

**CORTE DI APPELLO DI LECCE**

**Sezione Unica Penale**

**ORDINANZA**

*art. 23 legge cost. 11 marzo 1953 n. 87*

La Corte di Appello di Lecce, Sezione Unica Penale, composta dai Magistrati:

Dott.ssa Teresa LIUNI – Presidente;

Dott. Francesco CACUCCI – Consigliere rel.;

Dott.ssa Adriana ALMIENTO – Consigliere;

letti gli atti del procedimento in epigrafe indicato nei confronti di

difeso di fiducia dall'Avv. L.

Massari;

letta la memoria depositata dall'Avv. Ladislao Massari;

sentite le parti all'udienza del 2.10.2024;

*o s s e r v a*

Premesso in fatto.

Con sentenza del 9.7.2019, resa all'esito di giudizio abbreviato, il Giudice dell'Udienza preliminare del Tribunale di Lecce ha condannato alla pena di anni venti di reclusione in relazione ai delitti di cui agli artt. 74, commi 1°, 2°, 3° e 4° DPR 309/90 (Capo G), nonché 81 e 110 c.p., 73 DPR 309/90 (Capo G27); in particolare, l'è stato ritenuto responsabile, in qualità di "promotore" e "dirigente", di un'associazione a delinquere finalizzata a commettere più delitti tra quelli previsti dall'art. 73 DPR 309/90, "anche mediante disponibilità di armi, associazione costituita da più di dieci persone", operante

nella provincia di Lecce dal giugno 2015, “con permanenza”; in relazione al suddetto procedimento l’  
si trova in stato di libertà.

Avverso la sentenza ha proposto rituale appello il difensore dell’  
con richiesta, in via principale, di assoluzione, ed in subordine: di esclusione della qualifica di “capo-promotore”; di qualificazione della condotta nella fattispecie di cui al comma 6° dell’art. 74 DPR 309/90; di riduzione della pena anche previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Il processo di appello è attualmente in corso di svolgimento.

A scioglimento della riserva di cui all’udienza del 2.10.2024, letta la memoria depositata dall’Avv. L. Massari, ritiene questa Corte di Appello doversi sollevare questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 27 della Costituzione, dell’art. 74, commi 1° e 4° DPR 309/90 (Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui, con specifico riferimento alla pena per il “capo-promotore” di un’associazione a delinquere finalizzata al narcotraffico avente disponibilità di armi e con un numero di associati superiore a dieci, prevede la pena fissa di 24 anni di reclusione; infatti, se è vero che la norma richiamata prevede una pena “*non inferiore ad anni 24 di reclusione*”, l’art. 23 c.p. prescrive che la pena della reclusione non possa essere superiore a 24 anni di reclusione.

\* \* \* \* \*

In punto di rilevanza della questione, sussistono i presupposti per l’applicazione dell’art. 74, commi 1° e 4° del DPR 309/90; infatti:

- è stato condannato alla pena di anni venti di reclusione, oltre alle pene accessorie, in relazione al delitto di cui all’art. 74 commi 1°, 2°, 3° e 4° DPR 309/90, in qualità di “capo-promotore” di un’associazione a delinquere dedita al narcotraffico, avente disponibilità di armi e con numero di associati superiore a dieci; il Giudice dell’udienza preliminare ha determinato il trattamento sanzionatorio nei termini che seguono (pag.

163 della motivazione): *“partendo da una p.b. di cui all’art. 74 DPR 309/90, aggravato come in contestazione, pari ad anni 24, ritenuta la contestata recidiva (16 anni), calcolato l’aumento per l’aggravante di cui al comma 3°, pari a sei mesi e per l’aggravante di cui al comma 4°, pari a sei mesi, si giungerebbe ad una pena di anni 36 che, contenuta nei limiti di cui all’art. 78 c.p., diviene di anni 30, ridotta per la scelta del rito a 20 anni di reclusione;*

- il GUP ha, quindi, ritenuto integrata a carico dell’imputato la partecipazione al delitto associativo con la qualifica di “capo-promotore”, unitamente alle circostanze aggravanti della “disponibilità di armi” e della presenza di un numero di associati superiore a dieci; conseguentemente ha determinato la p.b. nella misura di anni 24 di reclusione, ai sensi dell’art. 74 comma 4° DPR 309/90;
- nell’eventualità del rigetto di tutti i motivi di gravame proposti dalla difesa, questa Corte di Appello si troverebbe nella condizione di confermare anche il trattamento sanzionatorio comminato all’imputato dal GUP, dovendo fare applicazione della disposizione censurata senza possibilità di operare un’eventuale graduazione della pena rispetto al disvalore del fatto ed alla personalità dell’imputato.

Osservato, in punto di non manifesta infondatezza della questione.

1. L’art. 74 comma 4° DPR 309/90 prevede, per il “capo e promotore” di un’associazione a delinquere dedita al narcotraffico avente disponibilità di armi e con numero di associati di dieci e più, una pena che può qualificarsi come “fissa”, in quanto *“non inferiore a ventiquattro anni di reclusione”*, a fronte del limite massimo di tale pena detentiva stabilito, nell’art. 23 c.p., sempre in ventiquattro anni.

Il trattamento sanzionatorio previsto nella norma censurata, in quanto rigido e non modulabile secondo i criteri stabiliti dall’art. 133 c.p., non appare compatibile



con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione della pena.

**1.1.** L'art. 25 comma 2° Cost. assegna alla discrezionalità del legislatore la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato; tuttavia, come più volte evidenziato dalla Corte Costituzionale, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, limite che è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato.

In tal caso si realizza una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., poiché una pena non proporzionata alla gravità del fatto e non percepita come tale dal condannato, si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa (si richiamano le sentenze nn. 313 del 1990, 341 del 1994, 68 del 2012 e 236 del 2016, 222 del 2018, 197 del 2023).

La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente sottolineato che il principio di proporzionalità della pena, desunto dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. esige *“che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo”*, il quale a sua volta *“dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile”* (sentenza n. 197 del 2023).

**1.2.** Come evidenziato da autorevole dottrina, la Corte Costituzionale ha in alcune occasioni esteso il sindacato sulla proporzionalità della pena anche al profilo della necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in ossequio al principio della *“personalità della responsabilità penale”* sancito dall'art. 27 comma 1° Cost.

Si richiama, in primo luogo, la sentenza n. 50 del 1980, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 5 della legge 5 maggio 1976, n. 313 nella parte in cui, sostituendo il terzo comma dell'art. 121 del t.u. delle norme concernenti la disciplina della circolazione stradale, approvato con d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393, prevedeva la pena, in misura fissa, di lire 800.000 di ammenda e 15 giorni d'arresto per chiunque circolasse con un veicolo che superava il peso complessivo a pieno carico consentito di oltre 30 quintali, in tal modo ponendosi in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto equiparava rigidamente *quoad poenam* situazioni diverse, come comportamenti dolosi e colposi, ed in genere violazioni di diversa gravità, sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo, della medesima norma. Nell'occasione, pur avendo come principale parametro di riferimento il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., il giudice delle leggi ha affermato che *“l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti - in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento - contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale”*.

1.3. Con la sentenza n. 222 del 2018 (con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 - Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione

coatta amministrativa - nella parte in cui dispone: “*la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*”, anziché: “*la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni*”) è stato richiamato il parametro di riferimento rappresentato dal principio della “personalità” della responsabilità penale previsto dall’art. 27 comma 1° Cost. Tale principio richiede che la pena applicata a ciascun autore di reato costituisca “*una risposta - oltre che non sproporzionata - il più possibile “individualizzata”, e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato*”, così da assolvere pienamente alla sua funzione rieducativa.

1.4. Nella sentenza n. 112 del 2019 (relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a, della legge 18 aprile 2005, n. 62 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004 – nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell’illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell’illecito), la Corte ha ribadito che “*La considerazione, accanto all'art. 3 Cost., del principio di personalità della responsabilità penale sancito dal primo comma dell'art. 27 Cost. - da leggersi anch'esso alla luce della necessaria funzione rieducativa della pena di cui al terzo comma dello stesso art. 27 Cost. - è inoltre alla base dell'ulteriore canone della necessaria individualizzazione della pena, pure enucleato da una risalente giurisprudenza di questa Corte, che si oppone in linea di principio alla previsione di pene fisse nel loro ammontare (sentenza n. 222 del 2018, che richiama in senso conforme le sentenze n. 50 del 1980, n. 104 del 1968 e n. 67 del 1963). Tale canone esige che - nel passaggio dalla*

*comminatoria astratta operata dal legislatore alla sua concreta inflizione da parte del giudice - la pena si atteggi come risposta proporzionata anche alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato; il che comporta, almeno di regola, la necessità dell'attribuzione al giudice di un potere discrezionale nella determinazione della pena nel caso concreto, entro un minimo e un massimo predeterminati dal legislatore".*

1.5. In conclusione, l'esigenza di "mobilità" (sentenza n. 67 del 1963), o "individualizzazione" (sentenza n. 104 del 1968), della pena - e la conseguente attribuzione al giudice, nella sua determinazione in concreto, di una certa discrezionalità nella commisurazione tra il minimo e il massimo previsti dalla legge - costituisce secondo il giudice delle leggi "*naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale*" (sentenza n. 50 del 1980), rispetto ai quali "*l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità*" (così, ancora, la sentenza n. 104 del 1968). Con la conseguenza, espressamente tratta dalla citata sentenza n. 50 del 1980 e ribadita nella sentenza 222 del 2018, che "*in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il "volto costituzionale" del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*".

Pertanto, come si legge sempre nella sentenza 222 del 2018, "*se la "regola" è rappresentata dalla "discrezionalità", ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo "indiziata" di illegittimità; e tale indizio potrà essere smentito soltanto in seguito a un controllo strutturale della fattispecie di reato che viene in considerazione, attraverso la puntuale*

*dimostrazione che la peculiare struttura della fattispecie la renda “proporzionata” all’intera gamma dei comportamenti tipizzati”.*

2. La norma censurata si pone, altresì, in contrasto con l’art. 49, paragrafo 3, CDFUE, secondo cui *“le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.*

Infatti la Decisione-quadro 2004/757/GAI - che prevede *“norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti”* - all’art. 4 ribadisce il doveroso rispetto del principio di proporzione nella determinazione del trattamento sanzionatorio (art. 4: *“Ciascuno stato membro provvede affinché i reati.....siano soggetti a pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive”*), da ritenersi non compatibile con la previsione di pene fisse nel loro ammontare.

3. La Corte Costituzionale ha esteso il divieto di pene sproporzionate anche a sanzioni amministrative di carattere “punitivo”, seppure avendo come parametro di riferimento il solo principio di uguaglianza sancito dall’art. 3.

Con sentenza n. 185 del 2021 è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 6, secondo periodo, d.l. n. 158 del 2012, conv., con modificazioni, nella l. n. 189 del 2012. È stato, infatti, affermato che l’attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella commisurazione della sanzione - non solo penale, ma anche amministrativa - tra un minimo e un massimo, così da adeguarla alla specificità del singolo caso, rappresenta la naturale attuazione di principi costituzionali, a cominciare da quello di eguaglianza. Nella specie, la fissità della sanzione amministrativa a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d’azzardo, impedisce di tener conto della diversa gravità dei singoli illeciti, che dipende dall’ampiezza dell’offerta di gioco e dal tipo di violazione commessa. Ciò comporta che la sanzione fissa può

risultare manifestamente sproporzionata rispetto all'illecito commesso e, quindi, costituzionalmente illegittima.

Nello stesso senso si richiama la sentenza n. 40 del 2023, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, primo periodo, d.lgs. 19 novembre 2004, n. 297, recante "Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari", nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria "di euro cinquantamila", anziché "da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro".

Per quanto in questa sede rileva si richiama, infine, anche la recente sentenza n. 51 del 5 marzo 2024 (dep. 28 marzo 2024, GU 3 aprile 2024), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato, in riferimento all'art. 3 Cost., costituzionalmente illegittimo l'art. 12, comma 5, D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 in tema di procedimento disciplinare dei magistrati, eliminando dalla disposizione la parte in cui stabilisce l'automatica rimozione dalla magistratura del magistrato che abbia riportato condanna a pena detentiva non sospesa per delitto non colposo non inferiore ad un anno.

Anche in questo caso il giudice di legittimità ha evidenziato che, quanto alla proporzionalità della sanzione disciplinare, il requisito può essere soddisfatto soltanto da una "*valutazione individualizzata della gravità dell'illecito, alla quale la risposta sanzionatorio deve essere calibrata*"; tanto sul rilievo che "*le sanzioni fisse sono tendenzialmente in contrasto con questo principio*".

4. Tutto ciò premesso, la pena rigida di ventiquattro anni di reclusione per il "capo-promotore" di un'associazione a delinquere armata dedita al narcotraffico non può ritenersi "ragionevolmente proporzionata" rispetto all'intera gamma dei comportamenti riconducibili al tipo di reato, che si presta a ricomprendere

fenomeni associativi dalle caratteristiche estremamente eterogenee e con ben diverso grado di pericolosità per i beni giuridici tutelati

In primo luogo occorre rilevare che, con riguardo alla pena prevista dall'art. 74 comma 4° DPR 309/90, per il capo-promotore di un'associazione armata dedita al narcotraffico non è possibile operare la diversificazione della risposta punitiva per le associazioni dedite al traffico di droghe "leggere", rispetto ai sodalizi finalizzati al traffico di stupefacenti previsti nella prima e terza tabella. La fattispecie, dunque, ingloba condotte che hanno un diverso disvalore e che non potrebbero essere punite tutte allo stesso modo, come del resto si desume dalla diversità del trattamento sanzionatorio previsto per le ipotesi di cui all'art. 73 DPR 309/90 a seconda che si riferiscano a "droghe pesanti" o a "droghe leggere".

Ed ancora, l'allarme sociale determinato da condotte organizzate di narcotraffico, nonché la gravità dei fatti concreti riconducibili all'associazione armata organizzata e diretta dal "promotore" possono declinarsi in maniera differente, a seconda della struttura organizzativa del sodalizio (la giurisprudenza di legittimità afferma, con orientamento consolidato, che per la configurabilità dell'associazione dedita al narcotraffico non è richiesta la presenza di una complessa e articolata organizzazione dotata di notevoli disponibilità economiche, ma è sufficiente l'esistenza di strutture, sia pure rudimentali, deducibili dalla predisposizione di mezzi, per il perseguimento del fine comune, create in modo da concretare un supporto stabile e duraturo alle singole deliberazioni criminose, con il contributo dei singoli associati), del numero complessivo degli associati, dell'ambito territoriale di estensione e della durata di operatività del sodalizio.

L'espunzione dal testo dell'art. 74 DPR 309/90 della circostanza aggravante di cui al comma 4° con riferimento alla posizione del "capo-promotore" consentirebbe al giudice di commisurare la pena nella forbice tra un minimo di venti anni (previsto dall'art. 74 comma 1°) ed un massimo di ventiquattro di reclusione (art. 23 c.p.) in presenza di un'associazione armata e con un numero di

associati superiore a dieci, tenendo conto in particolare della vasta gamma di circostanze indicate nell'art. 133 c.p., così da commisurare la pena al caso concreto ed alla personalità dell'autore, avendo la possibilità di graduare la sanzione secondo i criteri di proporzionalità e di adeguatezza; in tal guisa la pena apparirebbe una risposta - oltre che non sproporzionata - il più possibile "individualizzata", e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, "capo-promotore" del sodalizio, *"in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost."* (così sentenza n. 222 del 2018).

Come insegna la Corte Costituzionale, questa conclusione non potrebbe essere revocata in dubbio sulla base dell'argomento per cui la cornice edittale prevista dal comma 4 dell'art. 74 T.U. sugli stupefacenti potrebbe essere comunque "neutralizzata" in caso di equivalenza o prevalenza di eventuali attenuanti, e in particolare delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis cod. pen.

Al riguardo è stato affermato che *"l'applicazione di circostanze attenuanti è soltanto eventuale, e non è in grado pertanto di sanare il vulnus costituzionale insito nella comminatoria di una pena manifestamente eccessiva nel minimo"* (sentenza n. 22 del 2023).

Ciò vale anche rispetto alle circostanze attenuanti generiche, *"la cui funzione "naturale" è quella di adeguare la misura della pena alla sussistenza di speciali indicatori (oggettivi o soggettivi) di un minor disvalore del fatto concreto all'esame del giudice rispetto alla gravità ordinaria dei fatti riconducibili alla fattispecie base di reato; e non già quella di correggere l'eventuale sproporzione dei minimi edittali stabiliti dal legislatore rispetto a un fatto il cui disvalore sia conforme a quello che ordinariamente caratterizza la fattispecie criminosa"* (sentenza n. 63 del 2022).

*P. Q. M.*

visto l'art. 23 della legge n. 87/1953;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 27 della Costituzione, dell'art. 74, commi 1° e 4° DPR 309/90 (Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui, con specifico riferimento alla pena prevista dall'art. 74, comma 4°, DPR 309/90, per il "capo-promotore" di un'associazione finalizzata al narcotraffico avente disponibilità di armi e con un numero di associati superiore a dieci, prevede la pena fissa di 24 anni di reclusione.

Dispone la sospensione del processo e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone, altresì, che la presente ordinanza sia notificata al Sig. Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata al Sig. Presidente del Senato ed al Sig. Presidente della Camera dei Deputati.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

Lecce, 29 gennaio 2025

Il Consigliere estensore

Dott. Francesco CACUCCI



La Presidente

Dr.ssa Teresa LIUNI

