

L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 del DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23/2016 della Corte costituzionale) *

di Roberto Ravì Pinto, dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Messina

ABSTRACT: Article 73 of the Presidential Decree 309/1990 is the main criminal provision against drugs in the Italian legislation punishing the criminal activities in the field of drugs. However the treatment is different depending on the nature of the drugs: a heavy punishment for hard drugs, lower for soft drugs. The fifth paragraph of Article 73 of Presidential Decree 309/1990 - so-called "*fatto di lieve entità*" (literally: mild entity case) - punishes the same criminal activities of the other paragraphs of Article 73 when the assumptions of the same paragraph fifth occurs with an undifferentiated lower penalty, but without any distinction on the nature of the drugs. This difference between the fifth paragraph of Article 73 of Presidential Decree 309/90 and the others paragraphs of the same Article has generated suspicion of incompatibility between the fifth paragraph of Article 73 of Presidential Decree 309/90 and the Italian Constitution (with particular reference to the Articles 3, 27, third paragraph and 117 of the Constitution.) This short essay is structured as a commentary on the judgment n. 23/2016 of the Italian Constitutional Court, with which the Italian Constitutional Court - called to decide on this issue - said the inadmissibility of the mentioned question of constitutionality.

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 23 del 2016 della Corte cost.: profili introduttivi – 2. Il principio di offensività in materia di stupefacenti – 3. L'art. 73, DPR n. 309 del 1990: evoluzione normativa – 4. L'art. 73, V comma: ragionevolezza estrinseca e disomogeneità intrinseca – 5. L'incidenza della normativa sovranazionale e gli obblighi internazionali dell'Italia – 6. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza n. 23 del 2016 della Corte cost.: profili introduttivi

La Corte costituzionale con la sentenza n. 23 del 2016 è tornata a pronunciarsi sulla disciplina in materia di stupefacenti ed in particolare sulla legittimità costituzionale dell'art. 73, V comma, DPR n. 309/90, nella parte in cui non differenzia il trattamento sanzionatorio tra droghe pesanti e droghe leggere «*conformemente ai parametri anche edittali di cui all'art. 4 della decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 25 ottobre 2004*».

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

La sentenza, con la quale il Giudice delle leggi dichiara l'inammissibilità della questione sollevata, offre una serie di spunti di riflessione inerenti sia a profili di giustizia costituzionale che di diritto penale sostanziale.

In tempi recenti la sentenza della Corte cost. n. 32 del 2014¹, travolgendo l'impianto normativo della legge n. 49 del 2006, ha determinato la riespansione della legge Jervolino-Vassalli, così come risultante dall'abrogazione referendaria del 1993.

Le novelle del 2013 e 2014 intervengono, invece, a ridisciplinare il V comma dell'art 73, modificandone cornice edittale e *nomen iuris*, fino agli interventi citati sempre controverso².

La riespansione della precedente disciplina e gli interventi normativi di recente introduzione hanno dato vita ad una complessa vicenda di diritto intertemporale della cui eco risente anche la sentenza qui considerata, con la quale la Corte ha definito la questione incidentale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in seno ad un giudizio avente ad oggetto la contestazione di fatti verificatisi nel luglio 2010 e sussunti, appunto, nell'alveo dell'art. 73, V comma, DPR n. 309 del 90.

La normativa applicabile alla fattispecie concreta, invero, atteso il *tempus commissi delicti*, sarebbe stata quella riespansa in seguito alla sentenza n. 32 del 2014, ma il giudice rimettente ha ritenuto più favorevole all'imputato, ex art. 2 c.p., la disciplina attuale, dubitando, però, della sua costituzionalità rispetto ad un quadro parametrico articolato e complesso: vengono in rilievo innanzitutto gli artt. 3, comma I e 27, comma III, Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, declinato *ab externo* (irragionevolezza estrinseca) rispetto alle altre parti dell'art. 73, nella misura in cui differenzia il trattamento sanzionatorio delle medesime condotte illecite a seconda che abbiano ad oggetto droghe pesanti e droghe leggere, e *ab interno* (disomogeneità interna) in quanto il V comma prevede un'unica cornice edittale a prescindere dalla natura delle sostanze psicotrope, circostanza questa che non può non riverberarsi in maniera negativa proprio sul finalismo rieducativo ex art. 27, III comma, Cost.

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale viene ravvisato nel mancato recepimento della decisione quadro GAI 2004: rileva il giudice *a quo* che la pena attualmente prevista dal V comma dell'art. 73 non rispetta gli obblighi internazionali avuto riguardo sia al minimo (sei mesi) che al massimo (quattro anni).

Fermandosi in *limine litis*, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione, poiché il *petitum* presuppone una decisione ad alto tasso di manipolatività, con conseguente invasione di campo della discrezionalità del legislatore.

Nella motivazione la Corte, per altro, rileva che – atteso anche il carattere di fattispecie autonoma dell'attuale formulazione dell'art. 73, V comma – un *tertium comparationis* non potrebbe essere rinvenuto nel comma I dello stesso articolo.

Sottolinea, ancora, come sia perfettamente compatibile con il quadro costituzionale la possibilità di individuazione legislativa di una fattispecie generale, all'interno della quale enucleare più sottofattispecie sanzionate con la medesima cornice edittale, spettando poi al giudice l'individuazione della pena da applicare in concreto.

¹ Sulla quale, V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, Nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia, in www.penalecontemporaneo.it

² G. AMATO, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1997, 261 ss.

Infine, in ordine agli obblighi internazionali citati, la Corte costituzionale – recependo il diritto vivente sul punto – ritiene che, secondo il principio del *minimo del massimo*, la decisione quadro individuata quale parametro interposto, non offra una cornice edittale statica, ma al contrario si ponga quale parametro minimo, derogabile *in pejus* dal legislatore.

2. Il principio di offensività in materia di stupefacenti

A questo punto, prima di esaminare gli aspetti maggiormente problematici della sentenza da cui abbiamo preso le mosse, è necessario spendere qualche parola su alcune categorie di ordine generale, partendo innanzitutto dal principio di offensività, i cui riflessi si ripercuotono sul principio del finalismo rieducativo, posto anche alla base del parametro di costituzionalità della questione che ci occupa.

La matrice culturale degli ordinamenti informati al principio personalista impone che il bene giuridico protetto dalla fattispecie penale emerga su un piano pre-giuridico, sociale o culturale che dir si voglia: al legislatore non resta che prendere atto dell'importanza del bene, apprestando, secondo i canoni di proporzione e necessità, la sanzione penale³.

Le ricadute si rinvergono, poi, proprio sul piano del finalismo rieducativo della pena: il percorso di rieducazione ai valori negati con il delitto è tale solo se il reato è posto a presidio e difesa di un bene puntuale, riconosciuto meritevole di tutela già su un piano metagiuridico⁴.

Richiamati in termini estremamente sintetici i corollari del principio di offensività, è di tutta evidenza come nel campo degli stupefacenti il principio in parola si atteggi in modo complesso e spesso anche sfuggente⁵. La giurisprudenza ravvisa il punto di sintesi nella tutela della salute pubblica *ex art. 32 Cost.*, che, in ogni caso, non è da intendersi «*come diritto soggettivo individuale, ma come bene di cui l'individuo è portatore nell'interesse della collettività*»⁶.

È agevole apprezzare come questa soluzione non soddisfi appieno. Invero, proprio la difficoltà di individuare l'esatto bene protetto ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza si siano attestate su posizioni volte a valorizzare la matrice plurioffensiva di questi reati, come tali funzionali alla tutela non soltanto del bene salute, ma anche diretti a soddisfare istanze repressive dei fenomeni criminali strettamente legati alla diffusione e al traffico degli stupefacenti o paternalistiche esigenze di tutela della collettività⁷.

Se si assume, in ogni caso, che il bene protetto dall'art 73, DPR n. 309 del 90 sia la salute, nell'accezione sopra considerata, è innegabile una sorta di schizofrenia normativa del nostro ordinamento – tipica per altro degli ordinamenti improntati al principio del proibizionismo – che vieta la diffusione di alcune sostanze stupefacenti, ma consente quella di alcool e tabacco, che – com'è tristemente noto – incidono in misura almeno eguale sul bene giuridico che il DPR n. 309 del 90 dovrebbe tutelare.

In ogni caso anche il legislatore ha dovuto prendere atto della effettiva percezione del fenomeno, diffusasi nel tessuto sociale e culturale di riferimento, soprattutto in seguito al

³ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 118

⁴ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, 120

⁵ Per una ricostruzione della tematica cfr. A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, 19 ss., sul punto cfr. anche E. LA ROSA, *La coltivazione "domestica" di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1/2016, 199 s.

⁶ Cass. Sez. IV pen., 28 ottobre 2008 - 14 gennaio 2009, n. 1222

⁷ G. INSOLERA, V. MANES, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2012, 4

referendum del 1993: all'esito della consultazione referendaria, infatti, la fattispecie incriminatrice si arresta di fronte alla c.d. area del consumo, considerata, quindi, penalmente irrilevante⁸.

Nella prospettiva tipica dell'offensività, e sulle sue ricadute in termini di finalismo rieducativo, il nodo gordiano in materia è rappresentato, comunque, dalla distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere: alle prime sarebbe imputabile una maggiore potenzialità lesiva del bene tutelato (sebbene a riguardo non vi sia unanimità di vedute nel mondo politico e scientifico)⁹.

Sul piano normativo, in un primo momento, la legge ha differenziato *quoad poenam* le condotte aventi ad oggetto sostanze di differente natura, ma l'intervento del legislatore del 2005 ha sostanzialmente rimescolato le carte, almeno fino alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014.

A questo punto, prima di procedere oltre, è doveroso ripercorrere, sia pure sinteticamente, l'evoluzione legislativa in materia di stupefacenti, avendo particolare riguardo ai profili di nostro interesse.

3. L'art. 73, DPR 309 del 90: cornici edittali nell'evoluzione normativa e natura giuridica del V comma

Le attuali fattispecie incriminatrici in materia di stupefacenti sono il risultato da un lato dell'intervento della Corte Costituzionale del 2014 e dall'altro dalle recenti modifiche del legislatore del 2013 e del 2014.

Il DPR n. 309 del 90 interviene dopo la legge n. 685 del 1975; quest'ultima individuava quale causa di non punibilità, per l'uso strettamente personale, il concetto di modica quantità, categoria, questa, che rilevava, poi, in ordine al differente trattamento sanzionatorio delle condotte penalmente rilevanti, a seconda che avessero ad oggetto quantitativi più o meno modici di sostanze stupefacenti¹⁰.

La difficoltà interpretative intorno alla categoria sopra richiamata condussero il legislatore a intervenire con il DPR citato, nel quale il concetto di modica quantità era sostituito con quello di dose media giornaliera, che, così, diventava il criterio discrezionale per distinguere tra illecito penale e amministrativo¹¹.

All'esito del *referendum* del 1993 venivano sostanzialmente abrogati il divieto dell'uso personale di stupefacenti e il concetto di dose media giornaliera¹².

Questi brevi riferimenti sono necessari, perché la sentenza della Corte costituzionale del 2014 ha comportato la riesplorazione della previgente disciplina successiva proprio all'esito referendario del 1993; disciplina rilevante ai nostri fini perché introduceva un trattamento sanzionatorio differente tra droghe pesanti e leggere.

In particolare, l'art. 73 sanzionava le varie condotte alternative con la reclusione da otto a venti anni e con la multa da cinquanta a cinquecento milioni di lire per le sostanze stupefacenti indicate

⁸ Corte cost. sent. n. 360/1995

⁹ Cfr. P. SOGGIU, *Droga*, Il Libro dell'Anno, 2002 in www.treccani.it; recentemente nella Seduta n. 661 del 25 luglio 2016 alla Camera dei deputati si è tenuta la discussione sulle linee generali della proposta di legge "Disposizioni in materia di legalizzazione della coltivazione, della lavorazione e della vendita della cannabis e dei suoi derivati", il cui dibattito, che ripropone le classiche e divergenti visioni sul tema, è consultabile sul sito www.camera.it

¹⁰ G. AMATO, cit., 104

¹¹ G. AMATO, cit., 107

¹² G. AMATO, cit., 110

nelle tabelle I e III, mentre al IV comma prevedeva la pena della reclusione da due a sei anni e la multa da dieci milioni a centocinquanta milioni di lire per le sostanze contenute nelle tabelle II e IV.

Il quinto comma, invece, introduceva l'attenuante del fatto di lieve entità per i fatti previsti dall'articolo in questione, prevedendo la pena della reclusione da uno a sei anni e della multa da lire cinque milioni a cinquanta milioni per le sostanze di cui alle tabelle I e III e da sei mesi a quattro anni e della multa da lire due milioni a lire venti milioni per le sostanze contenute nelle tabelle II e IV.

La legge n. 49 del 2006, che ha convertito in legge il D.L. n. 272 del 2005, equiparava il trattamento sanzionatorio tra le differenti sostanze, individuando solo due tabelle: la I ricognitiva delle sostanze stupefacenti e la II nella quale venivano indicati i "medicinali".

Per ciò che qui rileva, il novellato art. 73 del DPR n. 309 del 90 al I comma sanzionava le condotte tipiche con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000,00 a euro 260.000,00.

Il V comma prevedeva, invece, una pena della reclusione da uno a sei anni e la multa da euro 3.000,00 a euro 26.000,00.

Lo spartiacque nella disciplina degli stupefacenti è la sentenza n. 32 del 2014 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, I comma, della legge n. 49 del 21 febbraio 2006. Com'è noto, tale dichiarazione di illegittimità ha comportato la riespansione dell'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate, in quanto il vizio di legittimità era un vizio meramente formale e la previgente disciplina non era mai stata validamente abrogata.

Il V comma dell'art. 73 è stato, infine, modificato ulteriormente dal decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 21 del 2014 e infine dalla legge n. 79 del 2014, che ha convertito con modificazioni il D.L. 36 del 2014: con queste due novelle è stato equiparato il trattamento sanzionatorio tra droghe pesanti e leggere e la cornice edittale è stata portata dapprima da uno a cinque anni ed infine da sei mesi a quattro anni.

La cornice edittale meno gravosa implica che non potrà essere applicata la misura cautelare in carcere e che l'arresto facoltativo sarà possibile solo in caso di flagranza.

Ai fini di una maggiore schematizzazione è possibile riassumere i dati sopra richiamati in una tabella sinottica.

	Art. 73, I comma	Art. 73, IV comma	Art. 73, V comma	Art. 73, V comma
DPR n. 309/90 dopo il referendum del 1993	reclusione da otto a venti anni e multa da lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni per le sostanze stupefacenti indicate nelle tabelle I e III (*)	reclusione da due a sei anni e multa da dieci milioni a lire centocinquanta milioni per le sostanze contenute nelle tabelle II e IV (**)	reclusione da uno a sei anni e multa da lire cinque milioni a cinquanta milioni per le sostanze di cui alle tabelle I e III	reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da lire due milioni a lire venti milioni per le sostanze contenute nelle tabelle II e IV
legge n. 49 del 2006	reclusione da sei a venti anni e multa da euro 26.000 a euro 260.000		reclusione da uno a sei anni e multa da euro 3.000 a euro 26.000.	

decreto legge n. 146 del 2013 convertito dalla legge n. 10 del 21.02.2014			reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 3.000 a euro 26.000	
sentenza n. 32/2014 riespansione della disciplina anteriore alla l. 49 del 2006	*	**		
D.L. 36/2014 convertito dalla legge n. 79/2014	*	**	reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da euro 1000 a 15000	

Come si evince dalla sintetica ricognizione sopra delineata, il DPR n. 309 del 90 ha subito nel corso degli ultimi 25 anni rimaneggiamenti di varia natura, con l'ovvia conseguenza che la disciplina attualmente vigente è la risultante di un complesso di interventi legislativi e giurisprudenziali che rendono arduo il compito dell'interprete e dell'operatore del diritto.

In particolare le ultime novelle legislative che hanno interessato il V comma sono poste al cuore della questione di costituzionalità qui esaminata.

Non è di secondaria importanza soffermarci su quest'ultima disposizione ed in particolare su un tema che da sempre ha sollevato perplessità e dibattiti: la natura giuridica del V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90 prima degli interventi del 2013 e del 2014.

Qualificare il fatto di lieve entità come reato autonomo non era, infatti, privo di conseguenze: avrebbe comportato da un lato la sua sottrazione ad un ipotetico giudizio di bilanciamento con altre circostanze aggravanti e dall'altro, particolare di non secondaria importanza dopo l'entrata in vigore della *ex Cirielli*, un termine prescrizione di sei anni (sette anni e mezzo in presenza di fatti interruttivi). In ultimo, avrebbe attratto il reato nella competenza del Tribunale ai sensi dell'art. 4 c.p.p.

La tesi secondo la quale alla disposizione citata andava riconosciuta natura di fattispecie autonoma si fondava su alcuni indicatori di carattere testuale: ad esempio il richiamo dell'art. 90, I comma, in materia di sospensione della pena detentiva ai reati previsti dall'art. 73, V comma¹³.

La prevalente opzione ermeneutica, tuttavia, riconosceva al V comma natura di circostanza attenuante ad effetto speciale, perché l'obiettività giuridica della norma e la sua struttura non risultavano modificate dagli elementi dai quali desumere la minore offensività della condotta, che nella sua tipicità richiamava quella dei precedenti quattro commi dell'articolo¹⁴.

Il decreto legge n. 146 del 2013 segna, però, una svolta normativa sul punto, recepitata a stretto giro dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale infatti ha ravvisato nella novella una modifica del *nomen iuris* della disposizione citata, qualificandola come fattispecie autonoma; ciò si ricava innanzitutto dalla rubrica dell'art. 2, lett. a) del decreto legge citato, "Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità"; in secondo luogo

¹³ G. AMATO, cit., 262

¹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 12 settembre 1991, n. 9148

dall'introduzione della clausola di sussidiarietà (salvo che il fatto non costituisca più grave reato), nonché dalla modifica di altri elementi di fattispecie¹⁵.

Attualmente, quindi, il V comma dell'art. 73 si configura quale fattispecie autonoma, con le immediate ricadute sul piano sostanziale e processuale sopra richiamate.

Dal punto di vista strutturale il rapporto tra le fattispecie comuni dell'art. 73 e il V comma del medesimo articolo è di specialità per aggiunta; gli elementi specializzanti, infatti, nell'attuale formulazione sono essenzialmente due: la minore offensività riconosciuta al fatto di lieve entità, secondo i criteri enucleati dalla disposizione, e, secondariamente, la sua applicabilità a prescindere dalla natura della sostanza.

Occorre però sottolineare che il bene giuridico protetto è identico, così come identiche sono le condotte alternative tipiche, ciò comporta che – volendo ragionare *ab absurdo*, perché si tratterebbe in ogni caso di una inammissibile pronuncia *in malam partem* – laddove il quinto comma fosse dichiarato incostituzionale *tout court* non si verificherebbe un vuoto di tutela, ma una riespansione dei commi precedenti anche sul fatto di lieve entità.

Ciò che, in ogni caso, rileva è la distinzione – ora anche normativa – tra la fattispecie di cui al I e al V comma, i quali si atteggiavano, quindi, come fattispecie incriminatrici ontologicamente distinte e separate.

4. L'art. 73, V comma: ragionevolezza estrinseca e disomogeneità intrinseca

Ricostruiti per sommi capi i profili di disciplina di nostro interesse, è ora possibile volgere il nostro sguardo alla sentenza da cui abbiamo preso le mosse.

La questione di costituzionalità vagliata dalla Corte si incentra fondamentalmente su due nuclei argomentativi: l'elevato tasso di manipolatività del *petitum* e, nel merito, il sindacato di ragionevolezza sull'art. 73, V comma, DPR n. 309 del 90, sia rispetto alla fattispecie base di cui al I e IV comma del medesimo articolo (irragionevolezza estrinseca), sia rispetto a... sé stesso (disomogeneità interna), atteso che nella norma sono enucleabili più fattispecie incriminatrici (a seconda della natura della sostanza oggetto di reato). Ulteriore profilo, accessorio rispetto ai primi due, è quello del contrasto della disciplina in oggetto con la normativa di carattere sovranazionale – la decisione quadro GAI del 2004 – quale norma interposta *ex art.* 117 Cost. e con l'art. 49 della Carta di Nizza. Anticipando sin d'ora quanto si specificherà meglio nelle conclusioni, si può affermare che, sulla base dei principi consolidati inerenti al sindacato di ragionevolezza in materia penale, la soluzione adottata dalla Corte appare l'unica sostenibile. Tuttavia, maggiori perplessità suscitano le linee argomentative seguite dalla Corte, che soprattutto in alcuni passaggi non riescono a supportare pienamente la coerenza sistematica della norma della cui costituzionalità si è dubitato rispetto allo statuto assiologico che la Costituzione riserva alla materia penale.

Senza voler in questa sede ripercorrere i vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul sindacato di ragionevolezza, è, però, necessario richiamare alcuni profili di ordine generale¹⁶.

Tale scrutinio di compatibilità interviene quando non è possibile confrontare in via immediata la legge con ciò che il testo costituzionale prevede¹⁷.

¹⁵ «L'originaria descrizione del nucleo caratterizzante la fattispecie materiale, è stata inserita tra due proposizioni e cioè “chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo” ed “è punito con le pene”, quest'ultima destinata a sostituire la precedente formula “si applicano le pene”» Cass. Pen., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 7363

¹⁶ A riguardo cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 155 ss.

¹⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, 244

Alla base del sindacato di ragionevolezza è posto l'art. 3, comma I, della Costituzione¹⁸, il quale rappresenta il vertice di un ideale triangolo equilatero, ai cui vertici inferiori vanno collocate la norma della cui costituzionalità si dubita e l'ulteriore norma che funge da *tertium comparationis*, il quale a sua volta deve presentare il carattere della omogeneità, rispetto alla norma sindacata¹⁹.

Secondo autorevole dottrina, per altro, lo schema ternario sarebbe uno schema quaternario, in quanto, il confronto tra il *tertium comparationis* e la norma oggetto di giudizio ex art. 3 andrebbe «condotto non solo e non tanto alla stregua del principio di eguaglianza, quanto piuttosto ad un altro valore costituzionale (di tipo sostanziale), che si accompagna al primo e si prospetta come il cuore del problema di costituzionalità»²⁰.

Quest'ultima considerazione tornerà utile nel prosieguo, nel momento in cui vedremo come il valore, sotteso alla questione di nostro interesse, che si affianca all'art. 3 Cost., è il principio ex art. 27, III comma, Cost.

Il sindacato di ragionevolezza in materia penale si è sempre contraddistinto per una maggiore rilevanza del limite che la stessa Corte incontra nella discrezionalità del legislatore, soprattutto, in termini di individuazione della cornice edittale²¹.

Occorre anche ricordare che la valutazione secondo lo schema triadico non è propria del solo controllo di ragionevolezza. Infatti, secondo la dottrina, accanto al vizio di irragionevolezza si può affiancare, da un lato, un vizio di irrazionalità, anch'esso da valutarsi tramite il confronto con un *tertium comparationis*, e, dall'altro, un vizio di mera ingiustizia, che, invece, prescinde da una norma terza di riferimento²².

Le brevi digressioni sopra richiamate appaiono utili per analizzare l'argomentazione della Corte in punto di ragionevolezza; il *thema decidendum*, infatti, si articola intorno ad un duplice profilo di *incompatibilità costituzionale*: irragionevolezza esterna rispetto agli altri commi dell'art. 73 e disomogeneità interna al medesimo art. 73, V comma.

Entrambi i profili vengono risolti in punto di ragionevolezza, tuttavia nella categoria in parola vengono spesso ricomprese ipotesi eterogenee rispetto alle quali il linguaggio della Corte cost. non sempre è stato univoco²³. Nel caso di specie, probabilmente, quella che in sentenza viene definita irragionevolezza estrinseca è assimilabile ad un'ipotesi di irrazionalità, mentre, pur con tutte le difficoltà teoriche in cui incorre tale concetto, con riferimento alla c.d. disomogeneità interna si potrebbe, forse, parlare di mera "ingiustizia".

In materia penale – *quoad poenam* –, del resto, la Corte è stata sempre chiara su un punto: qualunque intervento manipolativo non può invadere la sfera del legislatore che è il solo a poter

¹⁸ «La problematica posta dal principio di eguaglianza finisce per risolversi nell'identificazione degli elementi in rapporto ai quali si deve parificare o diversificare il trattamento normativo. [...] la *ratio* delle diverse disposizioni, e dunque l'interesse per la cui tutela le stesse disposizioni legislative sono immesse nell'ordinamento, che si configura come il profilo in relazione al quale il principio di eguaglianza richiede al legislatore di parificare (ovvero diversificare) la disciplina legislativa»: L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 55 s.

¹⁹ «In buona sostanza essa deve essere norma che, accomunata dal riferimento a fattispecie che sollevano lo stesso problema di interessi cui intende rispondere la norma di dubbia conformità a Costituzione»: L. D'ANDREA, cit., 73 s.

²⁰ L. D'ANDREA, cit., 74

²¹ Orientamento ribadito dalla Corte nella sent. n. 68 del 2012.

²² G. ZAGRELBESKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 193 ss.

²³ A. RUGGERI- A. SPADARO, cit., 123

operare scelte inerenti alla necessità della sanzione penale e alla proporzionalità della pena rispetto alla gravità dell'offesa attuale o potenziale individuata dalla fattispecie incriminatrice²⁴.

I precedenti in cui la Corte è intervenuta con operazione di ortopedia normativa sono infatti rarissimi e il più emblematico è quello dell'oltraggio a pubblico ufficiale dove la sanzione penale è stata ritagliata su quella di un reato omogeneo per bene protetto e tipicità: quello dell'ingiuria²⁵; viceversa senza un termine di paragone definito, la Corte invaderebbe una sfera funzionale che non le appartiene con evidente violazione dei principi costituzionali in materia penale.

Alla luce dei principi appena richiamati, il V comma dell'art. 73 non può essere comparato con i commi I e IV del medesimo articolo; ciò, tuttavia, non esclude che dal confronto tra le disposizioni citate non possano essere tratti quegli elementi che rappresentano l'antecedente logico e assiologico di ogni comparazione in termini di ragionevolezza: l'interesse protetto e la proporzione²⁶.

Alla luce di quanto detto, appare sicuramente contraddittorio che, mentre l'art. 73, nelle disposizioni di maggior rigore, differenzia il trattamento sanzionatorio tra droghe pesanti e droghe leggere, il caso di lieve entità preveda, a prescindere dal tipo di sostanza, un'unica cornice edittale.

Invero, non convince appieno l'*obiter dictum* secondo cui proprio la natura di fattispecie autonoma riconosciuta all'art. 73, V comma, escluderebbe in particolare l'«*esigenza di mantenere una simmetria sanzionatoria tra fatti di lieve entità e quelli non lievi*», impedendo un qualsivoglia tipo di confronto: al contrario, la comparazione tra due norme identiche quanto a interesse protetto e tipicità del fatto dovrebbe essere consentita e, laddove effettuata, già su un piano logico formale, dovrebbe far accendere la spia – se non di una irragionevolezza in senso proprio – quanto meno di una contraddizione interna dell'ordinamento e, quindi, di una irrazionalità della norma medesima.

Quest'aspetto appare maggiormente rilevante se allo schema triadico sostituiamo lo schema quaternario: in questo caso, infatti, il valore costituzionale, che rimane sullo sfondo e che va a collocarsi nella quarta casella del controllo di ragionevolezza, è l'art. 27, III comma, Cost., che rappresenta la vera pietra angolare nelle valutazioni di compatibilità delle fattispecie incriminatrici con la griglia assiologica in cui la Costituzione inquadra il diritto penale²⁷.

In altri termini, se il controllo triadico ci dà un'informazione di tipo logico-formale (il mero contrasto rispetto all'uguaglianza formale), il controllo quaternario squarcia il velo del mero formalismo, consentendo all'interprete di addentrarsi nell'impervio territorio dei valori²⁸.

Nel caso di specie, la mancata differenziazione della sanzione in ordine a condotte identiche – sebbene connotate da una minore offensività – non può non collidere con il finalismo rieducativo della pena.

Per concludere sul punto, quindi, la c.d. disomogeneità esterna dell'art. 73, V comma, con l'art. 73, I e IV comma, pur non configurando un vizio di irragionevolezza in senso stretto – atteso che un

²⁴ Sui rapporti tra discrezionalità del legislatore e «fondazione costituzionale dell'illecito penale» cfr. V. MANES (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale), quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese* in www.cortecostituzionale.it

²⁵ Invero, nel precedente richiamato, le valutazioni inerenti all'incostituzionalità della norma citata trovano fondamento nella manifesta irragionevolezza della norma rispetto ad una mutata percezione sociale del bene protetto: l'ancoraggio al dato positivo del reato di ingiuria appare più una giustificazione *ex post* che non il vero nucleo argomentativo della decisione.

²⁶ L. D'ANDREA, cit., 19

²⁷ Sul rapporto tra controllo di ragionevolezza e finalismo rieducativo G. FIANDACA, *Gli scopi della pena nella giurisprudenza costituzionale* in AA. VV., *Costituzione e ordinamento giuridico. Atti del Convegno per il decennio della Facoltà di Giurisprudenza (Foggia, 24-25 novembre 2006)*, a cura di S. Lorusso, Milano, 2009, 184

²⁸ Cfr. L. D'ANDREA, cit., 203 ss.

tertium comparationis, quoad poenam, non è ravvisabile nell'ordinamento –, non si salva sotto il profilo dell' irrazionalità, soprattutto ove lo si confronti con l'art. 27, III comma, Cost.

Il finalismo rieducativo si presenta nella sua dirompente *eccedenza assiologica* ove l'analisi – a prescindere dal raffronto con gli altri commi dell'art. 73 – si volga ai soli profili di contraddizione interni al V comma. La Corte – sempre nell'alveo di principi consolidati – ribadisce, infatti, che, nel caso di fattispecie dalla quale sono enucleabili più sottofattispecie (come nel caso *de quo*, nel quale ogni condotta alternativa presenta una sua ontologica autonomia laddove sia riferita alla diversa natura delle sostanze), il legislatore può individuare un'unica cornice edittale all'interno della quale il giudice di merito si muove secondo i paramentri previsti dall'art. 133 c.p.; ma in questo caso la *ratio* dell'art. 27, III comma mette in luce come questa facoltà del legislatore vada usata in modo oculato.

Ora, ben potrebbe accadere che, a parità di condotte, ma non anche di sostanze, due giudici diversi applichino la medesima pena: in questo caso non si potrebbe in alcun modo disconoscere una sorta di corto circuito dell'ordinamento, che di fronte a condotte connotate da diverso disvalore richiede il medesimo percorso rieducativo.

Gli interventi del legislatore del 2013 e del 2014, per altro, sembra vogliano segnare un punto di rottura rispetto alla valutazione politica effettuata con il DPR n. 309 del 90, senza che tale cambio di rotta possa ritenersi giustificato da una mutata percezione sociale del fenomeno o da nuove acquisizioni sul piano tecnico-scientifico.

Invero, un profilo di ingiustizia dell'attuale disciplina, in questa prospettiva, non può essere assolutamente negato.

5. L'incidenza della normativa sovranazionale e gli obblighi internazionali dell'Italia

L'ulteriore profilo da analizzare, quello inerente all'incidenza delle fonti sovranazionali, è strettamente connesso con la natura altamente manipolatoria del *petitum* richiesto alla Corte: come meglio vedremo *infra*, è proprio ancorandosi ad una norma della decisione quadro 2004/757/GAI del consiglio del 25 ottobre 2004 riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti che il giudice *a quo* ritiene di indicare alla Corte il parametro decisivo per dirimere la questione.

In realtà l'interpretazione della fonte internazionale sopra citata presenta profili di maggiore complessità e nel diritto vivente è stata interpretata in maniera difforme dall'interpretazione offerta dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria.

L'obbligo gravante sugli Stati – secondo la decisione quadro sopra richiamata – è quello di attuare una serie di misure minime volte ad armonizzare le varie discipline nazionali all'interno dello spazio comune.

Interessanti, però, ne appaiono i *considerata*: innanzitutto, sul piano dell'offensività, si rileva come le fattispecie incriminatrici volte a contrastare le condotte inerenti al traffico degli stupefacenti siano poste a presidio di interessi di diversa natura.

In secondo luogo, si afferma che *per stabilire l'entità della pena si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti*²⁹.

L'art. 2 tipizza tutta una serie di condotte che specificano il termine onnicomprensivo di traffico degli stupefacenti che ritroviamo nella rubrica.

²⁹ Cfr. G. INSOLERA, V. MANES, cit., 5

L'art. 4 individua poi le sanzioni cui le condotte illecite precedentemente descritte devono essere sottoposte ad una pena base per le condotte di cui all'art. 2, compresa tra almento 1 e 3 anni, mentre nei commi successivi indica le sanzioni minime cui dovrebbero essere sottoposte le medesime condotte laddove si manifestino con maggiore gravità, secondo i criteri indicati dall'articolo medesimo. Se ne deduce quindi che, qualora le condotte siano latrici di una minore offensività, la pena minima dovrebbe essere ricompresa tra almeno 1 e 3 anni³⁰.

Il giudice *a quo*, invece, nella sua ordinanza, ha ritenuto che i parametri sopra delineati potessero essere utilizzati quali termini di riferimento dalla stessa Corte costituzionale per ritagliare una cornice edittale nei limiti inerenti alla minore offensività delle condotte aventi ad oggetto le c.d. droghe leggere.

La Corte costituzionale non ritiene il richiamo di apprezzabile rilievo, in quanto – secondo il diritto vivente – la disposizione citata va letta secondo il principio del minimo del massimo, che consente al legislatore di derogarvi *in pejus*³¹.

L'assunto motivazionale appena richiamato, condivisibile, non dirime, però, i dubbi circa la compatibilità del V comma dell'art. 73 rispetto alla normativa sovranazionale richiamata: ciò, in ogni caso, avrebbe rilievo sul piano degli obblighi attuativi dello Stato e non certo all'interno del giudizio incidentale.

I limiti edittali, estrapolati dal giudice *a quo* dalla normativa citata, non potrebbero comunque rappresentare quel parametro necessitato tale da consentire alla Corte di intervenire sulla cornice edittale dell'art. 73, V comma; un simile intervento avrebbe avuto effetti *in malam partem* in quanto avrebbe sì ridotto la cornice edittale nel massimo, ma nel contempo l'avrebbe aumentata nel minimo.

Anche in questo caso quindi la Corte si è mossa su binari predefiniti, con coerenza e rigore, ma sul piano assiologico-sostanziale qualche dubbio residua.

La decisione citata, infatti, fa esplicito riferimento a fatti di minore gravità che vanno sanzionati con pena compresa tra almeno 1 e 3 anni. Ora il legislatore avrebbe potuto adeguandosi alla disciplina in parola ritagliare per le droghe leggere – nell'ambito della fattispecie del V comma – una cornice edittale di questo tipo, derogando *in pejus* per sostanze latrici di maggiore disvalore sociale.

Sono, queste, considerazioni *de jure condendo*, che, però, danno il segno di una disciplina non armonica rispetto ai presupposti di partenza (sia di natura normativa, che sociale e scientifica).

6. Considerazioni conclusive sulla sentenza n. 23 del 2016

Qui giunti, non resta che trarre qualche breve conclusione.

La sentenza oggetto di analisi appare condivisibile sotto il profilo formale: il dispositivo di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, infatti, si inserisce nell'alveo di principi consolidati in materia. La motivazione, però, non convince fino in fondo. Nella sostanza, infatti, la Corte salva *tout court* una disciplina quantomeno incoerente. L'impressione, in altre parole, è che la

³⁰ G. INSOLERA, V. MANES, cit., 78 s.

³¹ *Ex plurimis* Cass. Pen. Sez. III, 30 agosto 2012, n. 33512

Corte abbia ricercato una giustificazione retorica volta a (ri)legittimare l'attuale formulazione della disposizione³², piuttosto che ad esaminarne la compatibilità con la griglia assiologica di riferimento.

A tal riguardo occorre evidenziare che, sempre nell'ambito di un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, la Corte avrebbe potuto seguire almeno altre due strade.

Innanzitutto, il Giudice delle leggi avrebbe potuto offrire una soluzione esattamente antitetica a quella fornita; avuto riguardo, cioè, all'evoluzione normativa sopra richiamata, alla controversa individuazione del bene giuridico protetto dalla disciplina in parola, nonché alla percezione sociale della diversa portata lesiva delle sostanze psicotrope di diversa natura, avrebbe potuto accogliere i rilievi del giudice *a quo* pronunciando una sentenza di inammissibilità con monito, in modo tale da indurre il legislatore a rendere il V comma dell'art. 73, DPR n. 309 del 90 coerente con le altre parti del medesimo articolo e, *a fortiori*, compatibile con il principio del finalismo rieducativo della pena più volte sopra richiamato.

In alternativa, la Consulta avrebbe, anche, potuto astenersi da valutazioni di merito di qualunque tipo, fatta eccezione per quelle strettamente necessarie a giustificare la pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, mantenendo così un'effettiva equidistanza dalle contrapposte visioni che si dibattono il campo *politico* nella materia *de qua*.

In ogni caso, le vicende relative alla disciplina in parola, e in particolare quelle attinenti al V comma dell'art. 73, DPR n. 309 del 90, dovrebbero indurci a riflettere su un punto: si assiste ormai ad un uso del diritto penale connotato da interventi occasionali, slegati da una visione organica, volti più ad intercettare il consenso che a creare un sistema coerente di norme. In un simile contesto, il ruolo della Corte costituzionale è, se possibile, ancor più importante e delicato, in quanto – rispetto ad interventi normativi che appaiono sempre più episodici e contingenti – rappresenta l'ultimo presidio della coerenza ordinamentale e in ultimo dei principi posti a garanzia della libertà del cittadino.

³² Sulla funzione della motivazione delle sentenze della Corte Cost. cfr. A. SAITTA, *Logica e retorica nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 307 ss.