

**OPINIONE SCRITTA DELLA
ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE**

L'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Prof. Marco Pelissero, nato a Fossano (Cuneo) il 31-7-1966 (C.F. PLSMRC66L31D742B), ai sensi dell'art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, con il presente atto intende proporre una propria opinione scritta, in qualità di *amicus curiae*,

NEL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

introdotto con ordinanza dal Tribunale di Brescia in data 6.11.2023, iscritta al n. 1/2024 del Registro delle Ordinanze di codesta Ecc.ma Corte costituzionale, e pubblicata sulla G.U. del 24.1.2024, n. 4, 1^a Serie Speciale, con cui il predetto organo giudicante sospendeva il giudizio e disponeva l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., riguardante la disciplina dell'art.74 d.P.R. 309/90, in relazione al comma I, nella parte in cui prevede la pena della reclusione non inferiore agli anni venti, per il soggetto che promuova, costituisca, diriga, organizzi oppure finanzia una associazione finalizzata a commettere uno o più delitti previsti dal precedente art.73, in luogo della reclusione non inferiore agli anni sette; nonché in relazione al comma II della medesima disposizione, nella parte in cui prevede che chi partecipi alla associazione sia punito con la reclusione non inferiore agli anni dieci, in luogo della pena della reclusione non inferiore agli anni cinque.

* * * *

1. Sulla legittimazione dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale.

1.1. L'AIPDP è l'associazione riconosciuta maggiormente rappresentativa dei professori competenti in materie penalistiche. Essa aderisce ai principi della democrazia costituzionale, informando la sua attività ai valori del pluralismo culturale e scientifico. La stessa si propone di sollecitare la discussione a ogni livello su temi attinenti al diritto penale, rilevanti per la riflessione teorica, per la legislazione e per l'amministrazione della giustizia penale, favorendo l'espressione e la circolazione di orientamenti e valutazioni su questioni di particolare attualità e importanza per la giustizia penale (art. 1 Statuto) e promuovendo ogni attività ritenuta opportuna per il perseguimento di tali finalità (art. 2 Statuto).

1.2. L'AIPDP rivolge la sua attenzione alle fondamentali questioni della materia penale, dedicandosi con particolare impegno alla riflessione sulle tematiche del sistema sanzionatorio, nell'ottica di promuoverne la conformità ai principi costituzionali. Lo dimostra la costituzione in seno ad essa di gruppi di lavoro incaricati di avanzare proposte in tema di riforma del sistema delle pene, i cui risultati sono pubblicati sul sito dell'Associazione (www.aipdp.it).

Il forte impegno in questo ambito è attestato, altresì, dall'organizzazione di convegni nazionali sulla riforma del sistema sanzionatorio: "Il diritto penale tra recenti modifiche e progetti di riforma" (2018); "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", (2021); "I nuovi percorsi del sistema sanzionatorio tra ricerca di efficienza e garanzie" (2022). Né si può dimenticare l'impegno che autorevoli suoi componenti hanno dedicato ai lavori delle commissioni ministeriali chiamate ad aggiornare il sistema delle pene, delle misure di sicurezza e delle misure alternative alla detenzione, per renderlo più confacente alle indicazioni costituzionali, e a cui l'AIPDP ha manifestato sostegno e partecipazione.

Infine, l'AIPDP ha già presentato un'opinione scritta (28.7.2022) ed è stata ammessa a partecipare al relativo giudizio incidentale di legittimità (v. sent. Corte cost. n. 77/2023).

2. Sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale.

2.1. Premessa.

Premesso che si condivide *in toto* l'ordinanza di rimessione, sia sul fronte dell'argomentazione basata sulla sproporzione c.d. intrinseca, sia sul fronte della soluzione prospettata là dove si ritenessero i minimi edittali illegittimi, l'AIPDP intende sottolineare

l'irragionevolezza dei minimi edittali vigenti, argomentando altresì, ed in particolare, sul fronte della sproporzione c.d. estrinseca.

Le considerazioni che seguiranno si articoleranno quindi in tre parti: (a) Anzitutto, saranno indicati ulteriori argomenti per corroborare la sproporzione intrinseca prospettata dall'ordinanza di remissione; (b) in secondo luogo, saranno delineati profili di illegittimità fondati sulla sproporzione estrinseca, che si presentano come aggiuntivi rispetto a quelli impiegati dall'ordinanza; (c) infine, anche nella prospettiva della sproporzione estrinseca, sarà condivisa la soluzione suggerita dall'ordinanza di portare i minimi edittali dell'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti a 7 e 5 anni rispettivamente per i promotori e i partecipi.

2.2. La sproporzione c.d. intrinseca.

Per quanto riguarda l'argomentazione basata sulla proporzione intrinseca, a seguito della sent. 40/2019, come ben evidenziato anche nell'ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale – proprio in materia di stupefacenti – ha dichiarato la violazione degli artt. 3 e 27 Cost. di trattamenti sanzionatori eccessivamente diversificati in relazione a fattispecie di confine, poste peraltro all'interno della medesima disposizione incriminatrice (in quel caso, l'art. 73, nella parte in cui in cui prevedeva la pena minima edittale della reclusione nella misura di 8 anni anziché di 6).

Alla luce di tale precedente, deve dubitarsi della legittimità costituzionale dell'art. 74.1 e 2, per violazione della proporzionalità intrinseca: non solo le stesse argomentazioni già espresse dalla Corte per la fattispecie ordinaria *ex art. 73.1* sono perfettamente trasponibili per identità di *ratio* anche all'ipotesi base di cui all'art. 74, ma addirittura, tali argomentazioni valgono *a fortiori*, essendo assai più ampio lo iato sanzionatorio tra il minimo edittale della fattispecie ordinaria (20 anni per i promotori e 10 per i partecipi) e il massimo edittale di quella per fatti di lieve entità (7 anni per i promotori e 5 per i partecipi), ovvero uno iato di 13 anni per i promotori e di 5 anni per i partecipi.

2.3. La sproporzione c.d. estrinseca.

Per quanto riguarda l'argomentazione basata sulla sproporzione estrinseca, “aggiuntiva” rispetto a quella utilizzata dall'ordinanza, siamo ben consapevoli di come tale valutazione sia molto complessa da compiere, anche in virtù della necessità di selezionare il *tertium comparationis*, selezione che si può prestare a incertezze e manipolazioni. Tuttavia, alla luce

di differenze tra fattispecie associative riguardanti non solo l'oggettività giuridica, ma anche la struttura del tipo criminoso – differenze che come vedremo si possono ricavare anche da indicazioni provenienti dalla stessa giurisprudenza della Corte –, si ritiene che si tratti di una strada, oltre che percorribile, idonea a cogliere e a mettere ancor più in evidenza la sproporzione dei minimi edittali della associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.

Com'è noto, la comparazione può avvenire, e la sproporzione può essere colta, secondo molteplici schemi: ipotesi analoghe che sono punite diversamente e, viceversa, ipotesi diverse che sono punite con pene analoghe; inoltre, è possibile che ipotesi meno gravi di altre (più gravi) siano punite con pene ancora più gravi di quelle che esprimono maggior disvalore e, viceversa, che ipotesi più gravi di altre (meno gravi) siano punite con pene ancora meno gravi di quelle che esprimono minor disvalore.

Ebbene, a nostro parere i minimi edittali della fattispecie finalizzata al traffico di stupefacenti si possono considerare sproporzionati sia alla luce del secondo schema, nel senso che tale delitto (meno grave) è punito con pene più gravi di altri delitti che invece esprimono un maggior disvalore; sia alla luce del primo schema, per cui delitti diversi sono puniti con pene nella sostanza identiche.

2.3.1. La sproporzione secondo lo schema “fattispecie meno grave punita più gravemente”.

L'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti è fattispecie speciale rispetto all'associazione per delinquere in ordine ai delitti “programma” ed è punita con il minimo di 20 anni per i promotori e di 10 per i partecipi. Tale fattispecie può essere considerata meno grave di altre fattispecie associative più gravi, ma punite con minimi meno elevati. Nella comparazione si devono prendere in considerazione non soltanto le diverse oggettività giuridiche e i diversi assetti strutturali delle fattispecie associative, ma soprattutto il legame funzionale che intercorre tra le finalità perseguite e l'assetto organizzativo, nel senso che esiste una corrispondenza tra il tipo di finalità che l'associazione persegue e l'assetto organizzativo necessario per conseguire tali finalità.

Al fine di rendere più evidente il ragionamento, si produce qui sotto una griglia dove si riportano alcune fattispecie associative presenti nel nostro ordinamento e i rispettivi compassi edittali, sia minimo che massimo (per un quadro completo delle fattispecie e dei rispettivi compassi edittali, v. allegato n. 1). In particolare, oltre al compasso edittale dell'associazione

finalizzata al traffico degli stupefacenti, si riproduce quello della associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), quello della associazione finalizzata al terrorismo anche internazionale (art. 270-*bis* c.p.), quello della associazione finalizzata a delitti contro la personalità, come ad es. la tratta (art. 416.6 c.p.) e quello della associazione finalizzata al contrabbando (art. 291-*quarter* d.P.R. n. 43/1973), nonché la comminatoria edittale dell'associazione per delinquere "generale" (art. 416.1 c.p.), che è la stessa dell'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti di fatti di "lieve entità" (art. 74.6 T.U. Stupefacenti).

La selezione è stata effettuata tenendo conto del fatto che, sul piano strutturale, si può distinguere tra associazioni il cui disvalore si incentra sulla finalità delittuosa (art. 18.1 Cost.), quelle in cui il disvalore si concentra sul mezzo/metodo (art. 18.2 Cost.) e quelle in cui il disvalore sta nella doppia finalità perseguita, e cioè, da un lato, nel programma delittuoso violento e, dall'altro, nella finalità ultima, a carattere politico, esprime disvalore. Abbiamo, pertanto, selezionato fattispecie che, rispetto a ciascuna tipologia strutturale di associazione, sono considerate le più gravi da parte dello stesso ordinamento e cioè: l'associazione mafiosa per quanto riguarda il modello associativo caratterizzato da metodo/mezzi, l'associazione finalizzata al terrorismo internazionale per quanto riguarda il modello caratterizzato da doppia finalità e l'associazione finalizzata a delitti contro la personalità, come ad es. la tratta, come ipotesi speciale di associazione per delinquere caratterizzata dalla finalità delittuosa.

	Minimo edittale	Massimo edittale
Associazione stupefacenti art. 74.1 e 2 T.U. stupef.	Promotori: 20 Partecipanti: 10	Promotori: 24 Partecipanti: 24
Associazione mafiosa art. 416- <i>bis</i> .1 e 2 c.p.	Promotori: 12 Partecipanti: 10	Promotori: 18 Partecipanti: 15
Associazione terroristica art. 270- <i>bis</i> c.p.	Promotori: 7 Partecipanti: 5	Promotori: 15 Partecipanti: 10

<p>Associazione finalizzata alla tratta, schiavitù, stranieri, organi e tessuti art. 416.6 c.p.</p>	<p>Promotori: 5 Partecipanti: 4</p>	<p>Promotori: 15 Partecipanti: 9</p>
<p>Associazione per delinquere art. 416.1 e 2 c.p. e Associazione stupefacenti “esigua” art. 74.6 T.U. stupef.</p>	<p>Promotori: 3 Partecipanti: 1</p>	<p>Promotori: 7 Partecipanti: 5</p>

Ebbene, dalla tabella emerge non soltanto che quella finalizzata al traffico di stupefacenti è l'associazione **punita più gravemente di tutto il nostro sistema penale**, sia nel minimo, sia, ancorché esuli dalla questione, nel massimo; ma emerge anche che, pur trattandosi di fattispecie che esprime un disvalore minore, ha un minimo molto più elevato rispetto all'associazione mafiosa, all'associazione terroristica e all'associazione finalizzata alla tratta.

In particolare, il minimo di 20 anni per i promotori e di 10 anni per i partecipi è sproporzionato rispetto al minimo di 12 anni per i promotori e di 10 anni per i partecipanti della fattispecie di associazione mafiosa caratterizzata dal metodo/mezzo mafioso, perché il minimo per i promotori dell'associazione finalizzata agli stupefacenti è addirittura superiore a quello della associazione di stampo mafioso, mentre il minimo dei partecipi è identico.

Lungi da noi l'affermare che sussista una necessaria corrispondenza tra tipizzazione di un particolare mezzo/metodo e maggiore gravità rispetto agli altri modelli associativi, certo tuttavia è che il metodo mafioso esprime un disvalore molto più consistente dei delitti programma dell'associazione finalizzata agli stupefacenti.

In questi termini, si è espressa la stessa Corte costituzionale nella sent.231/2011, richiamata anche nell'ordinanza di rimessione: mentre il delitto di associazione di tipo mafioso è connotato dal metodo mafioso e dalla specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre (da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un

radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso); altrettanto non può dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti che si concreta in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati- fine. Essa, infatti, non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, e prescinde da radicamenti sul territorio, da particolari collegamenti personali e soprattutto da qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo.

Ragionamento analogo può essere compiuto comparando l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e l'associazione finalizzata al terrorismo anche internazionale punita con il minimo di 7 anni per i promotori e di 5 per i partecipi. Ed infatti, nonostante che orientamenti giurisprudenziali di legittimità tendano a volte a destrutturare la fattispecie e l'assetto organizzativo richiesto, occorre considerare come il perseguimento della finalità terroristica di cui all'art. 270-*sexies* c.p. necessiti di un'organizzazione assai più articolata di quella che può caratterizzare una associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti. Inoltre, l'associazione terroristica assume una dimensione offensiva che coinvolge, da un lato, i beni individuali direttamente colpiti dagli atti di violenza, che sono elemento modale del programma d'azione, e dall'altro i beni – a connotazione macro-offensiva – desumibili dalla definizione di condotte con finalità di terrorismo di cui all' art. 270-*sexies* c.p.

Ed ancora, si consideri la comparazione con l'associazione finalizzata alla tratta punita con il minimo edittale di 5 anni per i promotori e di 4 anni per i partecipi. Qui il confronto si fa ancora più serrato, essendo entrambe le associazioni speciali rispetto alla fattispecie a delinquere sul piano della finalità delittuosa. Ebbene, nell'associazione finalizzata alla tratta i delitti-fine compromettono beni personali fondamentali e il loro perseguimento necessita di un assetto organizzativo molto pesante e articolato in considerazione del particolare “oggetto” della tratta, costituito dalle persone e delle peculiari modalità che caratterizzano siffatta fattispecie, dove si deve creare un vero e proprio assoggettamento, se non addirittura un dominio nell'ipotesi della schiavitù. Non altrettanto avviene, come visto, per l'associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti.

2.3.2. La sproporzione secondo lo schema “fattispecie diverse punite con identica pena”.

Sempre in una prospettiva di comparazione, si può mettere in evidenza come la sproporzione estrinseca emerga anche dal raffronto tra fattispecie del tutto eterogenee, là dove sono punite con pena nella sostanza analoga (schema utilizzato ad es. in Corte cost. 95/2022, § 4.3.1.). Ebbene, non può passare inosservata la circostanza che mentre l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti è punita con una comminatoria edittale che va da 20 a 24 anni, l'omicidio è punito con una pena che va da 21 a 24 anni. Se l'irragionevolezza spicca con riferimento all'identità del massimo edittale, visto che entrambe le fattispecie sono punite con 24 anni di reclusione, circostanza che tuttavia esula dal presente giudizio, la sproporzione si coglie anche in ordine al minimo, visto che, pur non essendo identico, è comunque prossimo alla coincidenza. Non solo, ancorché esuli dal presente giudizio, si può cogliere un ulteriore elemento di incongruenza con riferimento al massimo edittale per i partecipi alla associazione finalizzata agli stupefacenti per fatti di lieve entità, identico a quello dei promotori e di chi ha realizzato un omicidio.

2.4. La soluzione conseguente all'eventuale dichiarazione di illegittimità dei minimi edittali.

Venendo alla soluzione, come accennato, si condivide quella prospettata dall'ordinanza di remissione. Per quanto, in generale, la Corte costituzionale abbia escluso che debba «ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità di risposta sanzionatoria» (Corte cost. 179/2017), nel caso di specie i reati associativi previsti dall'art. 74 risultano del tutto identici, riguardo alla condotta punita: l'unica differenza deriva dal minore allarme sociale suscitato dai fatti e/o della minore pericolosità degli autori quando l'associazione è finalizzata a commettere i fatti di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 (Cass. S.U., 22.9.2011, n. 34475). Non sussistendo ulteriori diversità tra le due ipotesi, se non appunto quelle relative al *quantum* di offesa, appare conforme a ragionevolezza l'eliminazione del *saltum* sanzionatorio attualmente previsto dall'art. 74 tra le ipotesi-base e quelle di lieve entità.

Una simile soluzione discende dalla sent. n. 40/2019: se con tale pronuncia la Corte ha ritenuto di dover intervenire per sanare la frattura che separava le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi previsti dai commi primo e quinto dell'art. 73; oggi – stante il rinvio espresso contenuto nel sesto comma dell'art. 74 al quinto comma dell'art. 73 – s'impone il

medesimo tipo di intervento manipolativo sulle ipotesi base di cui al primo e secondo comma dell'art. 74.

Da osservare, infine, come la soluzione prospettata risulti ragionevole anche in una prospettiva di proporzione estrinseca, in quanto i minimi dell'associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti (7 anni per i promotori e 5 per i partecipi) risulterebbero congruamente superiori rispetto al minimo della associazione finalizzata al contrabbando (3 anni per i promotori e un anno per i partecipi), visto che, mentre quest'ultima fattispecie tutela il controllo monopolistico della Stato sulla attività di produzione e commercio dei tabacchi, la prima tutela anche la salute pubblica.

* * * *

Per queste ragioni, l'AIPDP confida in un intervento di codesta Ecc.ma Corte perché dichiarati illegittima la disciplina dell'art. 74 d.P.R. 309/90, per violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., in relazione al comma I, nella parte in cui prevede la pena della reclusione non inferiore agli anni venti, per il soggetto che promuova, costituisca, diriga, organizzi oppure finanzia una associazione finalizzata a commettere uno o più delitti previsti dal precedente art. 73, in luogo della reclusione non inferiore agli anni sette; nonché in relazione al comma II della medesima disposizione, nella parte in cui prevede che chi partecipi alla associazione sia punito con la reclusione non inferiore agli anni dieci, in luogo della pena della reclusione non inferiore agli anni cinque.

Con osservanza

Roma, lì 8 febbraio 2024

Marco Pelissero (firma digitale)

Allegato n. 1¹

Le comminatorie edittali delle associazioni finalizzate al traffico degli stupefacenti vigenti e come risulterebbero se la questione fosse accolta:

	Minimo edittale	Massimo edittale
Associazione stupefacenti vigente art. 74.1 e 2 T.U. stupef.	Promotori: 20 Partecipi: 10	Promotori: 24 Partecipi: 24
Associazione stupefacenti per fatti di lieve entità vigente art. 74.6 T.U. stupef.	Promotori: 3 Partecipi: 1	Promotori: 7 Partecipi: 5
Associazione stupefacenti come propone ordinanza art. 74. 1 e 2 T.U. stupef.	Promotori: 7 Partecipi: 5	Promotori: 24 Partecipi: 24

Le comminatorie delle associazioni strutturalmente caratterizzate da mezzi/metodo:

	Minimo edittale	Massimo edittale
Associazione mafiosa art. 416- <i>bis</i> c.p.	Promotori: 12 Partecipi: 10	Promotori: 18 Partecipi: 15
Associazione militare art. 1 d.lgs. 43/1948	Promotori: 1 Partecipi: 24 giorni	Promotori: 10 Partecipi: 18 mesi

¹ Se dopo il numero non si indica alcunché si intendono anni, mentre giorni e mesi sono stati espressamente indicati.

Associazione segreta art. 2 l. 17/1982	Promotori: 1 Partecipi: 24 giorni	Promotori: 5 Partecipi: 2
--	--------------------------------------	------------------------------

Le comminatorie delle associazioni strutturalmente caratterizzate dalla doppia finalità:

	Minimo edittale	Massimo edittale
Associazione terroristica art. 270- <i>bis</i> c.p.	Promotori: 7 Partecipi: 5	Promotori: 15 Partecipi: 10
Associazione riorganizzazione partito fascista artt. 1 e 2 l. 645/1952	Promotori: 5 Partecipi: 2	Promotori: 12 e multa Partecipi: 5 e multa
Associazione sovversiva art. 270 c.p.	Promotori: 5 Partecipi: 1	Promotori: 10 Partecipi: 3
Associazione finalizzata all'incitamento della violenza per motivi di discriminazione art. 604- <i>bis</i> .2 c.p.	Promotori: 1 Partecipi: 6 mesi	Promotori: 6 Partecipi: 4
Associazione restaurazione monarchia art. 2 l. 1546/1947	Promotori: 1 Partecipi: 24 giorni	Promotori: 15 Partecipi: 2

Le comminatorie delle associazioni strutturalmente caratterizzate dalla finalità delittuosa:

	Minimo edittale	Massimo edittale

Associazione stupefacenti 74.1 e 2 T.U. stupef.	Promotori: 20 Partecipi: 10	Promotori: 24 Partecipi: 24
Associazione finalizzata alla tratta, schiavitù, stranieri, organi e tessuti art. 416.6 c.p.	Promotori: 5 Partecipi: 4	Promotori: 15 Partecipi: 9
Associazione reati sessuali minori art. 416.7 c.p.	Promotori: 4 Partecipi: 2	Promotori: 8 Partecipi: 6
Contrabbando art.291- <i>quarter</i> d.P.R. 43/1973	Promotori: 3 Partecipi: 1	Promotori: 8 Partecipi: 6
Associazione per delinquere art. 416.1 c.p. e Associazione stupefacenti “esigua” art. 74.6 T.U. stupef.	Promotori: 3 Partecipi: 1	Promotori: 7 Partecipi: 5