

GIUDICE DELL'UDIENZA PRELIMINARE

QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Oggetto del sindacato di costituzionalità:

Comma 24 ter, lett. a), dell'art. 1, recante "Modificazioni al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309",
del D.L. 20 marzo 2014, n. 36 (in Gazz. Uff., 21 marzo 2014, n. 67),
come modificato in sede di conversione dalla L. 16 maggio 2014 n. 79, che propone una modifica dell'art. 73 del predetto D.P.R.

Parametro del giudizio:

art 3 Cost. E art.117, 1° comma, Cost. in riferimento alla decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25.10.2004 che pretende dai legislatori "*pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive*" (art. 4), e art. 49, 3° paragrafo, Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.

A seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 4 bis e 4 vicies ter del D.L. 272/2005, come modificato dalla L. 49/2006 - illegittimità accertata per violazione formale dei principi in materia di decretazione d'urgenza - il legislatore è intervenuto a tentare la sistemazione della materia nel seguente modo:

A) D.L. 20 marzo 2014, n. 36 (in Gazz. Uff., 21 marzo 2014, n. 67) finalizzato al ripristino delle tabelle differenziate ed all'aggiornamento delle stesse

B) L. 16 maggio 2014 n. 79, legge di conversione del D.L. predetto.

Si premette che l'intervento del legislatore proposto in sede di conversione del Decreto Legge num. 36 presenta criticità analoghe a quelle che mostrava il D.L. 272/2005, dopo il passaggio alle Camere per la conversione (L. 49/2006).

Non occorre ricordare altro se non che la Corte Costituzionale ha ribadito che tra il Decreto Legge e la Legge di conversione

deve sussistere un legame funzionale manifestato dalla omogeneità ed intrinseca coerenza dei due testi.

Considerato che anche in quest'occasione il legislatore ha dato prova di non prendere sul serio i principi in materia di decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.), si segnala che è stata agganciata una disposizione "a regime" all'oggetto squisitamente tabellare del decreto legge, pur in una situazione di coerenza materiale.

Dopo il gran parlare in ordine alla sentenza costituzionale, si rinvia, per snellezza, agli insegnamenti riaffermati dalla Consulta nella sentenza 32/2014.

Al tempo stesso si ricordano i ripetitivi moniti rivolti al Parlamento e Governo da parte del Capo dello Stato in ordine alle condizioni di legittimità della decretazione d'urgenza.

Premesso quindi che la crisi di illegittimità del comma **24 ter, lett. a), dell'art. 1 del D.L. 20 marzo 2014, n. 36**, come modificato in sede di conversione dalla L. 16 maggio 2014 n. 79, parte dal dato formale (violazione dei principi in materia di decretazione d'urgenza), lo scrivente difensore segnala invero un altro profilo che comporta la necessità di un vaglio di costituzionalità.

L'art. 1, comma 24 ter, lettera a), D.L. 20 marzo 2014, n. 36 (in Gazz. Uff., 21 marzo 2014, n. 67), come modificato in sede di conversione dalla L. 16 maggio 2014 n. 79, **sostituisce il comma 5° dell'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309**, già modificato dal D.L. 23 dicembre 2013, n.146 con la seguente formulazione:

"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei

mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329”.

Lo scrivente difensore lamenta la illegittimità della disposizione menzionata per **violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., e comunque per contrasto con obblighi di natura comunitaria discendenti dal 1° comma dell’art. 117 Cost.** Sebbene i due profili di dubbia legittimità siano profondamente connessi, lo scrivente promette di esporli l’uno di seguito all’altro.

PRIMA QUESTIONE

La disposizione censurata (art. 1, comma 24 ter, lett. a), D.L. 20 marzo 2014, n. 36) **si espone ad una irragionevolezza manifesta nella parte in cui smonta la distinzione tra “droghe pesanti” e “droghe leggere”.**

Preliminarmente è d’obbligo ricordare che la distinzione tra sostanze pesanti e leggere, riflessa nel dato normativo sino alle soglie del 2006, veniva sorpassata dagli artt. 4 bis e 4 vicies ter del D.L. 272/2005, introdotti con la L. 49/2006, per effetto della totale equiparazione sanzionatoria.

La sentenza 32/2014 della Corte Costituzionale ha asportato dall’ordinamento quella legge illegittima (art. 77, 2° comma, Cost.) e reintrodotta la classificazione in parola, restituendo dignità giuridica – oltre che scientifica – alla distinzione.

Al punto 4.4. della sentenza citata la Consulta descrive l’operazione legislativa del 2006 come *“una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio, il fulcro della quale è costituito dalla **parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette “pesanti” e di quelli aventi ad oggetto le droghe cosiddette “leggere”, fattispecie differenziate invece dalla precedente disciplina. Una tale penetrante e***

incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.”.

Il Giudice delle Leggi conferma la validità alla distinzione ed ha specificato che la parificazione sanzionatoria coinvolge *“delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica”* che richiedono un adeguato dibattito parlamentare, da svolgersi nelle ordinarie procedure di formazione della legge.

La differenziazione sanzionatoria prevista per fatti connessi a “droghe pesanti” e a “droghe leggere” ha oggi valenza costituzionale.

Dunque, l’eliminazione della differenziazione praticata dall’art. 1, comma 24 ter, lett. a), D.L. 36/2014 risulta operazione illegittima. Essa risulta *a fortiori* **incostituzionale se si considera che il legislatore ha soppresso la distinzione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere solo per il fatto lieve, a fronte della permanente diversificazione per il reato più grave.**

Infatti, in ordine al reato di cui all’art. 73, 1° comma, D.P.R. 309/1990, l’ordinamento reagisce con pene differenziate, di contro il contenuto del **5° comma svaluta la tipologia di stupefacente ed assegna un trattamento sanzionatorio ingiustificatamente parificato per condotte che veicolano disvalori diversi.**

SECONDA QUESTIONE

Come anticipato, la stessa disposizione (**art. 1, comma 24 ter, lett. a), D.L. 20 marzo 2014, n. 36**) è attraversata da un altro profilo di incostituzionalità, questione peraltro non nuova poiché già sollevata rispetto agli artt. 4 bis e 4 vicies ter del D.L. 272/2005.

Si lamenta ancora una volta la **violazione dell’art. 117, 1° comma, Cost. per mancata attuazione dell’art. 4 della**

Decisione Quadro 2004/757/GAI (tutt'ora in vigore per effetto degli artt. 9 e 10 Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona) che chiede ai legislatori nazionali "*pene detentive effettive, **proporzionate** e dissuasive*", indicando in modo specifico, fin dalla formulazione del considerando n. 5, la direzione della proporzionalità.

Preliminarmente, non si può tacere che la **Corte Costituzionale** in un passo¹ della sentenza già menzionata, numero 32/2014, al fine di scongiurare l'*horror vacui*, afferma la necessità di ritornare alla normativa previgente in virtù degli **obblighi di criminalizzazione comunitari rintracciati proprio nella decisione quadro 2004/757/GAI**.

Pertanto, è la stessa Consulta a riconoscere alla decisione quadro lo *status* di **parametro interposto di costituzionalità**.

Le disposizioni ivi previste costituiscono esempio di **parametro di costituzionalità** in quanto al legislatore nazionale è richiesta una produzione legislativa conforme alle disposizioni contenute nel testo della decisione quadro ai sensi dell'art. 117,1° comma, Cost.. Detto parametro si definisce "**interposto**" in quanto riproduce strumento normativo sovranazionale (fonte-fatto), recuperato nella vincolatività per tramite dell'art. 117, 1° comma.

Le disposizioni raccolte nella decisione quadro, sono, atteso il chiaro tenore dell'art. 34, 2° comma, lett. b), Trattato sull'Unione Europea (versione antecedente al 01.12.2009), "**vincolanti** per gli Stati membri quanto al risultato da

¹ "È appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost."

ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi”, pur essendo prive di efficacia diretta.

A ciò è il caso di aggiungere che **la vincolatività** delle disposizioni della decisione quadro (in specie della **decisione quadro 2004/757/GAI**) si **manifesta in più direzioni.**

-Si prevede in capo alle Autorità Giudiziarie **l’obbligo di interpretare il diritto interno in modo comunitariamente conforme** quando sia reso possibile dal tenore letterale delle disposizioni nazionali (CGUE, 16.06.2005, C-105, Pupino).

-Per risolvere antinomie non componibili nell’interpretazione, la disposizione comunitaria quando è priva di effetto diretto (qual è sempre la **decisione quadro GAI** per espressa volontà dell’art. 34 TUE ante Lisbona) **integra il disposto dell’art. 117, 1° comma, Cost.**, inserendosi nel discorso costituzionale al pari di **parametro interposto.**

-Inoltre, la vincolatività della decisione quadro comporta, **l’insorgenza in capo allo Stato** che sia rimasto inadempiente rispetto agli obblighi comunitari di una **responsabilità** nei confronti del cittadino danneggiato dalla violazione del diritto comunitario (CGUE, 05.03.1996, C-46, Brasserie du pecheur SA).

Tanto premesso in ordine generale, **le disposizioni della decisione quadro 757 GAI** - come anticipato - **prevedono pene differenziate per gli stupefacenti più dannosi per la salute.**

Si riporta il testo dell'art. 4 della decisione quadro.

*“1. Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui agli articoli 2 e 3 siano soggetti a **pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive.***

Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni.

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. (...)".

Considerata la differenziazione avallata dalla Consulta tra droghe pesanti e leggere, atteso che la legislazione comunitaria riconosce l'esistenza di stupefacenti "*più dannosi per la salute*", a parere di chi scrive, la reintrodotta equiparazione delle sanzioni per il fatto di lieve entità è costituzionalmente illegittima, tanto da esporre lo Stato ad ipotesi di risarcimento del danno da parte del cittadino danneggiato dall'inadempimento comunitario.

Nell'adozione di un provvedimento che non corrisponde agli obiettivi denunciati in sede comunitaria, né alle indicazioni della Corte Costituzionale che fa distinzione tra droghe pesanti e leggere, è stato violato - ed in modo palese - il principio di ragionevolezza nonché l'impegno di leale cooperazione, che dovrebbe governare il rapporto tra gli Stati membri e l'Unione.

Peraltro la stessa violazione dell'art. 117 Cost. si propone per altro verso -in punto di proporzionalità - in relazione all'art. 49, 3° paragrafo, CDFUE, là dove pretende che "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

L'esempio di proporzionalità predisposto a livello comunitario offre risposte sanzionatorie differenziate a seconda del grado di offensività dalla condotta incriminata, della **tipologia di stupefacente valutata in relazione al danno alla salute** che provoca.

Il profilo di illegittimità costituzionale che il presente difensore espone in questa sede riguarda la violazione della c.d.

proporzionalità formale che “*evoca uno schema tipico di razionalità formale*”².

La scala di pene predisposta dal Legislatore per le condotte non lievi, che distingue le sanzioni per droghe pesanti e per quelle leggere, è il *tertium comparationis* che segnala la violazione del principio di proporzionalità nella disposizione di cui all’art. 1, comma 24 ter, lett. a) D.L. 36/2014.

Trento, 08.07.2014

- Avv. Fabio Valcanover -

² Sotis Carlo, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione Europea dopo Lisbona*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 1/2012, pagg. 111-122.