.p.) attraverso il raffronto con la fattispecie di incendio doloso (art. 423 c.p.).

Il Tribunale di Rovereto individua infine un'ulteriore conferma dell'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio sancito dal primo comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 nel raffronto tra “due coppie affini” di norme: i commi primo e quinto dell'art. 73 da un lato, e i commi quarto e quinto dall'altro. Tali coppie di norme, nel punire i fatti “ordinari” e “di lieve entità” aventi ad oggetto droghe pesanti le prime, e droghe leggere le seconde, sono caratterizzate da una analoga configurazione della fattispecie astratta dei reati e da una medesima “progressione senza soluzioni di continuità dell'offesa (dal fatto lieve al fatto non lieve)”. Si rileva, tuttavia, che soltanto le norme che puniscono le fattispecie relative alle droghe leggere prevedono una progressione senza soluzione di continuità anche nella risposta sanzionatoria; al contrario, i commi primo e quarto dell'art. 73 prevedono “uno iato di addirittura 4 anni” tra il massimo edittale per il fatto di lieve entità relativo a droghe pesanti e il minimo edittale per il fatto di

²⁸ Il legislatore del 2014 è infatti intervenuto per mezzo di decreti legge per sanare l'emergenza del sovraffollamento carcerario (vd. *supra* nota n. 7) e quella creatasi a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale (vd. *supra* nota n. 9). Tuttavia, come osservato dallo stesso giudice remittente di Rovereto al § 1.2. dell'ordinanza in esame, “il problema è che una volta risolta l'urgenza, il tema di una riforma complessiva dei reati relativi agli stupefacenti è subito scomparso dall'agenda politica.” Del resto, la stessa considerazione, *mutatis mutandis*, vale anche per il tema dell'emergenza carceraria (cfr. l'editoriale di F. VIGANÒ in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 4/2016, p. 1).

²⁹ C. cost., sent. 25 luglio 1994, n. 342, Pres. Casavola, Rel. Spagnoli, in *Foro it.*, 1994, parte I, p. 2585, con nota redazionale di G. FIANDACA.

³⁰ C. cost., sent. 23 marzo 2012, n. 68, Pres. Gallo, Est. Frigo, sulla quale si veda C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente “preso - troppo? - sul serio”* in *Giur. cost.*, n. 2/2012, pp. 906-914. Cfr. anche G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla “lex mitior” sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *questa Rivista*, n. 4/2013, p. 266 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali - Voce per “Il libro dell'anno Treccani 2014”*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

³¹ C. cost., sent. 8 aprile 2014, n. 80, Pres. Silvestri, Est. Frigo, in *questa Rivista*, con nota redazionale di G. LEO, *Omesso versamento dell'IVA: la Corte costituzionale “alza la soglia” di irrilevanza penale del fatto*, 10 aprile 2014, e commento di N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, 2 febbraio 2015.

³² C. cost., sent. 8 aprile 2014, n. 80, Pres. Silvestri, Est. Frigo, in *questa Rivista*, con nota di N. RECCHIA, *È irragionevole il raddoppio del termine prescrizione previsto per l'incendio colposo*, 18 giugno 2014; Id., *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit.

entità non lieve.

Alla luce di tutte queste considerazioni, il giudice chiede alla Corte costituzionale di dichiarare illegittimo il minimo edittale per i fatti di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup. e di sostituirlo con il massimo edittale (di 4 anni di reclusione) fissata per i fatti di lieve entità, cioè con la "pena prevista dallo stesso legislatore per la classe di fatti concreti omogenea, quanto a contenuto offensivo".

5. Alcune note conclusive...

Le tre ordinanze in esame, insieme considerate, compongono un avvincente *trailer* di quella che sarà l'interessante e attesa pronuncia della Corte costituzionale. Vale qui la pena, in attesa di assistere alla proiezione della pellicola, proporre alcune considerazioni sui due importanti temi costituzional-penalistici di portata generale trattati, e prospettare dei possibili scenari.

5.1. ...sul principio di riserva di legge e il sindacato della Corte costituzionale sulla legge penale di favore.

L'ordinanza della Corte di cassazione – ci sembra – chiede non solo un *revirement* della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di sindacato su norme penali di favore, ma anche che la Consulta 'ritorni sui suoi passi' sulla specifica questione già decisa con la sentenza n. 32/2014, modificandone il *decisum* e le sue conseguenze in ordine, quanto meno, al trattamento sanzionatorio per i fatti descritti dall'art. 73, comma primo, t.u. stup. Ciò che pone con forza, anzitutto, la questione se la Corte costituzionale possa davvero esercitare un simile, anomalo *potere di autotutela* che probabilmente si porrebbe in radicale contrasto con il disposto dell'art. 137, comma terzo, Cost.

Del resto, la Corte costituzionale ha già in passato stigmatizzato tentativi dello stesso tenore. La prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale in cui un giudice ha ritenuto lesiva dei principi costituzionali una decisione della Consulta di determinare una pena differente rispetto a quella originariamente prevista dal legislatore risale all'occasione in cui il Tribunale di Torino ha sollevato diverse questioni di legittimità nei confronti delle norme risultanti dalla sentenza n. 409 del 1989 della Corte costituzionale (la quale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge n. 772 del 1972, ormai abrogato, che prevedeva il reato di rifiuto del servizio militare di leva, nella parte in cui determinava la pena edittale ivi comminata nella misura di due anni anziché in quella di sei mesi, e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni). In tale circostanza la Corte costituzionale ha infatti dichiarato tutte le questioni proposte dal Tribunale di Torino manifestamente inammissibili perché "le censure formulate nelle ordinanze di rimessione sono, all'evidenza, solo formalmente indirizzate alle norme suindicate, ma, nella sostanza, sono rivolte a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte con la menzionata sentenza n. 409"³³.

Anche a prescindere da tale, probabilmente assorbente argomento, appare qui utile confrontarsi con il problema del sindacato *in malam partem* sollevato dalla Cassazione.

Dalla ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di sindacato di costituzionalità su una legge penale di favore³⁴ emergono in effetti due diversi orientamenti.

Secondo una prima prospettiva – inaugurata dalla sentenza n. 394 del 2006 – sussiste una dicotomia tra le norme penali "di favore" e le norme favorevoli di carattere generale o comune; soltanto le prime, deputate a introdurre una disciplina speciale rispetto a una disciplina generale contemporaneamente vigente, sarebbero suscettibili di sindacato di costituzionalità. L'ordinanza della Cassazione concorda con questa prospettiva.

Un diverso orientamento, invece, ritiene ammissibile anche il sindacato delle cosiddette norme penali generali favorevoli, e ciò ancorché dalla dichiarazione di incostituzionalità delle stesse discenda la 'reviviscenza' di una più severa norma nel frattempo abrogata. Nell'alveo di

³³ In proposito, si rinvia a M. D'AMICO, *Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, parte IV, p. 254 ss.

³⁴ Si veda *supra*, § 3.2.

questo secondo indirizzo si collocano le già citate sentenze n. 28/2010 e n. 5/2014, nonché la stessa sentenza n. 32/2014, la quale reputa che il ritorno al più severo minimo edittale di pena per i fatti non lievi concernenti droghe c.d. pesanti, previsto dall'abrogata legge Iervolino-Vassalli, non violi il principio di riserva di legge.

D'altronde, la dottrina già in sede di commento della sentenza n. 394/2006 non aveva mancato di rilevare che la 'reviviscenza' di una norma abrogata per via della dichiarazione di una norma penale favorevole di carattere generale non costituisce un'ipotesi di creazione giurisprudenziale della legge, bensì proprio l'effetto che deriva dalla dichiarazione di illegittimità della clausola abrogativa implicitamente contenuta nella norma oggetto del sindacato della Corte. In definitiva, la reviviscenza della norma abrogata da una norma illegittima consegue a una "normale operazione di interpretazione sistematica", "una reazione naturale dell'ordinamento alla scomparsa della norma (abrogatrice) illegittima"³⁵. Tale reviviscenza appare condizionale tanto più nei casi di dichiarazione di incostituzionalità della norma abrogante per vizi formali o procedurali, i quali, "incide[ndo] direttamente sulla validità della fonte in quanto tale"³⁶, travolgono ogni effetto ad essa collegato, compreso quello abrogativo³⁷. L'adesione all'orientamento che ammette il sindacato sulle norme favorevoli di carattere generale trova inoltre conforto nell'esigenza di evitare le c.d. "zone franche", necessità da cui muove la prima sentenza della Corte costituzionale in materia di sindacato sulle norme penali favorevoli (n. 148/1983)³⁸.

L'ordinanza della Cassazione potrebbe dunque offrire alla Consulta l'occasione per chiarire ciò che con la sentenza n. 32/2014 aveva sottinteso, ossia che è assoggettabile a scrutinio di costituzionalità anche una norma penale *più favorevole rispetto ad altra norma preesistente*. Una pronuncia in tal senso costituirebbe una nuova tappa di incisione della ormai sempre più permeabile membrana del divieto di sindacato di una norma penale favorevole, confermando l'ammissibilità di un sindacato *in malam partem* di una norma risultante dalla conversione di un decreto legge che si ponga in contrasto con l'art. 77 Cost.

Del resto, a ben vedere, non si tratta di operare un bilanciamento tra il principio di riserva di legge *ex art. 25*, comma secondo, Cost. e il valore, pur costituzionale, espresso dall'art. 77 Cost. nel prevedere il legittimo procedimento di formazione normativa. Si tratta, invece, proprio di tutelare l'esplicazione sostanziale del principio che riserva le scelte di politica criminale all'organo parlamentare democraticamente eletto, il quale viene (in concreto) leso non dal controllo della Corte costituzionale sul rispetto dei limiti dettati dall'art. 77 Cost., bensì ogni volta che il Governo "impone" l'approvazione di un pacchetto eterogeneo di norme, anche penali, in sede di conversione di un decreto legge, così sottraendo le stesse alla fisiologica dialettica parlamentare³⁹.

E comunque, lo stesso *petitum* della Cassazione non può che sollevare perplessità, nella misura in cui mira oggi a ripristinare nell'ordinamento il minimo edittale di pena previsto dalla legge Fini-Giovanardi, *id est...* di una norma già dichiarata incostituzionale. Una tale prospettiva, infatti, si pone in palese contrasto con il dettato degli articoli 136, primo comma, Cost. e 30, comma terzo, legge n. 87/1953, dai quali si ricava che una norma dichiarata incostituzionale – per qualsiasi ragione – non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale. L'art. 73, comma primo, t.u. stup., nella formulazione prevista dalla legge Fini-Giovanardi, non pare dunque poter essere "recuperato" neppure al limitato fine di consentire una soluzione 'a rime obbligate' quanto alla determinazione del trattamento sanzionatorio conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale, trattandosi – appunto – di un trattamento sanzionatorio stabilito da una disposizione già dichiarata incostituzionale. Anche sotto questo profilo, ci pare dunque che la questione sollevata dalla Cassazione debba essere dichiarata inammissibile.

³⁵ C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, parte I, 2007, p. 321. In tal senso, cfr. anche V. ONIDA, *Le additive penali "in malam partem"*. *Appunti*, 1997, p. 4.

³⁶ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 214.

³⁷ In questo senso, C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit.; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., p. 510, il quale ricostruisce le distinte posizioni emerse nel dibattito circa la reviviscenza di una norma abrogata da altra norma successivamente dichiarata incostituzionale.

³⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali diminuiscono (ma non abbastanza) le 'zone franche'*, cit.

³⁹ Cfr. C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., p. 506 ss., proprio in relazione al maxi-emendamento presentato dal Governo durante la fase di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272.

5.2.

...sul principio di ragionevolezza-uguaglianza e il sindacato della Corte costituzionale sulla misura della pena.

L'argomento appena svolto – ossia l'impossibilità di recuperare il minimo edittale di sei anni di reclusione previsto da una norma incostituzionale – ci sembra renda inammissibili anche le questioni subordinate proposte dalla Cassazione ancorate ai parametri costituzionali di cui agli articoli 3 e 27 Cost., che mirano per l'appunto al ripristino di quel minimo edittale.

In relazione al contrasto della disciplina in vigore con i parametri costituzionali di uguaglianza-ragionevolezza e proporzionalità della pena occorre piuttosto confrontarsi con il *petitum* formulato dalle ordinanze dei giudici di merito, che mirano invece a ricondurre il minimo edittale delle ipotesi di cui al primo comma alla soglia massima prevista per i fatti di lieve entità di cui al quinto comma, e dunque a *quattro* anni di reclusione.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 148 del 2016, ha già dichiarato inammissibile una questione di legittimità sul minimo edittale dell'art. 73, primo comma, t.u. stup. proprio sulla considerazione secondo cui il giudice remittente non individuava alcun *tertium comparationis* e che comunque, sul punto, non vi sarebbe una soluzione costituzionalmente obbligata. Il tema della misura delle pene edittali spalanca infatti la porta a problematiche riguardanti non solo i meccanismi di interpretazione sistematica, ma anche di politica del diritto penale⁴⁰. Peraltro, lo scorso anno è stata sollevata e dichiarata inammissibile per analogo motivo anche una questione di legittimità costituzionale in relazione al quinto comma dell'art. 73, t.u. stup⁴¹.

La questione può però oggi essere affrontata alla luce delle nuove e ben motivate sul punto ordinanze di remissione (specie da parte del Tribunale di Rovereto), nonché della recentissima sentenza n. 236/2016 della Consulta. In tale pronuncia – successiva alle ordinanze dei giudici di merito in esame – la Corte dichiara l'illegittimità del quadro edittale previsto per il delitto di alterazione dello stato civile di neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, argomentando sulla irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dal secondo comma dell'art. 567 c.p., e recupera il riferimento al *tertium* – nella specie il primo comma dello stesso art. 567 c.p., che punisce l'alterazione di stato mediante la sostituzione di un neonato – al solo fine di individuare la cornice edittale risultante dalla declaratoria di incostituzionalità. Come si è sostenuto, a seguito di tale sentenza, il ragionamento logico-giuridico nel sindacare il trattamento sanzionatorio previsto da una norma in odore di incostituzionalità può seguire questo schema⁴²:

- (i) individuazione di una classe di fatti, caratterizzati da un disvalore particolarmente tenue, che sono da qualificare tra le ipotesi astratte riconducibili alla norma incriminatrice oggetto di sindacato;
- (ii) accertamento dell'obbligo di irrogare, anche per i fatti concreti rientranti nella classe di fatti di disvalore tenue, una pena manifestamente eccessiva in rapporto alla gravità del fatto;
- (iii) determinazione – una volta accertata l'irragionevolezza e sproporzione intrinseca del trattamento sanzionatorio – di altri valori di pena già esistenti nell'ordinamento, e idonei a sostituire il quadro edittale dichiarato incostituzionale.

A nostro sommo parere, sussistono oggi tutte le premesse affinché la decisione della Corte si ponga in continuità con la sentenza n. 236/2016 dato che – come si evince dalle continue ordinanze di remissione in materia – l'attuale configurazione del trattamento sanzionatorio delle condotte illecite aventi ad oggetto le droghe c.d. pesanti non è solo indice di incoerenza normativa, ma è anche causa di forti e numerose disuguaglianze nell'irrogazione delle pene. Come ben sottolineato dalle ordinanze di remissione, il giudice del merito è oggi obbligato a sanzionare con pene molto diverse fra loro condotte di portata offensiva pressoché omogenea.

La soluzione di individuare il minimo edittale di pena per la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 73 t.u. stup. nella pena di quattro anni di reclusione permetterebbe invece di sanare le sperequazioni punitive, e in generale la manifesta sproporzione e l'irragionevolezza

⁴⁰ Sul tema, si veda, da ultimo, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit.

⁴¹ Corte cost., sent. 13 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 23, Pres. Criscuolo, Rel. Cartabia, in *Dir. pen. cont.*, con nota di C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, 7 marzo 2016.

⁴² Elabora questa sequenza di passaggi F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in commento a Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, cit.

dell'attuale trattamento sanzionatorio che prevede un *saltum* pari a quattro anni di reclusione⁴³ a fronte di *uno spettro continuo di condotte a gravità crescente*⁴⁴.

Le condotte riconducibili al primo comma sono in effetti strutturalmente identiche a quelle sussumibili nel quinto comma dell'art. 73 t.u. stup. in ogni loro componente, esclusa la diversa gravità del fatto, in relazione al suo contenuto di offensività e al grado di colpevolezza espresso dal medesimo. L'irragionevolezza del sistema emerge allora dal rilievo che alla condotta più lieve inscrivibile nel primo comma consegue una risposta sanzionatoria assai più gravosa rispetto a quella che consegue ad una condotta appena meno offensiva o appena meno colpevole, inquadrabile nel quinto comma.

Un sistema coerente con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena pre-supporrebbe una risposta sanzionatoria graduata e graduabile secondo un *continuum* che rispecchi la continuità nel grado di offensività e di colpevolezza che può riscontrarsi nelle condotte disciplinate tanto dal primo quanto dal quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990. Il sistema sanzionatorio dei reati in materia di stupefacenti, invece, prevede un *punto di discontinuità* in conseguenza del quale, indicando con *a* il disvalore dei fatti più gravi riconducibili al quinto comma e con *x* la pena massima di quattro anni di reclusione prevista per quei fatti, a fatti di disvalore *a+1* corrisponde improvvisamente la pena *2x* (otto anni di reclusione) anziché quella, come sarebbe stato lecito attendersi, di *x+1*.

Questo sistema non è solo logicamente incoerente, ma anche foriero di forti disuguaglianze, dal momento che a fatti di portata offensiva appena lievemente disomogenei corrispondono risposte sanzionatorie profondamente differenti non solo per quantità, ma anche per qualità. La punizione dei fatti di lieve entità è spesso gestita con strumenti che si collocano al di fuori del circuito carcerario: la sospensione condizionale, le misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, la possibilità di sostituzione con il lavoro di pubblica utilità (art. 73, comma 5 *bis*, d.P.R. 309/1990). Il massimo edittale di quattro anni di reclusione, inoltre, da un lato preclude la possibilità di disporre la custodia cautelare in carcere anche in sede cautelare; dall'altro consente l'applicabilità degli istituti di messa alla prova per maggiorenni e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Al contrario, come sottolinea il Tribunale di Rovereto, "la pena edittale minima di 8 anni di reclusione preclude, nella generalità dei casi, non solo la sospensione condizionale della pena ma anche le misure alternative per la pratica impossibilità di contenere in concreto la pena sotto la soglia di 3 anni ..., pur considerando la congiunta riduzione di pena per la concessione delle circostanze attenuanti generiche e per riti speciali a contenuto premiale".

In buona sostanza: con la disciplina oggi in vigore, *ad un grammo di sostanza in più* corrisponde non solo una pena di quattro anni di reclusione in più, ma anche tutta una serie di ulteriori e gravi conseguenze sanzionatorie non previste, e anzi volontariamente evitate dal legislatore, per i fatti aventi ad oggetto un grammo di sostanza in meno.

Così spiegata l'irragionevolezza e la disuguaglianza che scaturiscono dall'attuale sistema sanzionatorio, non potrà che guardarsi alla pena di quattro anni, che costituisce il massimo edittale di pena per i fatti di lieve entità, quale punto di riferimento obbligato per sanare l'irragionevolezza e la disuguaglianza segnalate. Non si tratta qui, beninteso, di un *tertium comparationis* in senso classico, dal momento che il quinto comma non è qui evocato come fattispecie simile a quella oggetto di sindacato; bensì dell'unico riferimento normativo in grado – nello spirito della sentenza n. 236/2016 poc'anzi evocata – di garantire una soluzione 'a rime obbligate' della Corte costituzionale, e perfettamente in grado di ripristinare la coerenza logica del sistema: che si vedrebbe così provvisto di una gamma *continua* di possibili opzioni sanzionatorie in grado di assicurare pene effettivamente proporzionate al disvalore del singolo fatto – in modo, insomma, che a un fatto di gravità *a+1* corrisponda una pena pari a *x+1* e non, irragionevolmente, a *2x*.

Autorevole dottrina ha, invero, già in passato rilevato che sussistono nel nostro ordinamento ipotesi di discontinuità nella definizione della risposta sanzionatoria in relazione a

⁴³ Il riferimento è al *gap* pari a quattro anni di reclusione tra il minimo edittale di otto anni di reclusione per un fatto non lieve (di cui al primo comma dell'art. 73) e il massimo edittale di quattro anni di reclusione per un fatto lieve *ex art. 73, quinto comma, d.P.R. 309/1990*. Vd. *amplius supra*, § 4.1.

⁴⁴ In senso contrario, cfr. G. AMATO, *Un intervento additivo in materia penale riservato al legislatore*, in *Guida al dir.*, n. 6/2017, p. 82 ss., il quale, commentando a prima lettura l'ordinanza della Cassazione in esame, sostiene che il sistema sanzionatorio attuale non sia irragionevole e un intervento della Corte costituzionale costituirebbe un intervento additivo in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate.

“fatti che presentano un *continuum* di possibili graduazioni di disvalore”⁴⁵. In particolare, si fa riferimento ai casi in cui il legislatore prevede la misura della pena per il reato circostanziato in modo indipendente rispetto alla pena edittale fissata per il reato base, e ricorra un concorso eterogeneo di circostanze in conseguenza del quale il giudice debba procedere all’operazione di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* Si viene così a determinare un *saltum* all’interno della cornice di pena irrogabile – a seconda della prevalenza delle attenuanti ovvero della prevalenza delle aggravanti – tale da determinare uno ‘spazio di *discrezionalità discontinua*’, “nel senso che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare o al di sopra o al di sotto di certe soglie di pena, con esclusione di possibilità intermedie. In casi del genere viene spezzata la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità, in ragione del peso relativo assegnato agli elementi da bilanciare, e la scala delle possibili sanzioni”⁴⁶.

A ben guardare, però, le due tipologie di discontinuità ci sembrano ben differenti.

Da un lato, nel caso degli stupefacenti, sono configurabili condotte appena più offensive, o appena più colpevoli, rispetto a quelle che si collocano immediatamente prima nell’ideale scala di condotte a gravità crescente. È dunque evidente il *continuum* di gravità tra le condotte concrete sussumibili nella fattispecie base e in una fattispecie circostanziata il cui unico elemento specializzante consiste nella “lieve entità” del fatto.

Dall’altro lato, invece, la fattispecie circostanziata è normalmente costruita attorno a elementi differenziali tipizzati che – quando sussistenti – contribuiscono a comporre una sotto-fattispecie diversa dalla fattispecie base, e caratterizzata da un disvalore ben distinto rispetto a quello che caratterizza quest’ultima; disvalore distinto che giustifica, secondo la discrezionale valutazione del legislatore, il passaggio sanzionatorio a un nuovo e distinto quadro edittale. In queste ipotesi, la discontinuità nel trattamento sanzionatorio appare problematica soltanto nel momento in cui la si ricolleggi alla discrezionalità del giudice nell’operare il bilanciamento delle circostanze, e dunque alla disciplina prevista dall’art. 69 c.p.: la quale certamente appare problematica dal punto di vista del principio di legalità, ma per ragioni diverse dall’esistenza di ‘salti’ sanzionatori da essa provocati, e che appaiono piuttosto riconducibili a quello che potrebbe essere considerato come un eccesso di discrezionalità conferito al giudice, al quale viene conferito in effetti il potere di vanificare nel caso concreto la valutazione di maggior disvalore legato alla presenza di una certa circostanza.

L’irrazionalità del salto sanzionatorio tra l’ipotesi del quinto comma dell’art. 73 t.u. stup. e quella base di cui al primo comma prescinde invece dal meccanismo di cui all’art. 69 c.p. (che non è applicabile nella specie, stante la natura di fattispecie autonoma ormai riconosciuta al quinto comma), ed è direttamente legata alla logica dell’attenuazione di pena: che non valorizza alcun preciso indicatore di minore gravità del fatto, ma affida discrezionalmente al giudice l’individuazione – nella scala *continua* di disvalore che è possibile immaginare all’interno delle fattispecie in astratto riconducibili al primo comma – di una soglia al di sotto della quale il fatto cessa di essere considerato rilevante ai sensi di quella norma, e viene a integrare la meno grave fattispecie di cui al quinto comma.

Alla luce di queste considerazioni risulta chiaro, allora, come la soluzione proposta dall’ordinanza della Cassazione non appaia congrua neppure sotto questo specifico profilo: ridurre il limite edittale a sei anni di reclusione avrebbe l’effetto di attenuare semplicemente l’irragionevolezza e le disuguaglianze dell’attuale disciplina senza riuscire a sanarle del tutto, come invece accadrebbe sostituendo al minimo di otto anni di reclusione oggi in vigore per il primo comma quello di quattro anni, pari al massimo previsto per il delitto di cui al quinto comma.

Né potrebbe obiettarsi che la soluzione proposta dalle ordinanze dei giudici di merito intaccerebbe la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle pene: la riduzione del minimo edittale ad opera della Consulta non costituirebbe in alcun modo una scelta di politica criminale. Il legislatore resterebbe ovviamente libero (nel rispetto del principio di proporzionalità della pena e degli altri parametri costituzionali) di modificare le cornici edittali con riferimento ai reati previsti dall’art. 73, commi primo e quinto, purché lo faccia senza creare

⁴⁵ Per la prima volta in D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, p. 41. Cfr. ora D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., in cui l’Autore ripropone l’esempio della pena per l’omicidio doloso circostanziato, con particolare riferimento all’ipotesi in cui, nel caso di diminuzione della pena per il rito abbreviato, la pena della reclusione potrebbe essere pari o a 30 anni – in caso di prevalenza delle aggravanti – o inferiore a 16 anni – in caso di equivalenza o di prevalenza delle attenuanti –, ma in nessun caso il giudice potrebbe applicare una pena nell’intervallo fra i 16 e i 30 anni di reclusione. Sull’argomento anche F. NUZZO, *Ancora sul calcolo della diminuzione prevista dall’art. 442 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, II, p. 2293, secondo il quale la disciplina contrasterebbe con l’art. 101, secondo comma, della Costituzione.

⁴⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2015, p. 481.

un irragionevole iato tra la risposta sanzionatoria nei confronti dei fatti di lieve entità e quella diretta a punire i fatti di gravità superiore.

5.3.

...sulle conseguenze di un'eventuale sentenza di accoglimento.

Oltre a fornire importanti indicazioni sui due temi affrontati, la pronuncia della Corte costituzionale – in caso di accoglimento della questione sollevata – avrebbe rilevanti ricadute pratiche. La modifica del quadro edittale dell'articolo 73, primo comma, d.P.R. 309/1990, inciderebbe, infatti, non solo su numerosi procedimenti penali in corso, ma anche su tutte quelle sentenze definitive (ma ancora in esecuzione) che abbiano commisurato la pena sulla base della vecchia cornice edittale che verrebbe dichiarata illegittima. Come è stato già osservato anche in relazione alla sentenza n. 236/2016⁴⁷, la giurisprudenza ha ormai individuato lo strumento per far fronte alle sentenze della Corte costituzionale che implicino una modifica del trattamento sanzionatorio nell'incidente di esecuzione *ex art. 673 c.p.p.* che, interpretato in maniera estensiva, permette (*rectius* rende doveroso) revocare una sentenza passata in giudicato anche qualora la declaratoria di incostituzionalità non abbia ad oggetto il precetto dettato dalla norma incriminatrice⁴⁸.

Ci si potrebbe forse domandare se oggetto di revoca dovrebbero essere solo le sentenze che hanno commisurato una pena assestandosi verso il minimo della cornice edittale, ovvero anche quelle sentenze che hanno inflitto una pena più elevata, o che addirittura si attestino verso il massimo edittale (che rimarrebbe invariato anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità). Appare però prematuro soffermarsi sul problema che si evoca in attesa della pronuncia della Corte; per il momento è sufficiente ricordare che, da ultimo e proprio in relazione alle problematiche sorte a seguito della sentenza n. 32 del 2014, le Sezioni unite⁴⁹ hanno elaborato il principio di diritto secondo cui è illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato sui limiti edittali previsti da una norma in vigore al momento del fatto ma dichiarata incostituzionale, *anche nel caso* in cui la pena concretamente inflitta sia *compresa entro* la cornice edittale prevista dalla norma rivissuta per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità. Il giudice dell'esecuzione sarebbe dunque chiamato a effettuare un nuovo giudizio di responsabilità finalizzato a realizzare soltanto modifiche *in melius* – in maniera discrezionale e non alla stregua di criteri matematico-proporzionali – avendo riguardo ai nuovi valori edittali costituzionalmente legittimi (da quattro a venti anni di reclusione).

⁴⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit.

⁴⁸ Vd. Cass., Sez. un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2014, p. 255; Cass., Sez. un. pen., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014) n. 42858, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, Ric. Gatto, in *Dir. pen. cont.*, con commenti di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, 17 ottobre 2014, e S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, 22 dicembre 2014; nonché, in materia di sequestro di persona, Cass., Sez. I, 4 dicembre 2014 (dep. 10 febbraio 2015), n. 5973, Pres. Giordano, Rel. Cassano, P.M. Romano, con nota di S. FINOCCHIARO, *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena*, 24 aprile 2015.

⁴⁹ Cass. pen., sez. un., sent. 26 febbraio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33040, Pres. Santacroce, Rel. Fidelbo, Ric. Jazouli.



www.penalecontemporaneo.it