

LA FINI-GIOVANARDI A GIUDIZIO



Dossier di documentazione

In occasione dell'Udienza presso il Tribunale di Tolmezzo del processo contro Rototom.
Udine, 22 aprile 2013



www.societadellaragione.it

Indice

Introduzione di Franco Corleone DALLE PAROLE AI FATTI	pag. 3
Avv. Alessandro Gamberini, Avv. Simona Filippi ISTANZA SU QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE EX ART. 23 L.11 MARZO 1953/N.87	pag. 5
Avv. Michele Passione MEMORIA DIFENSIVA, EX ART.121 C.P.P.	pag. 11
ORDINANZA CORTE DI APPELLO DI ROMA III^ SEZIONE PENALE	pag. 15
Avv. Marco Valerio Mazzatosta, Avv. Ilaria Di Punzio, Dott.ssa Barbara Fubelli, Dott. Fabrizio Ceccarelli ECCEZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 73 COMMA 1 DPR 309/90	pag. 23
ORDINANZE TRIBUNALE DI VITERBO	pag. 29

Introduzione

DALLE PAROLE AI FATTI

Alla fine del 2012 in occasione dell'udienza, poi rinviata, del processo contro Filippo Giunta, responsabile di Rototom, l'associazione animatrice del festival reggae di Osoppo, la Società della Ragione presentò un Libro Bianco sulla incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi intitolato "La parola alla Corte Costituzionale".

Ora, a distanza di pochi mesi, presentiamo un supplemento alla ricostruzione storica della vicenda iniziata nel 2006 con uno strappo istituzionale assai grave e allo studio giuridico sulla legittimità costituzionale di una legge nata da un decreto legge dedicato alle Olimpiadi invernali di Torino e usato come contenitore per una riforma proibizionista e punitiva della legge già repressiva.

La novità straordinaria è rappresentata dal fatto che la questione da teorica è diventata attuale. Infatti la Corte d'Appello di Roma (Terza Sezione, Presidente ed estensore Bettiol) ha mandato alla Corte costituzionale la famigerata legge Fini-Giovanardi sulle droghe, ritenendola incompatibile con la Costituzione.

La vicenda nasce dalla condanna inflitta dal tribunale a due ragazze, che erano state fermate dai carabinieri perché trovate in possesso di 27 dosi di marijuana. Nel giudizio di appello, svoltosi il 28 gennaio, il difensore delle ragazze ha eccepito la incostituzionalità della legge e la Corte di appello gli ha dato ragione.

La decisione è molto importante perché ritiene che la Fini-Giovanardi contrasta con la Costituzione sotto tre profili. Anzitutto perché è stata inserita come "maxiemendamento" al decreto legge sulle Olimpiadi invernali del 2006, che con la droga non avevano nulla a che fare.

A questo proposito la Corte romana si rifà ad alcune sentenze della Consulta, che hanno ripetutamente bocciato altri decreti-legge proprio perché il Parlamento li aveva approvati sconvolgendone il contenuto.

I giudici romani sottolineano poi la absurdità della equiparazione tra droghe "pesanti" e "leggere", di cui "va rilevata la modestia degli effetti negativi sull'organismo, non differenti da quelli che provocano alcool o nicotina". Perciò, dicono i giudici, comminare per la cannabis le stesse pene previste per gli oppiacei è irrazionale e contrasta con l'articolo 3

della Costituzione, che non consente di trattare allo stesso modo fatti fra loro così diversi.

Infine, secondo i giudici, la legge Fini-Giovanardi viola anche la legislazione europea perché "unificando la pena prevista sia per le droghe leggere che per le droghe pesanti" non si è attenuta ad una decisione del 2004 del Consiglio dell'Unione Europea.

Ora la palla passa alla Consulta, cui spetta il compito di spazzare via una legge assurda che contribuisce quotidianamente al sovraffollamento delle carceri che tutti deprecano.

C'è da augurarsi che la decisione arrivi in tempi brevi, tenendo conto che l'8 aprile anche il Tribunale di Viterbo ha inviato alla Corte Costituzionale una Ordinanza di rinvio per incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi.

La decisione della Corte d'Appello di Firenze sollecitata dall'avv. Michele Passione è attesa per il 29 maggio; altri tribunali, come quello di Trento si pronunceranno in tempi brevi. Anche la Corte di Cassazione è stata investita della questione.

Nel frattempo nessun giudice rispettoso della Costituzione può continuare ad infliggere condanne in base ad una legge che una Corte d'Appello della Repubblica ha dichiarato illegittima.

La parola va ora al Tribunale di Tolmezzo a cui gli avvocati Gamberini e Filippi hanno presentato una articolata istanza di incostituzionalità per un caso clamoroso di utilizzo di un articolo assai controverso di un articolo della legge antidroga sulla fattispecie della agevolazione dell'uso di sostanze stupefacenti.

La fiducia nella Corte Costituzionale è accompagnata anche da una mobilitazione animata da un amplissimo cartello di associazioni per tre leggi di iniziativa popolare su tortura, carcere e droghe.

Il nuovo Parlamento, a dispetto di chi lo vorrebbe impotente e subalterno alla volontà del Governo, potrebbe liberarci presto da una delle peggiori mostruosità dell'era berlusconiana.

Franco Corleone

AVV. ALESSANDRO GAMBERINI
AVV. SIMONA FILIPPI

TRIBUNALE DI TOLMEZZO
Proc. pen. a carico di Filippo Giunta
ISTANZA SU QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE
EX ART. 23 L.11 MARZO 1953/N.87

I sottoscritti avv.ti Simona Filippi e Alessandro Gamberini, difensori dell'imputato, chiedono a codesto Giudice di sollevare con apposita ordinanza questione di legittimità costituzionale dell'art.79 D.P.R.309/1990 così come sostituito dall'art.4 vices ter, comma 25 del D.L. 30 dicembre 2005 n.272, convertito, con modificazioni, nella L.21 febbraio 2006, n.49, per violazione dell'art.77, comma 2 Cost., sulla base delle seguenti argomentazioni.

Il sig. Filippo Giunta è stato rinviato a giudizio con decreto del 16.01.2012 per violazione degli artt. 81 cpv. c.p. e 79 D.P.R. 09.10.1990 n.309 (success. modificato con D.L. n.272 del 2005, conv. in L. n.48 del 27 febbraio 2006) "per avere a più riprese ed in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, con condotta protratta nel tempo, quale organizzatore, nella zona denominata Parco del Rivellino di Osoppo, a lui gratuitamente concessa dall'amministrazione comunale di Osoppo, di un evento culturale denominato Rototom Sunsplash, ossia un "festival musicale di ispirazione Reggae", di grande rilevanza internazionale, di fatto, quindi, gestore di un'area recintata ed interdetta al pubblico non pagante, del tutto sovrapponibile alla figura del locale aperto al pubblico, agevolato l'utilizzo di sostanze stupefacenti da parte di clienti/paganti della manifestazione, a partire dall'anno 2008 e con permanenza per l'edizione 2009, adibendo quindi in sostanza l'area a convegno di persone che ivi si danno all'uso di sostanze stupefacenti, noto essendo che il luogo diveniva punto di incontro di persone che, nel contesto dell'evento musicale e delle connesse suggestioni culturali riconducibili all'ideologia rastafariana che prevede l'associazione tra musica reggae e marijuana, si dedicavano all'utilizzo di droghe, specie del tipo hashish e marijuana, avendo manifestato in ogni sede – pubblica o privata, e sugli organi di informazione – totale insofferenza per i controlli delle forze di polizia giudiziaria, miranti a prevenire e reprimere il traffico di droga, "minacciando" di organizzare in futuro la manifestazione in altra sede, ove non fossero venuti meno o comunque si fossero attenuati i controlli medesimi, segnalando agli operatori della sicurezza "privata" la necessità di vigilare sul solo uso di droghe c.d. "pesanti" (quali eroina e cocaina), in virtù del fatto che si potessero verificare situazioni di "overdose" suscettibili di operare una ricaduta negativa di immagine sulla manifestazione medesima, predisponendo una struttura operativa, da lui pagata, composta da avvocati, che dovessero essere presenti 24 ore su 24 all'interno dell'area

recintata del parco del Rivellino, ivi venendo ospitati anche in tempo di notte a bordo di un camper o altra analoga struttura da lui messo a disposizione, affinché potessero sollecitamente intervenire, a difesa di chi fosse oggetto di controllo da parte delle forze dell'ordine, al dichiarato fine di assicurare maggiore tranquillità ai partecipanti alla manifestazione, e che addirittura proponeva che si muovessero, all'interno del recinto con una segno (del tipo pass o pettorina o simile) immediatamente visibile, con su scritto "assistenza legale", essendogli altresì noto che, in occasione di ogni manifestazione, si verificava un elevato numero di interventi, da parte del servizio sanitario, in favore di persone che subivano malore in conseguenza di elevata assunzione di stupefacenti, anche con accesso del servizio di emergenza all'interno dell'area del Sunsplash. In Osoppo fino al 12 luglio 2009."

L'art. 79, comma 1 del D.P.R. del 9 ottobre 1990, n.309 è stato modificato dall'art.4 vices ter, comma 25 del D.L.30 dicembre 2005 n.272, convertito con modificazioni nella L.21 febbraio 2006 n.49.

Secondo la nuova formulazione, il primo comma dell'art.79 punisce la condotta di "1. Chiunque adibisce o consente che sia adibito un locale pubblico o un circolo privato di qualsiasi specie a luogo di convegno di persone che ivi si danno all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope è punito, per questo solo fatto, con la reclusione da tre a dieci anni [...] se l'uso riguarda le sostanze e i medicinali compresi nelle tabelle I e II, sezione A, previste dall'art.14 [...]".

Come noto, la novella ha eliminato il differente trattamento sanzionatorio prima previsto tra sostanze stupefacenti di tipo "pesante" e sostanze stupefacenti "leggere".

La precedente formulazione prevedeva le seguenti pene "la reclusione dai tre ai dieci anni [...] se l'uso riguarda le sostanze comprese nelle tabelle I e III previste dall'art. 14 o con la reclusione da uno a quattro anni [...] se l'uso riguarda le sostanze comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso art. 14".

Con la modifica apportata dalla L.2006/49, tutte le sostanze sono state inserite all'interno di un'unica disciplina, per cui la pena prevista dall'art.79 D.P.R. 309/1990 è stata fissata, per l'uso di qualsiasi tipo di sostanza stupefacente, dai tre ai dieci anni di reclusione.

A parere di questa difesa, l'art.79 D.P.R.309/1990, così come

modificato dalla legge del 2006, presenta evidenti profili di illegittimità costituzionale per le ragioni che si andranno ad approfondire con la presente istanza.

1. SULLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART.79 D.P.R. 9 OTTOBRE 1990 N.309

In via preliminare occorre osservare che il decreto legge n.272 del 2005, così come sottoposto alla firma del Presidente della Repubblica, non prevedeva modifica alcuna dell'art. 79 del T.U. Stupefacenti, che viene invece introdotta per effetto di un "maxiemendamento" approvato in sede di conversione.

Infatti, come si avrà modo di approfondire, le disposizioni aggiuntive introdotte con la legge di conversione sono pacificamente prive dei presupposti di "necessità ed urgenza" imposti dall'art. 77 della Costituzione e sono "del tutto estranee" al contenuto del decreto legge.

1.1 La mancanza dei "casi straordinari di necessità ed urgenza"

La giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale sull'esercizio legittimo da parte del Governo alla decretazione d'urgenza, si può riassumere nel seguente modo:

- tutte le disposizioni presenti nel decreto legge devono essere caratterizzate dal requisito della necessità e dell'urgenza (un caso di necessità non urgente o un caso urgente non necessario non legittimano l'adozione del decreto legge);
- il requisito della necessità ed urgenza deve ricorrere, pena l'illegittimità, anche per le eventuali norme aggiunte dalla legge di conversione del decreto-legge;
- la Corte Costituzionale ha la facoltà di giudicare sull'esistenza o meno dei requisiti di necessità ed urgenza e può dichiarare l'incostituzionalità dei decreti legge che ne sono carenti.

L'interpretazione originaria offerta dalla Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 391 del 1995, secondo cui i presupposti della decretazione d'urgenza non devono sussistere in relazione alle norme introdotte in sede di conversione, è stata ampiamente superata dalla successiva giurisprudenza (Corte Cost. sent. n.171 del 2007, Corte Cost. sent. n.128 del 2008, Corte Cost. sent. n. 355 del 2010, Corte Cost. sent. n. 22 del 2012).

Nella più recente sentenza – la n.22 del 22 febbraio 2012 punto 3.3. – la Corte costituzionale evidenzia, che l'urgente necessità del provvedere "può riguardare una pluralità di norme volte a fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate che possono portare ad interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma in ogni caso devono avere quale unico scopo quello di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare".

Questo passaggio è stato ampiamente approfondito dalla Corte Costituzionale a partire dalle sentenze n.171 del 2007 e n.128 del 2008, in cui ha ribadito che anche gli emendamenti al decre-

to-legge in sede di conversione, il cui contenuto sia "dissonante" con quello del decreto, devono rispettare i requisiti della decretazione d'urgenza. Tali presupposti, ineriscono sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno.

Secondo i Giudici costituzionali, il difetto del caso straordinario di necessità ed urgenza, una volta intervenuta la conversione, si traduce in vizio in procedendo della relativa legge. Diversamente, affermare che la legge di conversione sani in ogni caso il vizio del decreto, significherebbe attribuire al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo in relazione alle fonti primarie. La Corte Costituzionale sottolinea che la violazione dell'art.77 secondo comma Cost. deriva "per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge" (Corte Cost. Sent. n.22/2012). Si evidenzia inoltre che la legge di conversione è caratterizzata da un iter parlamentare particolare, al punto che la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte, e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l'iter dei disegni di legge proposti dal Governo.

La riforma della legislazione in materia di sostanze stupefacenti, in quanto priva del caso straordinario di necessità ed urgenza, doveva essere sottoposto all'ordinario iter di approvazione legislativa (ex art.71 Cost.).

Alla luce della costante Giurisprudenza dettata dalla Corte Costituzionale, sopra ampiamente delineata, risulta evidente che nel caso de quo, l'art. 79 del D.P.R. del 9 ottobre 1990, n.309 così come modificato dalla L. di conversione n.49/2006 deve essere sottoposto al vaglio del Giudice delle legge. Infatti, la violazione dell'art.77 secondo comma Cost. deriva dal fatto che la legge di conversione ha introdotto emendamenti totalmente privi del presupposto dei "casi straordinari di necessità e d'urgenza". Non vi è stata, né risulta ragione alcuna secondo cui la riscrittura complessiva della legislazione sulle sostanze stupefacenti, tra cui anche l'articolo 79 T.u.S., fosse in quel momento così necessaria e tanto urgente da dover essere approvata attraverso la decretazione prevista dall'art. 77 Cost.

A conferma dell'evidente forzatura operata dal Governo in sede di conversione del decreto, occorre considerare peraltro che nel corso del 2005 per molti mesi vi era stato un dibattito parlamentare sul tema, originato dal vaglio di un disegno di legge nelle Commissioni sanità e giustizia del Senato: una discussione molto tormentata ed aspra e, in particolare, nel corso dell'ultima seduta tenutasi il 25 maggio 2005, erano stati sentiti numerosi consulenti che avevano concordato sulla sostanziale differenza degli effetti delle sostanze stupefacenti "leggere" – tipo "hashish" - dalle altre sostanze.

L'accantonamento parlamentare della materia da sola è circostanza che varrebbe a documentare l'assenza dei presupposti

di necessità e l'urgenza in una materia controversa e sulla quale la riflessione parlamentare era in itinere ed ancora controversa. A titolo esplicativo si riportano alcuni passaggi del discorso tenuto dall'On.le Giovanardi: "Ricordo ai senatori che questo provvedimento era all'attenzione del Senato da quasi tre anni. È stato profondamente discusso ed approfondito nelle Commissioni competenti. Sono state fatte udienze conoscitive e sono stati ascoltati gli operatori del settore; quando, nel secondo, anzi terzo Governo Berlusconi, nel mese di maggio, mi è stata data delega per le tossicodipendenze, il primo atto che ho compiuto è stata una ricognizione dei lavori parlamentari al Senato della Repubblica, per verificare se il testo originariamente presentato, di circa 120 articoli, avesse ricevuto un consenso pieno da parte dei senatori nelle udienze conoscitive o se fossero nati dei problemi. Poiché - ripeto - tengo al dialogo e al confronto, ho preso atto che, dalle udienze conoscitive e dai rilievi che sono stati mossi da tanti senatori di maggioranza e di opposizione, alcuni punti di quel progetto avevano scarse possibilità di essere approvati dai due rami del Parlamento. [...] Quel testo è stato approfondito e modificato, accogliendo le osservazioni degli operatori. Nel mese di gennaio ho sottoposto il risultato di questo lavoro alla Consulta nazionale per le tossicodipendenze, che non soltanto ha dato la sua benedizione al testo, ma ha anche risposto esplicitamente ad una mia domanda, cioè se ritenesse giusto ed opportuno che quel provvedimento diventasse legge in questa legislatura, invitandomi fortemente a far sì che Camera e Senato potessero vararlo in questa legislatura. Vi ho raccontato tre anni di storia parlamentare, naturalmente non con l'ambizione di convincere tutti, perché so benissimo che ci sono in tema di droga posizioni molto distanti!"

Dopo l'approvazione in Senato, anche durante la discussione di approvazione del decreto nell'altra ala del Parlamento, emergono i due temi della totale insussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza e della conseguente necessità di un vaglio attento ed approfondito in tema di legislazione sugli stupefacenti. In questo senso si esprime chiaramente l'On.le Anna Finocchiaro nei seguenti termini: "tutto questo dimostra che l'accelerazione impressa con la presentazione di un maxi emendamento di 67 pagine - se non ricordo male - e di un decreto di tre pagine è dovuta al fatto che, svincolandosi da quelle che possono essere considerate le briglie della necessità della discussione e dell'approvazione parlamentare - ritengo, di una sua parte in particolare - il Governo ha deciso di adoperare lo strumento del decreto-legge, sul quale porre la questione di fiducia, per imporre una riforma che in Parlamento non aveva trovato principio di soluzione nella contesa tra diversi punti di vista." Ora, c'è chi decide di «infilare» una riforma di questo genere all'interno di un decreto-legge e sceglie di approvarla ricorrendo alla posizione della questione di fiducia, ma poi attende che sia il dibattito parlamentare - visto che la norma è malfatta, incompleta, imprecisa, viola il principio di legalità ed è tale da dare adito ad interpretazioni giurisprudenziali assolutamente contraddittorie - a spiegare cosa significhi tale norma, quali comportamenti punisca e

via dicendo. Ebbene, francamente trovo tutto ciò - lasciatemelo dire - paradossale ed anche irresponsabile!"

E in termini analoghi si esprime l'On.le Gianfranco Morgando: "Signor Presidente, quando rileggeremo le caratteristiche del processo legislativo di questi ultimi cinque anni, ci accorgeremo - come abbiamo già molte volte denunciato - che il fenomeno prevalente è stato il ritorno alla legislazione d'urgenza: vecchio problema, di cui abbiamo discusso lungamente negli anni precedenti e nelle precedenti legislature, e che in passato ci si era sforzati di superare, per ricondurre lo strumento della legislazione d'urgenza alla propria natura fisiologica.

In questa legislatura è capitato tutto il contrario: ormai, siamo abituati a discutere ed a convertire in legge tanti decreti-legge. La maggior parte delle volte, questi provvedimenti non presentano alcuna motivazione d'urgenza reale e ciò, a ben guardare, è un fenomeno piuttosto paradossale, in un Parlamento caratterizzato da una maggioranza così ampia quale quella che, fino ad oggi, ha sostenuto il Governo.

Questo metodo dovrebbe indurre qualche riflessione nei colleghi più attenti, perché molti dei limiti e dei rischi denunciati a proposito del decreto-legge in discussione si riscontrano in tanti altri provvedimenti approvati con il sistema dell'urgenza: un insufficiente contributo parlamentare, un mancato approfondimento delle questioni, il rischio di procedere più per manifesti che non attraverso l'approvazione di norme con un reale contenuto, discusso, confrontato e verificato. Vedremo come si proseguirà; ma ritengo che una riflessione sarebbe opportuna.

Il fenomeno che ho denunciato si è particolarmente accentuato nella fase finale della legislatura. Vi è un grande affollamento di decreti-legge, caratterizzati da una fortissima disomogeneità. C'è un po' di tutto all'interno di questi decreti-legge; e vi è il tentativo di raffazzonare, all'ultimo momento, qualche provvedimento, per distribuire qualche mancia, per conquistare qualche interesse, per dichiarare di aver raggiunto qualche risultato. [...] Il provvedimento che stiamo discutendo è un esempio particolarmente efficace di ciò che sostenevo. C'è dentro un po' di tutto: assunzione di personale, terrorismo, contraffazione delle merci, voto dei cittadini italiani residenti all'estero, Olimpiadi di Torino, lotta alla droga ed altro ancora" (Vedasi sempre nota 1).

1.2 L'estraneità delle disposizioni introdotte dalla legge di conversione

La Corte Costituzionale (sentenza n. 22 del 2012, punto 3.3) ha individuato, tra gli indici alla stregua dei quali verificare "se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere", la "evidente estraneità" della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita (sentenza n. 171 del 2007, sentenza n. 128 del 2008).

La giurisprudenza costante del Giudice delle leggi collega il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77 secondo comma Cost., ad una intrinseca coerenza delle norme

contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico.

Ai sensi del secondo comma dell'art.77 Cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale, “i presupposti per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo riguardano il decreto legge nella sua interezza, inteso come disposizioni omogenee per la materia e per lo scopo” (Corte Cost. Sent. n.22/2012).

A ulteriore conferma di quanto esposto, si cita l'art.15 comma 3 della L.1998 n.400 “Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri” secondo cui il contenuto del decreto legge deve essere “specifico, omogeneo e corrispondente al titolo”.

Detta normativa, pur non avendo in sé forza di rango costituzionale, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost. il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità ed urgenza che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento.

Ricordiamo brevemente che il decreto legge n.272 del 30 dicembre 2005 era volto ad intervenire in modo urgente, così come si evince dal titolo, “per garantire la sicurezza ed i finanziamenti” per le Olimpiadi invernali nonché “la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno”, e, infine, “per favorire il recupero dei tossicodipendenti recidivi”.

Su quest'ultimo punto, il decreto con l'art. 4, “Esecuzione delle pene detentive per tossicodipendenti in programma di recupero”, abrogava l'articolo 94-bis, “Concessione dei benefici ai recidivi” (introdotto dall'art.8 della L.251/2005 c.d. Legge “ex Cirielli”) che aveva modificato l'accesso al beneficio dell'affidamento in prova terapeutico per i tossicodipendenti recidivi.

In tal senso, si motivava la necessità ed urgenza di un intervento rispetto al favorire il recupero dei tossicodipendenti recidivi, per ristabilire il regime precedente allo scopo di evitare le conseguenze di un'applicazione incongrua della disciplina sull'affidamento in prova.

Evidentemente la materia su cui andava ad incidere il decreto legge n.272 del 30 dicembre 2005 era quella dei benefici, disciplinati dall'ordinamento penitenziario, riguardante quindi l'esecuzione della pena.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui coerenza va valutata in relazione all'apprezzamento politico operato dal Governo e controllato dal Parlamento, deve necessariamente essere osservata dalla legge di conversione.

Anche qualora il decreto-legge contenga disposizioni non omogenee ma comunque con profili autonomi di necessità ed urgenza, la legge di conversione non può presentare emendamenti del tutto estranei al testo originario.

Invece, la legge n.49 del 2006 riprende il titolo del decreto legge, ma a questo aggiunge, attraverso un “maxiemendamento” presentato dal Ministro per i rapporti con il Parlamento, On.le

Giovanardi, una nuova e complessa riforma sotto la denominazione di “modifiche al testo unico delle leggi 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 1990/n.309”.

In realtà, questa “ingannevole” intitolazione si risolve in una radicale riscrittura dell'intero testo mediante l'aggiunta all'art. 4 di una serie (innumerevole) di commi - dal 4 bis al 4 vices ter a loro volta articolati in ulteriori sotto commi - che vanno ad incidere integralmente sulla legislazione relativa alle sostanze stupefacenti. Nessun collegamento è dunque ravvisabile tra il titolo del decreto e la previsione poi, nella legge di conversione, di una modifica integrale di tutta la legislazione in tema di sostanze stupefacenti che in ogni caso esorbita dall'omogeneità di fondo della normativa posta come urgente.

1.3 Ultime considerazioni

La totale assenza del caso straordinario di necessità e d'urgenza, rispetto alle modifiche introdotte in sede di conversione, nonché la totale estraneità dei contenuti rispetto a quelli del decreto legge, emergono chiaramente proprio dalla discussione che in Parlamento ha preceduto la conversione del decreto.

L'On.le Vallone così si esprime al riguardo: “In questo scorcio di legislatura si consuma l'ennesima vergogna istituzionale. Richiamo l'attenzione sulla eterogeneità del decreto, motivo che ha peraltro indotto giustamente il collega Villone a porre una questione pregiudiziale di costituzionalità. [...] La disomogeneità del testo è evidente: si spazia dall'assunzione di personale della Polizia di Stato al personale della carriera prefettizia, dal finanziamento per le Olimpiadi invernali all'esecuzione delle pene detentive dei tossicodipendenti e ai programmi di recupero, fino ad arrivare agli adempimenti finalizzati all'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero; infine, come chicca, una nuova normativa sulla tossicodipendenza. Scusate la battuta, ma il titolo più calzante per questo atto sarebbe un noto slogan della RAI: «Di tutto, di più».”

E ancora l'On.le Biscardini così si esprime in sede di discussione: “Si tratta di un provvedimento che non ha carattere di urgenza, non risponde minimamente ai criteri di omogeneità e che annette, allega, unisce al tema di un decreto che riguarda il finanziamento delle Olimpiadi di Torino la materia molto più delicata e complessa che riguarda l'uso e lo spaccio degli stupefacenti. È un maxiemendamento di 50 pagine che riguarda la disciplina degli stupefacenti ed è riferito ad un decreto che non ha nulla a che vedere con una materia di questa natura.”

Poi anche l'On.le Villone: “Qui presiedono principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità, principi che non sono con ogni evidenza rispettati nella specie, e quindi questa legge entra nell'orbita di quella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha sottoposto ad un vaglio rigoroso e puntuale, per altre fattispecie, sanzioni di questo tipo. Quindi, molteplici sono i profili di

incostituzionalità.”

2. SULLA PERTINENZA DELLA QUESTIONE NEL CASO CONCRETO

E' del tutto evidente l'incisività nel procedimento de quo, in quanto l'odierno imputato è giudicato per la fattispecie di cui all'art.79 D.P.R.309/1990, come indicato nel capo di imputazione, in relazione alle sostanze di tipo leggero (tabella II): “specie del tipo hashish e marijuana” di conseguenza la modifica apportata dalla legge 2006/49 ha aggravato la pena nel minimo e nel massimo edittale.

Secondo la formulazione antecedente, l'art. 79, comma 1, del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti prevedeva le seguenti pene “la reclusione dai tre ai dieci anni [...] se l'uso riguarda le sostanze comprese nelle tabelle I e III previste dall'art. 14 o con la reclusione da uno a quattro anni [...] se l'uso riguarda le sostanze comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso art. 14”.

Invece la nuova formulazione dell'art.79, comma 1, punisce la condotta di “Chiunque adibisce o consente che sia adibito un locale pubblico o un circolo privato di qualsiasi specie a luogo di convegno di persone che ivi si danno all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope è punito, per questo solo fatto, con la reclusione da tre a dieci anni [...] se l'uso riguarda le sostanze e i medicinali compresi nelle tabelle I e II, sezione A, previste dall'art.14 [...]”.

Quindi, secondo la precedente versione dell'art.79 D.P.R.309/1990, le sostanze stupefacenti “pesanti”, indicate nella tabella I e III, erano punite con la pena della reclusione prevista dai tre ai dieci anni, mentre per le sostanze stupefacenti di tipo “leggero”, indicate nella tabella II e IV, il legislatore prevedeva la pena della reclusione più lieve da uno a quattro anni. Con la modifica apportata dalla L.2006/49, tutte le sostanze sono state inserite all'interno di un'unica disciplina, per cui la pena prevista dall'art.79 D.P.R. 309/1990 è stata fissata, per l'uso di qualsiasi tipo di sostanza stupefacente, dai tre ai dieci anni di reclusione.

Dunque non vi è dubbio alcuno sul fatto che il presente procedimento non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della suddetta questione di legittimità costituzionale.

3. CONCLUSIONI

Come sopra ampiamente esposto, l'art. 79 del T.U. stupefacenti è stato adottato in violazione di regole costituzionali che disciplinano l'esercizio del potere legislativo, mancando i requisiti della decretazione d'urgenza e dell'omogeneità rispetto al decreto legge.

La disposizione per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi intendeva modificare la disciplina dei benefici in ambito esecutivo, tuttalpiù procedurale, del diritto penale e non di certo l'intera disciplina sostanziale degli stupefacenti, per l'appunto estranea al decreto e alla conseguente legge di conversione.

Considerato che l'art.79 D.P.R.309/1990 è stato modificato dall'art.4 vices ter, comma 25 della legge di conversione n.49/2006, che, come tutti i sub commi aggiuntivi inseriti nel corso del procedimento di conversione, è estraneo alla materia e alle finalità del decreto legge, si deve concludere che risulta costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost.

Alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, voglia questo illustre giudice, ritenuta non manifestamente infondata la questione di costituzionalità, rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, affinché valuti la compatibilità della norma sopra indicate con la norma costituzionale richiamata (art. 77 Cost).

Roma-Tolmezzo, 19 dicembre 2012

Avv. Alessandro Gamberini

Avv. Simona Filippi

AVV. MICHELE PASSIONE

CORTE DI APPELLO DI FIRENZE

Sezione I°

Proc.N.2845/11 R.G.A. – N.17573/10 R.G.N.R.

Udienza del 16.04.2013

Memoria difensiva, ex art.121 c.p.p.

Il sottoscritto Avvocato Michele Passione, difensore di fiducia del Sig. =====, imputato come in atti, espone

Con sentenza N.464/11 Reg. Sent., emessa il 23.03.2011, il prevenuto è stato condannato alla pena di anni 2 e mesi 8 di reclusione ed € 12.000,00 di multa dal G.u.p. del Tribunale di Firenze. . . “per avere illegalmente acquistato da ===== e ===== e detenuto a fini di spaccio gr. 500 di hashish. In Firenze, il 15 settembre 2010”.

Il primo Giudice riteneva di non accedere alla ricostruzione fornita dall'appellante, giudicato con il rito abbreviato, il quale. . . “sosteneva di aver acquistato l'hashish in parte per uso personale ed in parte su incarico di due conoscenti che gli avevano anche dato il denaro per l'acquisto, e che l'avrebbero a loro volta usato solo per esclusivo uso personale. . .”, condannando il Sig. ===== alla pena sopra indicata, sulla base di quella di anni 4 ed € 18.000,00 di multa, ritenendo. . . “di poter riconoscere l'attenuante di cui al quinto comma dell'art.73 D.P.R. 309/'90 : le dosi ricavabili sono invero un numero piuttosto consistente (tanto da indurre ad una pena significativamente distante dal minimo edittale), ma si tratta di 38 grammi circa di sostanza (hashish) con effetti dannosi alla salute, che anche autorevoli fonti scientifiche ritengono meno devastanti di altri tipi di droghe”.

Avverso la sentenza di condanna veniva proposto appello, con richiesta di diminuzione di pena, stante l'eccessività della stessa e la manifesta illogicità della motivazione, poiché l'apprezzata destinazione dello stupefacente in sequestro ad uso almeno in parte personale avrebbe dovuto condurre a diversa quantificazione, che invece il G.u.p. indicava dover essere. . . “significativamente distante da minimo edittale” (addirittura il quadruplo). Questi i fatti, per come effettivamente svoltisi e ricostruiti, il sottoscritto solleva eccezione di incostituzionalità dell'art.4 bis del DL n.272/2005 (c.d. “Decreto Olimpiadi”), così come modificato dalla Legge di conversione n.49/2006, che ha novellato l'art.73 D.P.R. 309/'90 (ed altre disposizioni del TULS) in più parti.

Com'è noto, prima della Legge di modifica (c.d. “Fini – Giovanardi”) l'articolo in commento, che viene in questione nel caso di specie, prevedeva ai commi I° e IV° rispettivamente la sanzione

della reclusione da 8 a 20 anni e la multa da € 25.822 ad € 258.228 e quella da 2 a 6 anni, con multa da € 5.164 a 77.468, distinguendo tra sostanze indicate nella tabelle I e III (c.d. droghe pesanti) e II e IV (c.d. droghe leggere).

Nel DI 30.12.2005, n.272, emanato per far fronte alle spese ed alle esigenze di sicurezza delle imminenti Olimpiadi invernali di Torino, era stata inclusa una disposizione (art.4), intitolata “esecuzione delle pene detentive per tossicodipendenti in programmi terapeutici”, che disponeva la soppressione dell'art.94 bis, introdotto dall'art.8 della L. 5.12.2005, n.251, c.d. ex Cirielli, e modificava la limitazione posta dalla stessa Legge alla sospensione dell'esecuzione della pena per i tossicodipendenti recidivi, ex art.656, comma IX, lett.c) c.p.p., e ciò al fine (così si legge nel preambolo del decreto di urgenza adottato sul punto) di adottare disposizioni giustificate dalla “straordinaria necessità e urgenza di garantire l'efficacia dei programmi terapeutici di recupero per le tossicodipendenza anche in caso di recidiva”, altrimenti ostacolati dalla novella introdotta dalla c.d. ex Cirielli.

La rubrica del DL citato, infatti, così recitava : “Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali nonché la funzionalità dell'amministrazione dell'Interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi”.

Manco a dirlo, nella seduta del 19 gennaio 2006 il Ministro Giovanardi presentava in aula un “maxiemendamento” (n.1.200), interamente sostitutivo dell'articolo 4 del DL n.272/2005, che in pratica determinava la sostanziale riscrittura del T.U.L.S., mediante una serie innumerevole di articoli aggiuntivi (dal 4 bis – norma che viene in questione nel caso di specie – al 4 vices ter). Così facendo, com'è evidente, si procedeva non già alla conversione in Legge di provvedimenti provvisori adottati dall'Esecutivo in casi straordinari di necessità e urgenza, ma si utilizzava un escamotage per far approvare un'iniziativa legislativa del tutto nuova, di fatto inemendabile, eludendo le regole ordinarie del procedimento legislativo (cfr. art.97 del Regolamento del Senato, che consente al Presidente di dichiarare inammissibili emendamenti “estranei all'oggetto della discussione”, nonché il parere della Giunta per il regolamento, che sin dall'8 novembre 1984

si era espressa in questi termini: “Quando il Senato, in sede di valutazione dei presupposti, giudica per un decreto legge sussistenti i requisiti richiesti dall’articolo 77 della Costituzione, accetta che al provvedimento sia riservato un tragitto preferenziale, con la garanzia che per questo tragitto non si debbano far passare ipotesi normative del tutto svincolate dalla necessità e urgenza che giustificarono l’emanazione del decreto legge. Pertanto, in sede di conversione di un decreto legge, la norma del primo comma dell’articolo 97 del Regolamento – secondo la quale non sono proponibili emendamenti che siano estranei all’oggetto della discussione – deve essere interpretata in modo particolarmente rigoroso”).

Il testo del decreto legge, coordinato con la Legge di conversione, sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.48 del 27 febbraio 2006.

L’art. 4 bis del DL citato, come convertito in Legge, ha modificato anche l’art. 73 comma V DPR 309/’90, stabilendo per ciò che attiene alla detenzione di sostanze “leggere” (come nel caso di specie) un rilevante aumento delle pene rispetto a quanto previsto dalla norma nella sua formulazione originaria (da 6 mesi a 4 anni di reclusione e multa da € 1.032 a 10.329), in ragione dell’equiparazione delle tabelle (rectius: della detenzione di sostanze di cui alle tabelle allegate al DPR).

Si pone dunque la questione, rilevante quod poenam nel caso di specie, non manifestamente infondata per quanto sopra chiarito e per quanto si dirà infra, della conformità all’art.77 comma II Cost. dell’art. 4 bis del DL n.272/2005, come convertito nella L.49/2006.

A tal proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale appare ormai orientata nel ritenere che la conversione in legge non preclude il sindacato della Corte in ordine alla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza delle disposizioni del decreto legge che, in assenza di tali presupposti, contrastano con l’art.77, comma 2, della Costituzione (cfr. sent.n.171/2007; sent.n.128/2008; sent.n.355/2010; sent.n.22/2012).

Con la prima pronuncia sopra citata il Giudice delle leggi tiene a precisare come il suo sindacato giurisdizionale sia limitato agli aspetti di “evidente” carenza dei suddetti requisiti, sicché esso non si sovrappone al controllo del Parlamento, che è anche di carattere politico, ma si limita a verificare i vizi giuridici del decreto legge riscontrabili ictu oculi. Secondo la Consulta, non è possibile sottrarre il decreto di urgenza al sindacato di legittimità a causa della sua conversione, giacché... “affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”...e ciò perché l’immediata efficacia del decreto legge “lo rende idoneo a produrre modificazioni anche irreversibili sia della realtà materiale, sia dell’Ordinamento”...e condiziona... “l’attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto all’ordinaria attività legislativa...la legge di conversione è caratterizzata nel suo percorso parlamentare da una situazione

tutta particolare, al punto che la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte (art.77, secondo comma, Cost.), e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l’iter dei disegni di legge proposti dal Governo (art.96 bis del regolamento della Camera e art.78, comma 4, di quello del Senato)”. Dunque, se è vero che la Legge di conversione non può sanare l’assenza dei requisiti di taluna delle disposizioni del DL, deve ritenersi, a fortiori, che essa neppure può legittimamente inserire ex novo nel decreto delle disposizioni che appaiono estranee alle ragioni di necessità e urgenza richieste dalla Carta, che giustificano le norme del decreto stesso (cfr. sent. Corte Cost. n.355/2010).

Orbene, nel caso di specie le norme in materia di stupefacenti aggiunte in sede di conversione (artt. 4 bis e sgg.) appaiono estranee (salvo l’art.4 undecies, strettamente connesso all’esecuzione del programma terapeutico del tossicodipendente) al presupposto di necessità e urgenza che, a tutto concedere, connotava l’unica norma (l’art.4) del T.U. sugli stupefacenti contenuta nel decreto legge 272/2005.

Del resto, non può certo sostenersi che l’inserimento di una disposizione (l’art.4), di per sé eccentrica sotto il profilo della omogeneità rispetto al compendio generale delle norme contenute nel DL, legittimi l’intera riscrittura del TU sugli stupefacenti (il che, paradossalmente, avrebbe reso lecita la riscrittura dell’intero codice di rito, giacché l’art.4 del DL conteneva anche una disposizione che modificava l’art.656 del codice stesso).

Quale definitiva evidenziazione dell’assenza dei requisiti della legittimità e dell’urgenza del testo introdotto dalla L.n.49/2006 deve ricordarsi come l’originario ddl “Finì”, poi trasfuso nel “maxi-emendamento Giovanardi”, giaceva fermo in Parlamento da tre anni, e da oltre un anno e mezzo nelle Commissioni del Senato della Repubblica.

Dunque, l’assenza dei requisiti di necessità e urgenza delle disposizioni in materia di stupefacenti inserite nel decreto legge n.272/2005 con la legge di conversione n.49/2006, alla luce della citata sentenza n.355/2010 devono ritenersi costituzionalmente illegittime, ancorché si volesse sostenere che esse fossero non del tutto estranee all’oggetto del decreto di urgenza (il che non è, per le ragioni sopra indicate).

Infine, sul punto, a ribadire il quadro dei principi costituzionali che delineano il confine di intervento della legge di conversione della decretazione di urgenza, è intervenuta la sentenza n.22 del 13 febbraio 2012.

Secondo la Consulta, l’oggetto della legge di conversione deve tendere a coincidere con quello del decreto di urgenza, così respingendo la tesi dell’Avvocatura dello Stato, secondo cui, nel caso di specie (c.d. decreto “mille proroghe”) “i presupposti di necessità e urgenza sarebbero riferibili al contenuto del decreto legge, e non a quello di conversione”.

Appare evidente l’analogia tra il caso che ci occupa e quello scrutinato dalla Corte con la sentenza sopra indicata.

La verità è che la riscrittura del T.U. sugli stupefacenti introdotta

ta dalla legge di conversione, macroscopicamente carente dei requisiti di necessità e urgenza, deve in ogni caso ritenersi illegittima, sia che la si consideri “non del tutto estranea” alla materia del decreto legge (cfr. sent.n.355/2010 cit.), sia che la si consideri, come esige una lettura seria e non pretestuosa della lettera e della ratio della giurisprudenza della Corte, del tutto estranea “all’oggetto e alle finalità del testo originario del decreto di urgenza”, sicché il più volte citato maxiemendamento... “non soltanto contrasta con esigenze di buona tecnica normativa, ma viola l’art.77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario” (sent. n.22/2012).

Come si vede, alla luce del quadro disegnato dalla Corte (le cui primarie indicazioni provengono dalla sentenza n.360 del 1996, che ha messo fine all’abuso della reiterazione dei decreti di urgenza in scadenza), l’ormai consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, evidentemente ispirato alla salvaguardia dei rapporti tra i poteri dello Stato, costituisce un argine necessario all’abuso della decretazione di urgenza, strumentalmente utilizzata da più parti per alterare l’equilibrio tra i predetti poteri, segnatamente a detrimento dell’istituzione parlamentare.

Proprio all’indomani dell’ultima pronuncia citata, non a caso, il Capo dello Stato ha inviato ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio una lettera (22 febbraio 2012), con la quale ha ribadito... “la necessità di limitare gli emendamenti ammissibili, in sede di conversione dei decreti legge, a quelli sostanzialmente omogenei rispetto al testo originario del decreto, in considerazione della particolare disciplina costituzionale e regolamentare del procedimento di conversione, nonché a garanzia del vaglio preventivo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto legge e di quello successivo sulla legge di conversione, anche per la difficoltà di esercitare la facoltà di rinvio prevista dall’art.74 della Costituzione in prossimità della scadenza del termine tassativo di 60 giorni fissato per la conversione in legge”.

Nel caso di specie, le disposizioni introdotte dal maxiemendamento Giovanardi (ben 36 articoli) in sede di conversione sono macroscopicamente disancorate dal caso straordinario di necessità e urgenza che legittimavano la norma abrogatrice (art.4) contenuta nel decreto legge n.272 del 2005.

Se dunque la questione sollevata con la presente appare fondata per le ragioni sopra indicate, del pari può dirsi sussistente, come già anticipato, la rilevanza della stessa, giacché la dichiarazione di incostituzionalità dell’art.4 bis, comma I, lett.f), del DL n.272/2005, convertito con modificazioni nella L.n.49/2006, farebbe rivivere la disposizione di cui all’art.73 comma V D.P.R. 309/’90, vecchia formulazione, con conseguente applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio (cfr. Corte Cost. n.108 del 23.04.1986) previsto da quest’ultima (da 6 mesi a 4 anni di reclusione, ed € da 1.032 a 10.329, anziché da anni 1 ad anni 6 di reclusione, ed € da 3.000 a 26.000).

A questo proposito, deve ribadirsi che il trattamento peggiore sotto il profilo sanzionatorio stabilito dalla norma de qua trova il suo presupposto nella unificazione delle tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, con inclusione dell’hashish nella prima delle predette tabelle. Nel caso di specie appare perciò rilevante anche la illegittimità delle disposizioni di cui agli artt. 4 vices ter, comma 2, lett.a) e comma 3, lett.a), n.6, sostitutive, rispettivamente, degli artt. 13 e 14 del suddetto DPR 309/’90.

Del resto, le scelte legislative penali non sono mai assolute e astrattamente assiologiche, e vanno anzi continuamente verificate alla luce dell’esperienza, presupponendo prognosi empiriche capaci di giustificare, razionalmente e nel momento presente, la scelta del ricorso alle leve penali in quella forma ed in quella misura. Questa impostazione di teoria generale ha un corollario: la Corte Costituzionale può annullare una legge penale (in questo caso determinando la caducazione dell’effetto abrogativo, con conseguente ripristino dello status quo ante) se fondata su presupposti empirici inesatti, carenti, inadeguati, falsificati (nel caso di specie, la c.d. dipendenza fisica e/o psichica da sostanze c.d. “leggere”), come già accaduto in passato (cfr., ex plurimis, sentt. nn.139/1982 e 324/1988, in tema di presunzioni assolute di pericolosità sociale; sentt. nn. 438 e 439/1995, in tema di incompatibilità tra custodia cautelare in carcere e condizione di immunodeficienza da Aids grave o conclamata), senza che in ciò sia ravvisabile alcuna indebita invasione nel campo della discrezionalità legislativa, presidiato dal principio di stratta legalità penale.

Per questi motivi, e per quelli che verranno qui di seguito ulteriormente dedotti, il sottoscritto chiede che la Corte di Appello di Firenze, Sezione I°, voglia dichiarare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle sopra indicate disposizioni del decreto legge 30 dicembre 2005, n.272, convertito con legge 21 febbraio 2006, n.46, per contrasto con l’art.77, comma 2, della Costituzione, e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per la conseguente decisione da adottare.

Con secondo motivo, si solleva il contrasto dell’art. 4 bis con l’art.3 Cost., per il quale tutti i cittadini sono uguali di fronte alla Legge.

Proprio l’equiparazione delle sanzioni per tutte le condotte di cui ai commi 1 e 1 bis dell’art. 73 DPR 309/’90 (come modificato dall’art. 4 bis della L.n.49/2006) per ogni tipo di sostanza, anche nei casi di cui all’art.73 comma V del DPR citato (anch’esso novellato dalla disposizione de qua), che le stesse richiama, lede il postulato della norma inderogabile, che secondo quanto più volte indicato dalla Corte prevede che a comportamenti eguali seguano conseguenze eguali, e per converso a situazioni diverse, conseguenze diverse.

L’irrazionale parificazione tra le sostanze prefigura l’ulteriore contrasto tra la norma di cui all’art. 4 bis cit e l’art.117 comma I Cost.

Ed infatti, occorre porrer mente a quanto previsto dalla decisione quadro n.2004/757/GAI (art.4), cui per sintesi si rimanda integralmente, che distingue nettamente tra droghe leggere e

droghe pesanti (che la decisione comunitaria indica, contrapponendole alla prime per la quantificazione delle pene suggerite agli Stati membri, come quelle “più dannose per la salute”).

Pare opportuno ricordare come lo Stato sia tenuto al rispetto (anche) degli obblighi internazionali pattizi., ex art.117 comma I Cost.; per ciò che riguarda le Decisioni Quadro del Consiglio di Europa, si è già pronunciata la Corte Costituzionale (cfr. sent. 24.06.2010, n.227), che ha affermato che... “è costituzionalmente illegittimo, in riferimento all’art.117, primo comma, Cost., l’art.18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n.69 – Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri – nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell’Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell’esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno”).

Con la decisione citata, peraltro, la Corte ha affermato altresì che... “Questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il sicuro fondamento nell’art.11 Cost...è in forza di tale parametro, collocato non senza significati e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione”.

Evidente che da quanto sopra derivi la violazione della norma scrutinata con l’art.117 comma I Cost., non essendosi lo Stato conformato alla Decisione Quadro n.2004/757/GAI, in materia di distinzione sanzionatoria tra i diversi tipi di sostanze stupefacenti, anzi avendo previsto per le stesse, con norma manifesto, un’irrazionale equiparazione.

Per questi ulteriori motivi, di contrasto dell’art. 4 bis del DL n.272/2005, convertito con L.n.49/2006, con gli artt. 3 comma I, 117 comma I Cost., si chiede che la Corte di Appello di Firenze voglia dichiarare non manifestamente infondata la questione proposta, rimettendo per l’effetto (che si spera apotropaico) gli atti alla Corte Costituzionale, per ogni conseguente determinazione di Legge.

Si allega alla presente ordinanza di rimessione del 28.01.2013, emessa dalla Corte di Appello di Roma, III Sezione.

Con osservanza.

Avv. Michele Passione

Pagina 1 di 8

LA CORTE D'APPELLO di ROMA

III° SEZIONE PENALE

composta dai Magistrati :

dr. E. BETTIOL	Presidente Estensore
dr. F. GENOVESE	Consigliere
dr. M. MARIANI	Consigliere

RILEVA IN FATTO

Con sentenza in data 25/5/2007 il Tribunale di Roma , in seguito a giudizio abbreviato , dichiarava GONZALES CAROLINA E ROSATI VALERIA , colpevoli del reato di cui all'Art. 73 . DPR 309/90 e , in concorso di attenuanti generiche, e dell'attenuante di cui al 5° c. dell'art. 73 cit. , applicata la diminuzione per il rito , le condannava alla pena di mesi 5 e gg. 20 di reclusione ed € 1.400 di multa ciascuna concedendo alle stesse i benefici di legge .

Il Tribunale era pervenuto alla sentenza di condanna sulla scorta degli atti acquisiti al processo ex art. 442 c. 1 bis C.P.P. da cui era emerso che il giorno 10/5/2007 Carabinieri della Stazione Roma Gianicolense nel transitare di fronte la stazione di Roma Trastevere notavano la imputate che stavano confezionando delle dosi di marijuana usando degli involucri di carta stagnola e servendosi del sedile di un motorino come ripiano.

Le due giovani venivano fermate e si appurava in tal modo che le stesse detenevano gr. 4,6 di marijuana , pari a 27 dosi, e gr. 0,136 di eroina da cui era possibile ricavare una singola dose .



Avverso tale sentenza proponeva appello la difesa delle imputate chiedendone con un primo motivo l'assoluzione sul rilievo che gli stupefacenti trovati in loro possesso erano destinati ad uso esclusivamente personale .

Con un secondo motivo veniva richiesta una riduzione della pena inflitta .

Nel corso del presente grado di giudizio il difensore delle imputate sollevava eccezione di incostituzionalità dell'art.4 bis del DL. 272/2005 così come modificato dalla Legge di conversione 49/2006 73 DEL D.P.R. 309/90

OSSERVA IN DIRITTO

1 - L'art. 73 del D.P.R. 309/90, come è noto , è stato modificato dalla Legge n. 49 del 21/02/2006 di conversione del Decreto Legge n. 272/2005, c.d. "Decreto Olimpiadi".

Prima della legge di modifica l'articolo in argomento prevedeva nei commi 1 e 4 la sanzione della reclusione da 8 a 20 anni e la multa da € 25.822 ad € 258.228 per una serie di condotte aventi ad oggetto le sostanze stupefacenti elencate nelle tabelle I e III allegate al D.P.R. – le c.d. droghe pesanti – e, rispettivamente , la sanzione della reclusione da 2 a 6 anni e la multa da € 5164 ad € 77.468 per le condotte riguardanti le sostanze elencate nelle tabelle II e IV – c.d. droghe leggere- .

Il quadro legislativo prevedeva dunque ,come appare giuridicamente e, soprattutto, costituzionalmente corretto , sanzioni diverse in relazioni a condotte diverse : la norma , puniva le violazioni relative a sostanze più dannose con sanzioni più pesanti rispetto a quelle riguardanti sostanze meno dannose .

L'art. 4 bis D.L .cit. cit. ha modificato il quadro testé delineato appiattendo verso l'alto le condotte in argomento sotto l'unica sanzione della reclusione da 6 a 20 anni e la multa da € 26.000 a 260.000.

Fermo è rimasto il comma 5° dell'art. in argomento che prevede sanzioni più



miti per comportamenti di lieve entità stabilendo comunque per ciò che attiene alla detenzione di sostanza “leggere”, un rilevante aumento delle pene rispetto a quanto previsto dalla norma nella sua formulazione originaria .

L’art. 4 bis cit. risulta per altro verso inserito nel quadro di un decreto legge varato all’inizio sotto la rubrica di “Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali nonché la funzionalità dell’amministrazione dell’Interno . Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi”.

Il provvedimento varato dal Governo era costituito da soli 6 articoli riguardanti l’assunzione di personale della Polizia di Stato, il finanziamento delle Olimpiadi invernali di Torino, l’istituzione di apposita lotteria nazionale, l’esecuzione di pene detentive per tossicodipendenti ed il diritto di voto degli italiani all'estero.

In particolare , per ciò che attiene alla materia in argomento , l’art. 4 del decreto legge abrogava l’art. 94 bis del D.P.R. 309/90 e prevedeva un caso speciale di sospensione dell’esecuzione di pene detentive irrogate a tossicodipendenti ed alcolodipendenti : nulla dunque che riguardasse le sanzioni relative alle condotte di detenzione , spaccio ecc. di sostanze stupefacenti .

In seguito al passaggio parlamentare , il decreto contava ben 36 articoli tra cui l’art. 4 bis di cui trattasi .

Alla luce di quanto sin qui esposto , ritiene dunque questa Corte che sussistano elementi per ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 bis del D.L. cit. così come convertito nella L. 49/2006 per contrasto con l’art. 77, 2° c.Cost. sollevata nel corso del presente procedimento .

Ed in effetti la Corte Costituzionale ha avuto modo di esprimersi in ordine alla necessità di coerenza tra le norme che compongono un provvedimento di urgenza rilevando *“la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e di*



urgenza di provvedere la evidente estraneità della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del Decreto Legge in cui è inserita”

Ed ancora : “Si deve ritenere che l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario”.(sentenza 22 del 2012)

Ora nel caso in ispecie appare evidente il difetto di coerenza interna tra le norme che costituivano il nucleo originario del provvedimento adottato dal governo e quella di cui dall'art. 4 bis citato : tale ultima norma, che introduce un nuovo sistema di sanzioni in relazione a condotte aventi ad oggetto stupefacenti , nulla ha evidentemente a che vedere, sia con lo svolgimento delle Olimpiadi invernali di Torino , sia con i benefici previsti in favore di tossicodipendenti ed alcolodipendenti.

2 - Del resto che la norma in argomento non perseguisse lo scopo di fronteggiare un problema presentatosi con caratteri di urgenza e straordinarietà emerge con tutta evidenza dal fatto che la riforma dell'art. 73 cit. giaceva in parlamento da tre anni come affermato dallo stesso relatore della modifica On. Giovanardi (seduta del Senato del 26/1/2006).

Da tale rilievo si deduce un secondo profilo di incostituzionalità per contrasto con l'art. 77, 2° c. Cost. della norma in questione che ,oltre ad essere inserita, come già detto, in un contesto disomogeneo , appare per di più sprovvista del requisito della urgenza previsto dalla citata norma costituzionale e che giustifica



il potere di decretazione del governo . Non si vede , in altre parole , quale urgenza vi fosse nel riformare un sistema sanzionatorio in vigore da 16 anni ed in ordine al quale nessun evento improvviso , straordinario poneva l'esigenza di una modifica per decreto .

La Corte Costituzionale ha peraltro avuto modo di affermare il principio per cui il vizio derivante dalla assenza del requisito di straordinarietà ed urgenza del provvedimento per decreto non viene sanato dalla successiva legge di conversione .

Quanto precede poiché *“Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie.”*(C.Cost. sent. n. 171/2007)

3 - La norma di cui all'art. 4 bis in questione si pone a giudizio di questa Corte in contrasto altresì del principio costituzionale di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost..

Il principio postula come è noto , e come è stato più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, non solo che a comportamenti eguali vengano riconosciute conseguenze eguali ma anche , e per converso , che a situazioni diverse corrispondano conseguenze diverse.

Non v'è dunque chi non veda come sanzionare con la medesima pena due comportamenti notevolmente diversi come l'importare , detenere , spacciare ecc. droghe c.d. leggere oppure pesanti costituisca una palese violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo della mancata adozione di sanzioni diverse in relazione a condotte diverse .

Pur non essendo questa la sede per una disamina su basi scientifiche delle profonde, e comunque note, differenze intercorrenti tra i due tipi di stupefacenti varrà tuttavia la pena di rilevare quanto meno la assenza di effetti di dipendenza



nei consumatori di “cannabis” a differenza di quelli che assumono droghe c.d. pesanti quali gli oppiacei di cui diventano entro brevissimo termine dipendenti . Va altresì rilevata la modestia degli effetti negativi sull’organismo – non differenti da quelli che provocano alcool o nicotina - delle droghe leggere rispetto quelli devastanti prodotti dalle droghe pesanti .

4 – Non manifestamente infondata appare inoltre la questione di legittimità costituzionale della norma di cui al l’art. 4 bis cit. in relazione all’articolo 117, c. 1 Cost.

Va invero posto in evidenza come il Consiglio della Unione Europea con la decisione quadro n. 2004/757/GAI abbia stabilito all’art. 4 che:

1- *(omissis)*..“Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2 (Reati connessi al traffico illecito di stupefacenti e di precursori)siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni.

2- Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere a), b) e c), siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni in presenza di ciascuna delle seguenti circostanze:

a) il reato implica grandi quantitativi di stupefacenti;

b) il reato o implica la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute, oppure ha determinato gravi danni alla salute di più persone.”

Al di là della quantificazione delle pene che *in subiecta materia* non può venire in considerazione , ciò che rileva è che la decisione comunitaria in argomento distingue chiaramente e nettamente da un punto di vista sanzionatorio tra droghe leggere – che non vengono definite in quanto tali ma che si comprende , per esclusione rispetto al, successivo comma 2 lett. b) siano quelle cui la decisione si riferisce – e droghe pesanti che vengono indicate come “ *stupefacenti più dannosi per la salute*”.

Ai sensi dell’art, 117 , 1 c. Cost. lo Stato Italiano ha il dovere di legiferare “nel



rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali alle decisioni della comunità internazionale".

Sulla necessità per lo Stato di conformarsi ai sensi dell'art. 117 Cost. alle Decisioni Quadro del Consiglio di Europa si è già pronunciata la Corte Costituzionale, tra le altre, con la sentenza da cui è tratta la seguente massima

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera in materia penale - Estradizione - Mandato di arresto europeo - Consegna per l'estero - Cittadino comunitario residente in Italia - Mancata previsione del rifiuto della consegna del residente non cittadino - Illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., l'art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno.

**Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227 () Ric. Corte di cassazione. (l. 22 aprile 2005, n. 69, art. 18) (1), in Anpp 5/10.*

Nel corpo di detta sentenza si afferma tra l'altro :

"Questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione"

La norma dell'art. 4 bis in argomento viola dunque anche l'obbligo, costituzionalmente sancito, per lo Stato di conformarsi, nei limiti disposti dalla legge, alle decisioni della comunità internazionale : quanto precede poiché ,



unificando la pena prevista sia per le droghe leggere che per le droghe pesanti, non ha operato la distinzione da un punto di vista sanzionatorio tra i due tipi di droghe cui era tenuta in forza della citata decisione quadro n. 2004/757/GAI.

PQM

Visto l'art. 23 L. 11/3/1953 n. 87

Solleva questione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis D.L.272/2005 così come modificato dalla Legge di conversione 49/2006 in relazione agli artt. :

- 77, 2° comma Cost. sotto il duplice profilo della incoerenza della norma rispetto all'originario contenuto del D.L. e del difetto dei requisiti dell'urgenza ,

- 3 Cost. e

- 117, c. 1 Cost.

Sospende il presente procedimento .

Manda alla Cancelleria per la trasmissione della presente ordinanza alla Corte Costituzionale ,agli imputati ed al PM al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Presidenti della Camera di Deputati e del Senato della Repubblica .

ROMA li 28/1/2013

IL PRESIDENTE ESTENSORE

(Dr.E.Bettiol)



Depositato in udienza
Oggi, 28/1/2013

L'ASSISTENTE
IL CANCELLIERE
(Marco Cariani)



Avv. Marco Valerio MAZZATOSTA
Patrocinante in Cassazione

Avv. Ilaria DI PUNZIO

dott.ssa Barbara FUBELLI
dott. Fabrizio CECCARELLI
Dottorando di ricerca in Diritto Internazionale

Eccezione di incostituzionalità dell'art. 73 comma 1 DPR 309/90 avuto riguardo agli artt. 3, 24, 27 e 117 della Costituzione della Repubblica Italiana con riferimento all'art. 4 comma 1 e dal punto n. 5) della decisione 2004/757/GAI e se il mancato recepimento, in relazione al dpr 10 ottobre 1990 n. 309, (in materia di regolamentazione delle sostanze stupefacenti) all'art. 6 della Convenzione dei Diritti dell'uomo.

La questione della sostanziale distonia fra diritto comunitario e diritto nazionale, muove dall'esame della scelta, radicale, di unificare sul piano sanzionatorio tutte le tipologie di sostanza stupefacenti, abolendo, così, le tabelle nelle quali esse venivano suddivise, operata dal legislatore italiano del 2006¹. La testarda, quanto illogica, volontà di addivenire all'abrogazione della naturale distinzione giuridica fra droghe cd. "**leggere**" e droghe cd. "**pesanti**", attraverso l'annullamento del relativo e diverso trattamento sanzionatorio, previsto, in origine dal dpr 309/90, sull'opinabile presupposto di una differente **offensività** delle stesse, si è tradotta in un gesto legislativo inammissibile, in quanto in irreversibile contrasto sia con i principi indicati nella decisione 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, sia con l'onere costituzionale trasfuso nell'**art. 117** della Costituzione italiana.

Va rilevato, che la richiamata risoluzione comunitaria è stata concepita ed adottata nei paesi appartenenti all'Unione, come strumento idoneo ad costituire denominatore normativo chiaro e coerente, al fine di implementare il contrasto al traffico illecito di sostanze stupefacenti. Proprio sotto tale profilo, le linee guida succitate assolvono la funzione di rendere maggiormente omogenee tra loro le singole previsioni legislative nazionali, prevenendo ipotetici conflitti, che non solo lederebbero l'efficacia dell'intervento preventivo-repressivo in materia, ma si porrebbero in diretto contrasto con la logica armonizzatrice sottesa al sistema comunitario

Nello specifico il punto n. 5) del 2004/757/GAI, afferma che le sanzioni concernenti le condotte illecite in materia di stupefacenti, devono ispirarsi ai principi della "**efficacia**", "**proporzionalità**" e "**dissuasività**".

Tra questi tre canoni fondamentali, quello che più significativamente si pone in correlazione con le sanzioni previste dall'art. 73 co. 1 e 5 dpr 309/90, appare quello della **“proporzionalità”** della pena. Esso risulta di specifica importanza tanto a livello di legislazione comunitaria, quanto sul piano del diritto interno italiano, ritenuto innegabile il suo rango costituzionale, desumibile dal combinato disposto dagli artt. 3 e 27 commi 1 e 3 Cost. Affinché il criterio della **“proporzionalità”** non rimanga, però, una semplice e mera espressione di una petizione di principio, di natura generica ed astratta, il punto n. 5) della decisione del Consiglio dell'Unione Europea offre specifici e concreti canoni ermeneutici tendenzialmente fattuali.

Questi parametri devono, quindi, essere destinati all'individuazione dei limiti di pena e, tra essi, riveste una peculiare importanza **“ la natura degli stupefacenti oggetto di traffico”**. Appare, dunque, evidente che, in base ad una simile indicazione, il principio della **“proporzionalità”** della pena, si debba necessariamente coniugare con quelli della **“offensività”** e della **“tassatività”**. La rilevanza del principio di **“offensività”**, allo scopo di individuare, in modo corretto e rispettoso dell'equazione fra fatto e sanzione concreta, la pena da prevedere in relazione ad una specifica ipotesi di reato, appare assoluta. Il principio di **“offensività”** diviene, quindi, al contempo, presidio di **“controllo delle scelte di politica criminale”** e **“criterio ermeneutico indirizzato al giudice”**.

“Offensività”, dunque, come termometro del grado di anti giuridicità di un fatto o di un comportamento, ma – in pari tempo – anche quale parametro del tipo di riprovazione sociale di una condotta, od ancora, del livello di protezione e di tutela di un preciso bene giuridico. Se, dunque, il legame fra **proporzionalità** ed **offensività**, appare, alla luce della considerazioni che precedono, simbiotico e diretto, esso, una volta calato nella realtà affrontata dalla decisione 2004/757/GAI, non pare, però, affatto rispettato e declinato dalla struttura dell'art. 73 commi 1 e 5 dpr 309/90, così venutasi a delineare a seguito della novella del 2006.

Come si è già avuto modo di affermare, uno dei profili salienti e di decisiva discontinuità introdotto dalla L. 49/2006, rispetto ai testi previgenti (L. 685/75 e lo stesso dpr 309/90) è consistito nella piena e completa equiparazione del trattamento sanzionatorio di sostanze stupefacenti e psicotrope, tra loro, affatto differenti.

Il generale giudizio di nocività che naturalmente connota l'assunzione di tutte le sostanze stupefacenti ed il carattere di presidio alla tutela collettiva ed individuale della salute (sia sotto il profilo repressivo, che sotto quello preventivo) hanno costituito, ad avviso del legislatore italiano, il fondamento di una scelta, per vero, assolutamente opinabile sul piano logico ed in netto contrasto con una fonte di diritto sovranazionale. L'omologazione sanzionatoria tra sostanze che già, a parere della stessa comunità scientifica internazionale, vengono individuate come, indubbiamente, differenti tra loro, non solo per specifiche caratteristiche

organolettiche, ma, soprattutto, in relazione al tipo di conseguenze (psico-fisiche) che la loro assunzione produce, ha, dunque, determinato, in forza della sua disapplicazione, un *vulnus* del ricordato principio di **offensività**.

La previsione normativa di una pena assolutamente identica (nel minimo come nel massimo edittale), in relazione a precisi e dettagliati comportamenti, aventi ad oggetto prodotti, che, seppur tutti classificati come illeciti, esprimono una diversa, quanto evidente, capacità di attentato alla salute di ne faccia uso, non appare, pertanto, affatto improntata a canoni di ragionevolezza o logicità. La denunciata elusione del principio di **“offensività”** – nella fattispecie – si traduce ulteriormente nella lesione del principio di **“proporzionalità”**, inteso come *“espressione di un equilibrio logico-etico-giuridico fra condotta illecita e relativa ricaduta sanzionatoria”*.

Costituisce chiara evidenza, quindi, la considerazione che non si possa mai comprimere abnormemente la discrezionalità del legislatore, nella parte in cui essa concerne il **“livello ed il modulo di anticipazione della tutela”**. Va, però, sottolineato come il timore di una indebita invasione delle competenze proprie ed istituzionali del legislatore interno, però, non può venire fecondamente paventato, nel caso in cui, una volta ritenuta pacifica l'operazione di costruzione dell'illecito penale – da parte dell'ente sovranazionale –, egli debba dare corso all'individuazione e tipizzazione di specifiche situazioni precettive, attenendosi alle linee guida di carattere generale. Esiste, dunque, un vincolo gerarchico – inderogabile – nell'ambito dell'esercizio del potere legislativo. Non si tratta, però, nel caso di specie, di svolgere un'attività di sindacato che investa scelte di politica criminale, le quali riguardino la precisazione di quelle condotte che si impongano come espressione di presunzioni di pericolo o la identificazione del limite oltre il quale il pericolo (riconducibile intimamente alla condotta) appare genericamente irrilevante.

Nel caso che ci occupa, invece, una volta individuato un condiviso denominatore comune di illiceità rispetto a tutta una serie di condotte tipizzate in materia di stupefacenti, si rende (e si rendeva) assolutamente necessaria l'adozione – da parte del legislatore – di un criterio idoneo a graduare il tenore di **offensività**, che possa connotare le sostanze oggetto delle condotte sanzionate. Ciò non è, affatto, avvenuto e, dunque, questa omissione costituisce il primo pesante rilievo che deve essere mosso alla novella del 2006. Vi è, però, di più. Si impone, infatti, ai fini che ci occupano, la preliminare disamina della effettiva natura della fonte di diritto comunitario. Si deve, quindi, procedere ad identificare a quale categoria di fonte del diritto della UE, la decisione 2004/757/GAI appartenga. Pare di poter dire che la soluzione del quesito sia agevole ed incontrovertibile, nel senso di collocare la categoria delle **“decisioni”**, nella classe della **“fonte del diritto derivato”**, in quanto tale specie normativa (tipica del sistema legislativo UE) presenta carattere di atto unilaterale.

L'inserimento sistematico della classe delle *decisioni* (cui fa parte a pieno titolo la 2004/757/GAI) nella citata categoria, permette di affermare che ci si trova dinanzi ad una espressione normativa, la quale, in quanto **“linea guida”** internazionale, presenta un marchio di vincolante coerenza per i diritti interni degli stati appartenenti all'Unione Europea, i quali devono adeguare inderogabilmente le loro statuizioni ai dettami così stabiliti. La conclamata posizione di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno risulta condizione, ormai, assolutamente pacifica, in quanto supportata – da lungo tempo - in modo costante da pronunzie giurisprudenziali, come, ad esempio, quella n. 170/84 della Corte Costituzionale. Conseguentemente, che l'estensione della sfera di applicazione di detto principio anche alle vere e proprie fonti del diritto comunitario, determina **“la non applicazione da parte del giudice nazionale e degli organi amministrativi (per questi ultimi V. sent. n. 389 del 1989) delle norme interne contrastanti con l'ordinamento comunitario”**. Balza all'evidenza come il principio appena riportato appaia del tutto pertinente alla situazione di conflitto, che si va, in questa sede, esaminando e non richieda commenti di sorta, per la sua lapidaria chiarezza.

Come è stato affermato dalla Consulta nella citata sentenza n. 170 del 1984, la *ratio* della prevalenza accordata al diritto comunitario è ravvisabile sulla base della **“distinzione (e nello stesso tempo) e del coordinamento tra i due ordinamenti”**.

La attività di produzione legislativa di diritto nazionale deve, quindi, svolgersi nel rigoroso e tassativo rispetto degli obblighi comunitari vigenti, giusto il disposto dell'art. 117 comma 1 e 2 Cost. La norma appena richiamata pone, infatti, espressamente in correlazione l'esercizio della potestà legislativa con i **“vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”**. L'esistenza di una previsione del tipo di quella trasfusa nell'art. 117 Cost. Costituisce, poi, sul fronte del diritto interno, prova ulteriore del grave inadempimento dello Stato italiano e della fondatezza della questione che si va esaminando.

**

**

**

Attese le univoche premesse sino ad ora sviluppate, emerge non solo il palese contrasto fra la norma comunitaria ricordata e l'art. 73 comma 1 e 5 dpr 309/90, ma, soprattutto, affiora una duplice condizione di grave inerzia, espressione di un inadempimento che coinvolge anche la Unione Europea. Da un lato, infatti, appare evidente come l'Autorità comunitaria, sempre assai sensibile – come già detto - in materie di importanza notevolmente inferiore a quella in questione, tolleri ingiustificatamente il mancato adeguamento della legislazione italiana alle tassative e precise indicazioni europee, senza elevare una procedura di infrazione a carico dell'Italia.

Dall'altro, inoltre, risulta assolutamente ingiustificata la scelta del Governo italiano, operata con la novella del 21 febbraio 2006, di disattendere platealmente il dettato della decisione 2004/757/GAI e, in pari tempo, di derogare al dettato

01100 Viterbo - Via Papa Giovanni XXI n. 23 - tel./fax 0761 275658
01100 Viterbo - Via Pasubio n. 15 - tel. 0761 325651 fax 0761 290806

costituzionale dell'art. 117, attraverso la irrazionale ed illogica omologazione del trattamento sanzionatorio concernente sostanze stupefacenti *ictu oculi*, tra loro, del tutto differenti.

La nuova formulazione del comma 1 dell'art. 73 dpr 309/90 (e del comma 5 dello stesso articolo), nella parte in cui si stabilisce una unica pena (per il co. 1 da 6 a 20 anni di reclusione e da € 26.000 ad € 260.000 di multa, mentre per il co. 5 da 1 a 6 anni di reclusione e da € 3.000 ad 26.000 di multa), appare insensata e contraria a massime scientifiche e di logica, ma, soprattutto, tangibilmente lesiva del criterio di proporzionalità che proprio l'art. 4 comma 1 della decisione 2004/757/GAI sancisce inequivocabilmente.

La opinabile scelta di politica criminale del Governo italiano – come si è avuto modo di sottolineare – si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., siccome si rivela incompatibile con quelle indicazioni di carattere generale del diritto comunitario, cui essa avrebbe dovuto tassativamente conformarsi.

Vi è, poi, da rilevare come l'opzione – tradottasi nella L. 49/2006 – si riveli come particolarmente grave, in quanto scientemente adottata, addirittura, successivamente alla promulgazione e vigenza della norma comunitaria di riferimento!

Il legislatore italiano (che non poteva, certo, ignorare la esistenza e la forza vincolante della pregressa decisione europea) ha, dunque, deliberatamente inteso porsi in contrasto con la fonte gerarchicamente superiore (il diritto comunitario), determinando, al contempo, anche una distonia assoluta, sul piano normativo, anche con la propria legge fondamentale: la Costituzione. Ritiene chi scrive che la questione possa e debba trovare soluzione solo con la sua devoluzione alla Corte Costituzionale.

Il giudice delle leggi deve essere chiamato, quindi, a valutare se – come sembra – nella scelta di unificare il regime sanzionatorio concernente le condotte relative agli stupefacenti, rendendolo comune a tutte le le sostanze, non si debba **ravvisare il contrasto con gli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost. .**

Questo, a parere dello scrivente, deve essere il nucleo fondamentale della disamina, che si auspica.

Vale a dire, quindi, che il quesito dovrebbe, a sommosso avviso di chi scrive, essere posto nei seguenti termini e cioè se ***“risulti costituire previsione tassativa e vincolante, per il legislatore interno, quella di individuare fra i vari canoni idonei a determinare l'entità della pena anche la natura degli stupefacenti oggetto di traffico, così come stabilito dall'art. 4 comma 1 e dal punto n. 5) della decisione 2004/757/GAI e se il mancato recepimento, in relazione al dpr 10 ottobre 1990 n. 309, (in materia di regolamentazione delle sostanze stupefacenti), di queste tassative indicazioni normative internazionali, da parte del nostro ordinamento, determini la illegittimità***

costituzionale dell'art. 73 co. 1 e 5 dpr 309/90 così come modificato dalla L. 21 febbraio 2006 n. 49,, per contrasto con gli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost.”

Viterbo, 04 Febbraio 2013

Avv. Marco Valerio MAZZATOSTA

Dott. Fabrizio CECCARELLI

Dott.ssa Barbara FUBELLI

**01100 Viterbo - Via Papa Giovanni XXI n. 23 - tel./fax 0761 275658
01100 Viterbo - Via Pasubio n. 15 - tel. 0761 325651 fax 0761 290806**

TRIBUNALE PENALE DI VITERBO

- Il giudice

ricorrendo le norme
 di legge non manifestamente infondato la eccezione
 di incostituzionalità sollevata dalle difese, recepita
 in "foto" la motivazione di cui alla sentenza della Corte
 di Appello di Roma in unione con la, che più dove intendersi
 integralmente rispettata e prescritta, per il totale
 convalidazione e che si allega alla presente relazione (all. 1)

P. 2 '01

Visto l'art. 23 L. 11/3/1953 n. 87

solene prescrizione di illegittimità costituzionale dell'art. 4
 del D.L. 272/2005 come modificato dalla legge di
 conversione 29/2006 in relazione all'art.

- 1) Art. 77, 2° comma, Cost. sotto il duplice aspetto della inosservanza
 della norma rispetto allo originario contenuto del
 D.L. e del difetto del requisito d'urgenza.
- 2) 3 Cost.
- 3) 117, comma 1 Cost.

Dispone il presente provvedimento

Mando alla Cancelleria per la trasmissione della
 presente provvedimento alla Corte Costituzionale,
 allo imputato e al P.D., al Presidente del
 Consiglio dei Ministri e ai Presidenti della
 Camera dei Deputati e del Senato della Repub-
 blica.

V. 8/11/2013



9 ALGIUBIO

Dot.ssa Franca Marfisi

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
VITERBO08/11/13
L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
(Manuela Negro)