

Penale Ord. Sez. 6 Num. 1418 Anno 2017

Presidente: CARCANO DOMENICO

Relatore: BASSI ALESSANDRA

Data Udiienza: 13/12/2016

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Imperia

nei confronti di:

Chebby Walid nato il 24/09/1980

avverso la sentenza del 22/04/2015 del Gip del Tribunale di Imperia

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita in pubblica udienza del 13/12/2016, la relazione svolta dal Consigliere Alessandra Bassi;

udito il Procuratore Generale in persona del Ciro Angelillis, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della sentenza in relazione all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990

RITENUTO IN FATTO

1. Con il provvedimento in epigrafe, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Imperia ha condannato, all'esito del giudizio abbreviato, Walid Chebby alle pene di legge, in ordine a due violazioni dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, riqualificate dal decidente ai sensi del comma 5 della stessa

disposizione. In particolare, la prima contestazione *sub* capo A) ha ad oggetto la 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; la seconda *sub* capo B) concerne la cessione continuata ad un primo acquirente, da novembre a dicembre 2013 - con cadenza di almeno quattro volte alla settimana (per un totale di circa 130 cessioni), e ad un secondo acquirente, da febbraio a marzo 2014 - con cadenza di due/tre volte alla settimana (per un totale di circa 140 cessioni) -, in ogni occasione di dosi di circa mezzo grammo di eroina, per il corrispettivo di 40 euro ciascuna.

A sostegno della riqualificazione giuridica dei fatti nell'ipotesi lieve, il Giudice di merito ha valorizzato il modesto quantitativo delle singole dosi di volta in volta cedute, seppure per un ambito temporale di qualche mese, la natura di "droga da strada" dell'eroina - notoriamente connotata da una percentuale di principio attivo bassissima (del 2 o 3%) -, i ricavi modesti tratti dalle cessioni, l'assenza di elementi che consentano di ritenere che l'imputato sia dedito ad un traffico stabile e lucroso di stupefacenti, trattandosi piuttosto di un "manovale del crimine".

In punto di trattamento sanzionatorio, il Gup ha applicato le circostanze attenuanti generiche con giudizio di equivalenza rispetto alla contestata e ritenuta recidiva, in considerazione della condizione di tossicodipendenza dell'imputato e del suo buon comportamento processuale.

2. Ricorre avverso la sentenza il pubblico ministero presso il Tribunale di Imperia e ne chiede l'annullamento per inosservanza o erronea applicazione di legge e contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione al riconoscimento dell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nonché delle circostanze attenuanti generiche. In particolare:

2.1. in relazione al primo profilo di doglianza, la parte pubblica ricorrente evidenzia come, nella specie, non ricorrano i presupposti dell'ipotesi lieve dal momento che l'imputato, in relazione alla contestazione *sub* capo A), deteneva sulla persona di 23 involucri di eroina pronti per essere ceduti - contenenti un quantitativo complessivo di eroina base pari a 3773 mg da cui erano ricavabili circa 150 dosi singole da 25 mg ciascuna -; era dedito ad un'attività di smercio con modalità professionali - stante la vendita abituale e quotidiana in uno stesso luogo con l'utilizzo di ben due utenze cellulari, sulle quali i clienti effettuavano gli ordinativi, con una clientela ben più ampia dei due acquirenti, identificati ed escussi dagli inquirenti, di cui al capo B) -; disponeva della somma di 195 euro in

contanti, suddivisa in banconote di piccolo taglio, in assenza di alcuna lecita attività lavorativa.

2.2. In merito alla seconda censura, il ricorrente rimarca come l'imputato non possa ritenersi meritevole delle circostanze attenuanti generiche alla luce della condizione di assuntore di stupefacenti né delle telegrafiche spontanee dichiarazioni che rendeva in udienza, dopo due interrogatori nei quali si era avvalso della facoltà di non rispondere, al chiaro scopo di ottenere una mitigazione del trattamento sanzionatorio, in assenza di una sincera resipiscenza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ritiene la Corte che sussistano i presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 25, 3 e 27 Cost., in relazione all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990, nella parte in cui detta norma prevede - a seguito della sentenza n. 32 dell'11 febbraio 2014 della Corte costituzionale - la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-*bis* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49.

2. In via preliminare, occorre notare come la questione sia rilevante ai fini della decisione del ricorso sottoposto al vaglio di questo Collegio.

2.1. Il pubblico ministero di Imperia ha proposto ricorso avverso la sentenza pronunciata dal Giudice dell'udienza preliminare del medesimo Tribunale, all'esito del giudizio abbreviato, nei confronti di Walid Chebby, per due violazioni dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, riqualficate dal decidente ai sensi del comma 5 della stessa disposizione. In particolare, il pubblico ministero ritiene che non sia ravvisabile l'ipotesi lieve con riguardo a nessuna delle condotte in contestazione: quanto alla prima, in considerazione del rilevante dato ponderale della sostanza detenuta e dall'elevato grado di purezza dello stupefacente - da cui erano ricavabili ben 150 dosi -, della suddivisione della sostanza in 23 involucri, nonché delle ulteriori "modalità e circostanze dell'azione" del caso concreto - quali la disponibilità in capo all'imputato di una rilevante somma di denaro in contanti e della operatività in una vasta e florida piazza di spaccio -, indicative della professionalità dell'illecito agire. Quanto alla seconda condotta ascritta, in ragione del rilevante ambito temporale in cui si sono dipanate le condotte illecite (almeno otto mesi), della cadenza ravvicinata delle cessioni ai due acquirenti, del

comprovato inserimento dell'imputato in una rete organizzata di distribuzione nonché della abitudine e serialità dell'attività di spaccio in assenza di una qualunque fonte lecita di reddito, elementi indicativi dell'ampia rete di smercio facente capo all'imputato, ben oltre i due unici clienti individuati dalla Polizia Giudiziaria sulla base dell'esplorazione della memoria digitale dei telefoni cellulari in uso allo Chebby.

2.2. Orbene, ritiene il Collegio che le censure mosse dalla parte pubblica con riguardo ad entrambe le contestazioni colgano nel segno.

Quanto alla contestazione *sub* capo A), mette conto di rilevare che, secondo il consolidato insegnamento di questa Corte regolatrice, l'avvenuta trasformazione della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, da circostanza attenuante ad ipotesi autonoma di reato - per effetto dell'art. 2 D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 - non ha comportato alcun mutamento nei caratteri costitutivi del fatto di lieve entità, che continua ad essere configurabile nelle ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio (Sez. 4, n. 15020 del 29/01/2014, Bushi, Rv. 259353; conf. n. 27480/2014 e n. 29260/2014, non massimate).

Mantengono pertanto inalterata validità i principi espressi da questa Corte nel suo più ampio consesso, secondo cui tale fattispecie può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio (Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, P.G. in proc. Rico, Rv. 247911).

Allorchè la quantità di stupefacente risulti "considerevole", risulta evidente la significativa potenzialità offensiva del fatto ed il pericolo di diffusività della sostanza, che impediscono di ravvisare la fattispecie incriminatrice in parola.

2.3. Sulla scorta di tali coordinate ermeneutiche, giudica il Collegio che la decisione del Giudice *a quo* - nel senso della ritenuta sussistenza dei presupposti del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 -, non possa ritenersi corretta. Ciò sia a fronte del rilevante dato ponderale del

materiale drogante oggetto della condotta *sub* capo A), da cui erano ricavabili 150 dosi singole, di per sé difficilmente conciliabile con l'ipotesi lieve, che – come sopra rilevato - presuppone una trascurabile entità della lesione o della messa in pericolo del bene protetto dalla norma incriminatrice, che va appunto riferito all'interesse sociale ad evitare ogni diffusione delle sostanze droganti; sia delle ulteriori circostanze dell'agire – ben lumeggiate dall'inquirente sulla scorta della stessa ricostruzione in fatto del Giudice della cognizione -, tali da connotare il fatto in termini di offensività non modesta, in ragione dell'inserimento dell'episodio in un contesto di spaccio continuato, abituale, condotto con modalità organizzate e rivolto ad un'ampia platea di clienti.

2.4. Le considerazioni testè svolte valgono anche per la contestazione *sub* capo B). Non è revocabile in dubbio che - come questa Corte regolatrice ha avuto modo di affermare - lo svolgimento di un'attività di spaccio di stupefacenti non occasionale ma continuativo non sia di per sé incompatibile con l'attenuante della lieve entità del fatto. La previsione normativa dell'art. 74, comma 6, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, di un'associazione per delinquere costituita per commettere fatti descritti dal comma 5 dell'art. 73 stesso decreto - cioè una serie indeterminata di fatti di lieve entità - rende evidente che, a più forte ragione, è ammissibile configurare come lievi gli episodi che costituiscono attuazione del programma criminoso associativo (Sez. 6, n. 25988 del 29/05/2008, P.M. in proc. Lataj Rv. 240569; Sez. 4, n. 1736 del 27/11/1997, Fierro, Rv. 210161). Ne discende che il fatto di lieve entità non può essere legittimamente escluso in ragione della reiterazione nel tempo di una pluralità di condotte di cessione della droga, giacché in tal modo si prescinderebbe da una valutazione di tutti i parametri dettati in proposito dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Sez. 6, n. 21612 del 29/04/2014, Villari Rv. 259233).

In ossequio al principio di diritto appena delineato, ferma la modesta entità ponderale delle singole dosi oggetto delle reiterate cessioni da parte di Chebby ai due clienti abituali indicati nella imputazione (giusta il loro vile controvalore di 40 euro), il Giudice *a quo* ha peraltro trascurato di considerare, da un lato, la circostanza che la cadenza ravvicinata delle cessioni non poteva non presupporre una disponibilità complessiva a monte di quantità di stupefacente non irrilevanti; per altro verso, gli ulteriori indici fattuali relativi a "*i mezzi, la modalità e le circostanze dell'azione*" – puntualmente evidenziati dal ricorrente -, non conciliabili con l'ipotesi lieve che – come già rimarcato – presuppone, anche in caso di svolgimento dell'attività delittuosa in forma organizzata, una modesta

pericolosità e una flebile offensività della condotta, da valutare in relazione al rischio concreto di diffusività e di circolazione della sostanza drogante.

2.5. Nel senso della insussistenza dei presupposti per ricondurre le vicende *sub iudice* all'ipotesi lieve si è del resto espresso anche il Procuratore generale il quale, all'odierna udienza, ha chiesto che la sentenza sia annullata proprio in punto di qualificazione giuridica del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

3. Sulla scorta delle superiori considerazioni, ritenuta la sussistenza dei presupposti dell'ipotesi delineata nell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si appalesa evidente la rilevanza nel caso di specie della questione di legittimità costituzionale in relazione al trattamento sanzionatorio previsto per tale delitto, come risultante a seguito della pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 4-bis d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con l. 21 febbraio 2006, n. 49.

3.1. A tale riguardo, negli ultimi paragrafi della motivazione della citata decisione, la Corte costituzionale ha espressamente rilevato che, in forza della pronuncia d'incostituzionalità da essa resa, *"riprende applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate, resta da osservare che, mentre esso prevede un trattamento sanzionatorio più mite, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cosiddette "droghe leggere" (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), viceversa stabilisce sanzioni più severe per i reati concernenti le cosiddette "droghe pesanti" (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni)"*.

3.2. Giudica il Collegio che, in considerazione del quantitativo di stupefacente oggetto delle condotte e delle modalità e circostanze dei fatti - dunque della concreta gravità dei reati sotto il profilo oggettivo e soggettivo -, pur non versandosi in casi riportabili al disposto del comma 5 dell'art. 73, si tratti nondimeno di 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. Minimo della pena che, secondo le indicazioni espresse dal Giudice delle Leggi nella pronuncia d'incostituzionalità n. 32 del 2014, si individua, a seguito della declaratoria d'incostituzionalità, in otto anni di reclusione (ed euro 25.822,00 di multa), limite inferiore dell'intervallo edittale della pena detentiva che questa Corte dubita - appunto - essere conforme al dettato costituzionale per le ragioni di seguito esposte.

4. Tanto premesso quanto alla rilevanza ai fini della decisione della causa, ritiene questa Corte che la questione di costituzionalità sia anche non manifestamente infondata. A tale fine, il giudice remittente non deve difatti stabilire se la questione sia fondata o infondata – compito, questo, di esclusiva competenza della Corte costituzionale -, ma deve unicamente verificare se essa sia o meno manifestamente infondata, limitandosi ad una valutazione sommaria, per rilevare se esista, a prima vista, un dubbio di costituzionalità. Dubbio che, nella fattispecie, il Collegio stima non meramente plausibile, ma serio e meritevole di vaglio da parte dell'organo giurisdizionale istituzionalmente deputato al controllo di costituzionalità delle leggi.

5. Dato conto della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità e prima di passare alla disamina dei profili di contrasto con la Carta Fondamentale, occorre ancora rammentare che la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme di cui agli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. n. 272 del 2005 (la prima delle quali ha appunto modificato la disposizione che qui viene in rilievo) con riferimento all'art. 77, comma secondo, Cost., sulla base della rilevata eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione in legge del citato decreto legge (con l. n. 49 del 2006) rispetto al contenuto ed alla finalità del provvedimento d'urgenza, dunque in ragione del non corretto uso del potere legislativo di conversione facente capo al Parlamento. In sintesi, in ragione di un vizio procedurale nella formazione della legge.

5.1. Deve essere ancora precisato che, avendo riguardo al mero profilo sanzionatorio (lasciando qui da parte - in quanto irrilevante ai fini che ci occupano - il tema delle tabelle ministeriali degli stupefacenti, parimenti investito dalla pronuncia n. 32/2014) -, l'intervento del Giudice costituzionale sulle norme a modifica dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si è tradotto nella (re-)introduzione di un trattamento sanzionatorio più mite - rispetto a quello caducato - per le condotte concernenti le cosiddette droghe leggere e, viceversa, in un trattamento sanzionatorio più severo per quelle concernenti le cosiddette droghe pesanti, proprio in considerazione dell'innalzamento del minimo edittale della pena detentiva da sei a otto anni di reclusione (mentre la pena pecuniaria è stata ridotta da 26.000 a 25.822 euro di multa).

6. A giudizio del Collegio, il limite minimo edittale della pena detentiva di otto anni di reclusione previsto dal citato art. 73, comma 1, quale risultato della pronuncia d'incostituzionalità del citato art. 4-*bis*, si pone in contrasto con il disposto dell'art. 25, comma secondo, Cost., là dove sancisce il principio di riserva di legge in materia penale.

6.1. A tale proposito, va premesso che, secondo il sistema delle fonti del diritto quale è delineato nella nostra Carta Fondamentale e risulta dall'assetto attuale del nostro ordinamento giuridico, le sentenze costituzionali di accoglimento - di natura sia ablativa, sia addittiva -, avendo carattere di generalità (*erga omnes*), incidono direttamente sulla disciplina normativa vigente in una determinata materia e devono, pertanto, essere considerate quali vere e proprie fonti del diritto penale.

Ferma la natura di fonte normativa, in linea con le indicazioni della migliore dottrina ed in ossequio ai principi espressi dalla stessa Consulta negli arresti che saranno nel prosieguo disaminati, è tuttavia da escludere che le sentenze di accoglimento delle questioni d'incostituzionalità possano essere equiparate, nel sistema gerarchico delle fonti, alle norme costituzionali, dovendo piuttosto essere assimilate alle norme legislative ordinarie. Come ha condivisibilmente rilevato un'autorevole dottrina, le sentenze additive devono essere considerate alla stregua di una fonte di rango legislativo e non costituzionale: la porzione normativa aggiunta mediante la pronuncia di incostituzionalità può essere infatti sostituita successivamente dal legislatore ordinario, che rimane pertanto libero di regolare la materia con una diversa disciplina.

6.2. Chiarito che la sentenza d'incostituzionalità si pone su di un piano di parità rispetto alla legge ordinaria, l'esercizio della funzione legislativa ad opera della giustizia costituzionale non può non raffrontarsi, ed incontrare in essa un limite, con la riserva di legge in materia penale, sancita dall'art. 25, comma secondo, Cost. Detta norma afferma, difatti, il principio di carattere generale secondo il quale gli interventi in materia penale tesi ad ampliare l'area di un'incriminazione ovvero ad inasprirne le sanzioni possono essere legittimamente compiuti soltanto ad opera del legislatore parlamentare. La Carta Fondamentale assicura così al cittadino che la produzione della legislazione penale - quella che più delle altre incide sui diritti e sulle libertà fondamentali della persona - sia affidata al Parlamento, quale organo dotato della massima legittimazione democratica.

6.3. Sulla scorta delle considerazioni che precedono e come meglio si argomenterà nel prosieguo, ritiene il Collegio che la declaratoria

d'incostituzionalità di una norma penale generale dal contenuto favorevole (che non introduca, cioè, un trattamento privilegiato soltanto per determinate categorie di soggetti o di comportamenti) non possa ritenersi conforme al dettato dell'art. 25, comma secondo, della Carta Fondamentale.

Ciò neanche nel caso in cui la norma introdotta dal Parlamento costituisca il frutto di un procedimento di formazione legislativa viziato, per contrasto con la disposizione – anch'essa di rilievo costituzionale dell'art. 77, comma secondo, Cost., là dove, in materia penale, detto vizio procedurale non può non essere recessivo, in un giudizio di bilanciamento fra valori di rango costituzionale in gioco, rispetto al principio di riserva di legge in materia penale, per l'evidente pregnanza che detto principio assume nell'ordinamento giuridico per il diretto riverbero sulle libertà fondamentali della generalità dei cittadini.

7. A sostegno di tale conclusione soccorrono i principi espressi dallo stesso Giudice delle Leggi in tema di controllo di legittimità costituzionale delle norme penali favorevoli, tale essendo quella contenuta nel citato art. 4-*bis* nella parte in cui prevedeva – come già evidenziato – il minimo edittale di pena detentiva per l'art. 73, comma 1, di sei anni di reclusione, dunque significativamente più lieve - soprattutto con riguardo alla pena detentiva - di quello reso vigente.

7.1. Illuminanti al riguardo sono le considerazioni svolte dal Giudice costituzionale nella sentenza n. 394 dell'8 novembre 2006, avente ad oggetto il denunciato contrasto con l'art. 3 Cost. di alcune norme in materia di reati elettorali. In tale pronuncia, la Consulta ha osservato che *"secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, all'adozione di pronunce in malam partem in materia penale osta non già una ragione meramente processuale – di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio a quo - ma una ragione sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" (ex plurimis, tra le ultime, sentenze n. 161 del 2004 e n. 49 del 2002, n. 508 del 2000; ordinanze n. 187 del 2005, n. 580 del 2000 e n. 392 del 1998; con particolare riguardo alla materia elettorale, ordinanza n. 132 del 1995). Rimettendo al legislatore - e segnatamente al "soggetto-Parlamento", in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale (sentenza n. 487 del 1989) - la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di*

estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (e così, ad esempio, sulla disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi: ex plurimis, ordinanze n. 317 del 2000 e n. 337 del 1999). Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in malam partem, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento - che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 - questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (sentenze n. 167 e n. 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988), anche in rapporto a questioni di costituzionalità omologhe a quelle oggi in esame, dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (sentenza n. 25 del 1994; v., altresì, le ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1998, con le quali la Corte ha scrutinato direttamente nel merito questioni di tal fatta). Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di "zone franche" dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole. In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte 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 (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende

dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento - conseguente alla sua unitarietà - alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva. Con riguardo ai criteri di identificazione delle norme penali di favore, questa Corte ha già avuto modo di sottolineare come occorra distinguere fra le previsioni normative che "delimitano" l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva. Solo a queste ultime si ataglia, in effetti - ove l'anzidetta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato - la qualificazione di norme penali di favore; non invece alle prime, le quali si traducono in dati normativi espressivi di "una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale": scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre - "senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore" - "una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare", tramite ablazione degli elementi stessi, "l'area di operatività della sanzione".

7.2. Occorre rimarcare come la Corte costituzionale, nel tracciare il *discrimen* fra le norme favorevoli suscettibili e quelle insuscettibili di scrutinio di costituzionalità, abbia richiamato *expressis verbis* i principi affermati nella precedente pronuncia n. 161 del 26 maggio 2004, con la quale ha dichiarato inammissibile la questione di incostituzionalità - per contrasto con gli artt. 3, 24, primo comma, e 27, terzo comma, Cost. - degli artt. 2621 e 2622 cod. civ. in relazione alla previsione delle soglie di punibilità a carattere percentuali e dell'ulteriore requisito dell'alterazione sensibile della rappresentazione della situazione economica. Nella motivazione, la Corte ha evidenziato come detti requisiti dell'incriminazione - in quanto rivolte alla generalità dei cittadini e non ad una categoria "privilegiata" - costituiscano espressione della discrezionalità

del legislatore e, dunque, di una scelta sottratta al sindacato della Corte, "la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa – tramite l'intervento ablativo invocato - una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice (conf. cfr., ex plurimis, sentenze n. 49 del 2002; n. 183, n. 508 e n. 580 del 2000; n. 411 del 1995)".

7.3. Orbene, schematizzando i principi espressi dal Giudice delle Leggi nelle pronunce dianzi passate in rassegna, nella categoria delle norme penali favorevoli si inscrivono, a ben vedere, due tipologie di provvedimenti:

a) le norme penali "di favore", cioè quelle che "sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di un'altra norma, maggiormente comprensiva, risolvendosi nella configurazione di un trattamento privilegiato per una categoria di persone o per alcune condotte, esonerandole da sanzione o comunque assoggettandole ad una risposta sanzionatoria più benevola;

b) le norme favorevoli di carattere generale o comune, che realizzano un effetto favorevole – là dove restringono il perimetro della incriminazione, circoscrivono l'ambito della punibilità, introducono una causa di giustificazione ovvero affievoliscono la sanzione già comminata - sulla base di "una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale".

Ricostruita la linea di demarcazione fra le due tipologie di norme penali favorevoli, le indicazioni del Giudice costituzionale sono nette nel senso di ritenere che lo scrutinio di costituzionalità - sebbene suscettibile di riverberare in una decisione *in malam partem* – sia consentito solo e soltanto con riguardo alle norme penali di favore in senso stretto, *id est* a quelle che introducono una disciplina speciale rispetto ad una disciplina generale. Secondo il *dictum* della sentenza n. 394/2006, "la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva". Si tratta dunque di quelle norme che, un'autorevole dottrina, ha inquadrato in un *rapporto di specialità* di tipo *sincronico* che si instaura fra due norme che *coesistono* allo stesso tempo nel sistema penale.

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, 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. Inequivoco in tale senso è l'ulteriore passaggio della sentenza n. 394/2006, nel quale si è notato che, in caso di sostituzione di una norma ad un'altra "con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva", "la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (sentenze n. 330 del 1996 e n. 108 del 1981; ordinanza n. 175 del 2001)".

7.4. In ossequio ai principi espressi dalla Corte costituzionale in tale arresto chiarificatore, non può pertanto ritenersi consentita la pronuncia d'incostituzionalità *in malam partem* che interessi una norma - come appunto quella di cui si discute - con la quale il legislatore sia intervenuto a modificare la risposta sanzionatoria (nello specifico, abbassando il minimo della pena detentiva da otto a sei anni di reclusione, lasciando invariato il massimo della pena), in virtù di una valutazione di politica criminale tesa a garantire - giusta l'ampliamento di uno dei margini dell'intervallo sanzionatorio - una migliore modulazione della risposta sanzionatoria alle condotte concernenti gli stupefacenti e, dunque, ad assicurare l'applicazione di una pena più adeguata al caso di specie.

7.5. Né a smentire la natura di norma generale favorevole dell'art. 73, comma 1, nella parte in cui prevedeva - *ante* pronuncia n. 32/2014 - una pena minima inferiore, potrebbe valere l'osservazione che, sotto il disposto di tale previsione, ricadevano condotte aventi ad oggetto tanto le droghe c.d. pesanti quanto quelle leggere, se solo si considera che la parificazione del trattamento sanzionatorio per gli illeciti concernenti le diverse tipologie di sostanze non poteva impedire - anzi pacificamente consentiva - che, nel punire fatti riguardanti le sostanze della Tabella I del decreto ministeriale (cioè le c.d.

droghe pesanti), il giudice potesse fissare la pena-base sul minimo edittale di sei anni di reclusione.

8. Ritiene questa Corte che la declaratoria di incostituzionalità di una norma generale favorevole non sia consentita neanche in presenza di un vizio procedurale commesso dal Parlamento nella formazione della legge.

8.1. A tale proposito, va, in primo luogo, rammentato il pronunciamento n. 161 del 2004, già sopra ricordato, in materia di false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 cod. civ. In tale arresto, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione d'incostituzionalità sollevata con riguardo alla previsione delle soglie di punibilità in quanto rispondente ad una scelta discrezionale del legislatore, e ciò sebbene fra i profili d'incostituzionalità evidenziati dal remittente vi fosse anche quello di cui all'art. 76 Cost. concernente l'eccesso di delega, dunque un vizio procedimentale connesso all'esercizio della funzione legislativa delegata al Governo. In tale pronuncia, il Giudice costituzionale ha 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.

8.2. Lo scrutinio di costituzionalità avente ad oggetto una norma penale favorevole frutto di un vizio procedurale non può ritenersi ammesso neanche alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale nelle pronunce n. 361 del 2010 e n. 123 del 2011, nelle quali venivano in rilievo censure di costituzionalità concernenti atti legislativi regionali per violazione del disposto degli artt. 117 e 118 Cost.: in tali casi, la Consulta ha affermato che, *"in base alla giurisprudenza di questa Corte, l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa"*. Se non che le citate sentenze 361 e 123, per un verso, non riguardano materie penali sicchè i principi in esse espressi, seppur utili a descrivere i vizi del meccanismo procedimentale di approvazione di una legge, non si preoccupano di affrontare il tema – che si è visto fondamentale ai fini della valutazione del caso *sub iudice* - dei rapporti fra violazione delle regole procedimentali per la formazione dell'atto normativo ed il principio la riserva di legge in materia penale ex art. 25, comma secondo Cost. Per altro verso, riguardano atti assunti dalla Regione in carenza di potere legislativo e non, come si è sopra già rilevato, di atti formati dal Parlamento.

8.3. Simili considerazioni valgono per la fattispecie presa in considerazione nella sentenza n. 162 del 2012, concernente le sanzioni amministrative applicate dalla CONSOB, dunque una materia non penale e, dunque, anch'essa aliena dal terreno dell'art. 25, comma secondo, Cost.

8.4. Né lo scrutinio di costituzionalità in caso di vizio procedurale nella formazione della norma penale favorevole riportabile al disposto dell'art. 77, comma secondo, Cost. (che appunto viene in rilievo nella specie) potrebbe essere giustificato alla luce dei principi espressi in due arresti - che si tratteranno subito oltre -, nei quali la Corte costituzionale, rivedendo il principio espresso nella decisione n. 161 del 2004, ha ritenuto ammissibile lo scrutinio *in malam partem* in materia penale in caso di norma emanata dal Governo oltre i limiti della legge delega.

In particolare, nella decisione n. 28 del 28 gennaio 2010, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), di una legge intermedia (più esattamente di un decreto legislativo intermedio) che, in contrasto con una direttiva comunitaria sui rifiuti, aveva escluso la punibilità di un fatto precedentemente e successivamente previsto come reato in detta materia.

Come ben chiarito dalla Corte nella motivazione, in tale caso, si trattava di una norma emanata in difetto di delega e, dunque, con esercizio illegittimo della funzione legislativa da parte del Governo, non di una norma approvata dal Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa. In particolare, il Giudice delle Leggi ha osservato che: *"l'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe, infatti, in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante. Se si escludesse il sindacato costituzionale sugli 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. Deve quindi concludersi che, quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato di questa Corte non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale. Questo principio rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-*

Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa".

8.5. I principi espressi nella citata sentenza n. 28 del 2010 sono stati ribaditi nella sentenza n. 5 del 15 gennaio 2014, nella quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme in tema di associazioni militari sul rilievo che il Governo avesse legiferato in materia penale in carenza della necessaria delega legislativa.

9. Ritiene il Collegio che, dall'argomentare della Corte costituzionale nelle sentenze n. 28 del 2010 e n. 5 del 2014, emerga, con nettezza, la non assimilabilità della situazione in cui una norma sia emanata dal Governo *extra delega* a quella - di cui appunto si tratta -, in cui la norma sia varata dal Parlamento, seppure all'esito di un procedimento viziato.

9.1. Ed invero, negli arresti testè rammentati, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità *in malam partem* sul presupposto che, in detti casi, la norma favorevole espunta dall'ordinamento giuridico fosse stata emanata - nella sostanza - in assenza di potere legislativo e che, di conseguenza, non vi fosse materia per ritenere operante e validamente invocabile il principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Di contro, nel caso in oggetto, la norma di cui al citato art. 4-bis è stata introdotta dal Parlamento quale disposizione aggiuntiva rispetto a quelle presenti nel decreto legge da convertire in legge, dunque (come chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 32 del 2014), in "*difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione*". La norma generale favorevole è stata adottata - non da parte del Governo *extra delega*, cioè sostanzialmente in mancanza di potere legislativo -, bensì dal Parlamento, organo costituzionale cui spetta in via esclusiva di legiferare in materia penale, pur commettendo un vizio procedurale di rilievo costituzionale (in quanto dante luogo ad un contrasto con l'art. 77, comma secondo, Cost.), che ha consentito di percorrere una sorta di corsia preferenziale per l'approvazione delle medesime e di ottenere un'accelerazione del procedimento di formazione normativa.

9.2. Ritiene il Collegio che, fermo il controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie in forza del principio di legalità costituzionale - alla stregua del quale, in un ordinamento caratterizzato dalla garanzia della rigidità costituzionale, le norme di rango primario devono conformarsi alle norme costituzionali e, dunque,

essere assoggettate al controllo di costituzionalità rimesso alla Corte costituzionale -, in tutti i casi in cui si realizzi un contrasto tra principi di rango costituzionale, sia necessario operare un bilanciamento, assegnando ad uno dei due valori confliggenti preminenza sull'altro. Ciò è necessario nel caso di specie, nel quale il principio di riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma secondo, confligge con le disposizioni - anch'esse contenute nella Carta Fondamentale - che regolano la formazione delle fonti normative, quali quelle contenute nella Sezione II, Titolo I, Parte II, a disciplina della "formazione delle leggi".

9.3. Orbene, tenuto conto dell'assetto del nostro ordinamento statutale ed, in particolare, della ripartizione dei poteri fra i vari organi costituzionali, il principio di riserva di legge fissato nell'art. 25, comma secondo, mentre non ha ragione di essere invocato nel caso dell'esercizio *extra* delega della funzione legislativa da parte del Governo - organo costituzionale privo di un potere normativo "originario", essendo ammesso ad esercitare soltanto un potere legislativo "derivato" da quello parlamentare -, in quanto, in tale ipotesi, non v'è, in effetti, un esercizio del potere legislativo su cui poggiare detta riserva, deve essere affermato in tutta la sua pienezza, o comunque prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante, allorchè 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.

10. Tirando le fila delle considerazioni sopra svolte:

- non vi sono preclusioni allo scrutinio di costituzionalità delle norme penali di favore in senso proprio: si tratta delle norme che - come precisato dalla dottrina - si trovano in relazione di *specialità sincronica* tra loro, essendo *compresenti* nell'ordinamento giuridico la norma generale e la norma speciale di favore, rispetto alle quali il sindacato di costituzionalità *in malam partem* deve considerarsi ammissibile, pur in presenza del principio di riserva di legge in materia penale, in quanto tese ad introdurre un ingiustificato privilegio, al fine di impedire la creazione di spazi sottratti al controllo di legalità costituzionale;

- siffatto sindacato è invece inammissibile in caso di norme penali generali favorevoli, cioè delle norme che - secondo la dottrina - si pongono in rapporto di *specialità diacronica*, creandosi la relazione di genere a specie nella successione temporale: in tale ipotesi, lo scrutinio di legittimità costituzionale non può invadere il campo della riserva di legge in materia penale e fare sì che

dall'annullamento della norma favorevole discenda la reviviscenza della più severa norma abrogata.

10.1. In particolare, il principio di riserva di legge in materia penale non può arretrare allorquando la disposizione penale favorevole "generale" o "comune" costituisca il frutto dell'esercizio del potere legislativo in materia penale da parte del Parlamento, dunque da parte dell'organo che, secondo la Costituzione, è deputato alla formazione delle leggi e legittimato, dall'art. 25, comma secondo, Cost., a legiferare in materia penale.

Ed invero, nel caso in cui il Parlamento abbia esercitato il potere al medesimo facente capo in violazione delle disposizioni, pure di rilievo costituzionale, che ne regolano le modalità ed i limiti (come appunto quella di cui all'art. 77, comma secondo, Cost., stante "*l'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione*"), nel necessario giudizio di bilanciamento fra i principi di rango costituzionale, quello dell'art. 77, comma secondo, Cost. non può non essere recessivo rispetto a quello - configgente - dell'art. 25, comma secondo, Cost., in quanto strettamente connesso alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali del cittadino.

D'altronde, la violazione dell'art. 77, comma secondo, Cost. configura una situazione - si ribadisce - affatto diversa da quella in cui la norma generale favorevole sia stata introdotta dal Governo senza delega o *extra delega*, atteso che in tale caso non si tratta - a ben vedere - di un mero "vizio procedurale" nella formazione della fonte normativa, bensì del difetto di potere legislativo che rende "inapplicabile" il principio di riserva di legge fissato nell'art. 25, comma secondo, Cost.

11. In conclusione, ritiene il Collegio che, 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 tema di stupefacenti, il ripristino della disciplina anteriormente vigente risulti, 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). Trattasi, invero, di 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 (seppure costituzionale).

12. Sotto un profilo completamente diverso, ritiene il Collegio che l'attuale pena minima editale prevista dall'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sia comunque incostituzionale per difetto di ragionevolezza.

12.1. Questa Corte è consapevole del recente pronunciamento n. 148 del 1 giugno 2016, col quale la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità, per assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate in materia riservata alla discrezionalità legislativa, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014), impugnato, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., in quanto prevede per i delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope in relazione alla pena detentiva minima di otto anni di reclusione (ed euro 25.822 di multa), in relazione al trattamento sanzionatorio previsto nel successivo comma 5.

12.2. A tale proposito, deve essere tuttavia considerato, per un verso, come - a ben vedere - la previsione del minimo della pena di otto anni non possa attribuirsi all'*"ampio margine di libera determinazione"* del legislatore in materia di trattamento sanzionatorio (come appunto argomentato dalla Consulta nella sentenza n. 148/2016), proprio perché detto parametro editale costituisce il frutto, non dell'esercizio della funzione legislativa del Parlamento (che anzi l'aveva portato a sei anni), bensì un effetto della declaratoria d'incostituzionalità della norma che aveva introdotto la pena detentiva più mite.

12.3. Per altro verso, va rilevato come l'irragionevolezza dell'attuale trattamento sanzionatorio dell'art. 73, comma 1, emerga dal raffronto non soltanto 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.

Quanto al primo profilo, occorre porre l'accento sul fatto che, mentre la linea di demarcazione "naturalistica" fra le fattispecie "ordinaria" e "lieve" è talvolta non netto (si pensi alle condotte concernenti quantitativi non particolarmente cospicui, ma non minimi, ovvero connotate da modalità esecutive caratterizzate da una certa, ma non rilevante pericolosità quanto al rischio di diffusione della sostanza, suscettibili di escludere comunque la sussumibilità della fattispecie concreta nell'art. 73, comma 5), il "confine sanzionatorio" dell'una e dell'altra incriminazione è invece estremamente - ed irragionevolmente - distante

(intercorrendo ben quattro anni di pena detentiva fra il massimo dell'una ed il minimo dell'altra). Il che, nella prassi, spesso induce i giudici a forzature interpretative, tese a rimediare - mediante l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'ipotesi "lieve" - l'ingiustificato dislivello edittale fra le due fattispecie incriminatrici.

Quanto al secondo profilo, va notato come, all'intervento legislativo del 2006, fosse sotteso l'intento di assoggettare ad un trattamento sanzionatorio unitario le condotte aventi ad oggetto le droghe c.d. pesanti e leggere, fissando un unico, ampio, intervallo sanzionatorio da sei a venti anni di reclusione per le incriminazioni concernenti tutte le diverse tipologie di sostanze. *Ratio* che è stata replicata anche dal legislatore del 2014 nel riformulare il comma 5 (dapprima con la legge 21 febbraio 2014, n. 10, di conversione - con modifiche - del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146; poi con la legge 16 maggio 2014, n. 79, di conversione - con modifiche - del d.l. 20 marzo 2014, n. 36), là dove - superando l'impostazione dell'originario testo del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - si è prevista una disciplina unitaria per le condotte di "lieve entità" aventi ad oggetto entrambe le tipologie di droga.

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 un 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. Iato edittale che verrebbe meno allorchè - per l'ipotesi di cui all'art. 73, comma 1 - fosse ripristinato il limite minimo di pena edittale di sei anni di reclusione.

13. L'attuale trattamento sanzionatorio previsto dal comma 1 del citato art. 73 si appalesa, quanto alla previsione del minimo edittale fissato in otto anni, in contrasto anche col principio di proporzionalità, riportabile al disposto degli artt. 3 e 27 Cost.

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.

14. Occorre rimarcare come questa Corte non intenda sollecitare un "intervento creativo" del Giudice costituzionale, tale da interferire "*indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore, in spregio al principio della separazione dei poteri*", là dove – per quanto si è sopra chiarito – la pronuncia invocata muove anzi verso il ripristino del parametro edittale previsto dallo stesso legislatore del 2006.

Il Collegio è ben conscio del fatto che, secondo i principi anche di recente espressi dalla Consulta nella sentenza n. 236 del 2016, le valutazioni in punto di ragionevolezza e di proporzionalità in materia sanzionatoria penale devono essere condotte attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo "*in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento*" (v. 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.

Se non che, nel caso di specie, la "*grandezza già rinvenibile nell'ordinamento*" è esattamente 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).

In altri termini, questa Corte remittente ritiene 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.

15. Le considerazioni sopra svolte non valgono per la pena pecuniaria, dal momento che dalla pronuncia di incostituzionalità è disceso un effetto *in favor*, seppure di minimo rilievo (la pena pecuniaria è stata difatti ridotta da 26.000 a 25.822 euro di multa).

16. Occorre osservare come al "risultato" invocato da questo Giudice remittente la Corte costituzionale adita potrebbe giungere, in linea teorica, anche con una pronuncia di natura meramente interpretativa. Nondimeno tale esito

decisorio - pur suscettibile di influire sulle situazioni future - renderebbe problematica l'applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole con riguardo ai fatti commessi e giudicati nell'intervallo fra la sentenza n. 32/2014 e l'eventuale decisione in tale senso del Giudice Costituzionale e potrebbe, pertanto, essere foriero di ingiustificate disparità di trattamento fra cittadini in una medesima posizione.

16. Conclusivamente, questa Corte chiede che la Corte costituzionale dichiari costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 25, comma secondo, 3 e 27 Cost. la norma di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui prevede quale minimo della pena detentiva la reclusione di otto anni anziché di sei anni.

P.Q.M.

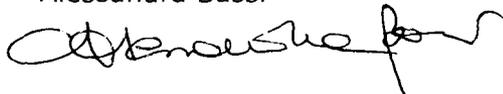
Ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990, come risultante a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, quanto alla pena minima edittale, per contrasto con gli artt. 25, 3 e 27 Cost.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al P.M. ricorrente, all'imputato, al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso, il 13 dicembre 2016

Il consigliere estensore

Alessandra Bassi



Il Presidente

Domenico Carcano

