

## **GRANDE E' LA CONFUSIONE SOTTO IL CIELO, QUINDI LA SITUAZIONE E' ECCELLENTE.**

Vorrei usare queste parole di MAO TSE TUNG PER DESCRIVERE LA SITUAZIONE NORMATIVA E PROCESSUALE IN TEMA DI STUPEFACENTI VENUTASI A CREARE IN QUESTI ULTIMI MESI. TEMO PURTROPPO CHE SOLO LA PRIMA PARTE DELLA FRASE FOTOGRAFI LA SITUAZIONE.

Il comma 1 dell'art. 73 e il comma 5 hanno avuto vicissitudini diverse, il primo oggetto della pronuncia della Corte Cost/le, il secondo di ripetute modifiche legislative.

In qualunque fase processuale ci si venga a trovare, occorrerà tenere presente la data di commissione del reato e pertanto:

ante 20 febbraio 2006

21 febbraio 2006 – 23 dicembre 2013

24 dicembre 2013- 5 marzo 2014

6 marzo 2014 – 21 maggio 2014

Queste le date di entrata in vigore e/o pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle varie leggi succedutesi in questi anni, nonché della sentenza numero 32/2014 della Corte Costituzionale.

oooooooo

Gli articoli dichiarati illegittimi dalla Corte Cost/le (in particolare l'art 4 bis della legge 49/2006) riscrivevano completamente l'art 73 d.P.R. 309/90 nei seguenti termini:

Sostituzione del 1° comma

Introduzione del comma 1 bis

Introduzione del comma 2 bis

Sostituzione dei commi 3-4-5

Inserimento del comma 5 bis.

Dopo l'intervento della Consulta "rivive" il comma 1 nella vecchia formulazione (implicitamente abrogati i commi 1 e 1 bis e anche il comma 4 ).

Il comma 1 bis dell'art. 73 è rimasto in vigore fino al 5 marzo 2014 in quanto, pur essendovi stata udienza davanti alla Corte Cost/le il 12/02 la decisione è stata pubblicata sulla GAZZETTA UFFICIALE del 5/03/2014.

Il comma 5 nella vecchia formulazione non "rivive" perché, nel frattempo, con il DL 23/12/2013 n. 146, era stato riscritto, prevedendo una pena (come reato autonomo) unica da 1 a 5 anni. Ora, con la conversione in legge del DL 20/03/2014 n. 36, il 5° comma dell'art 73 prevede una pena da 6 mesi a 4 anni, identica a quella prevista per le droghe leggere del "vecchio" comma 4.

Non sarà sfuggita una apparente discrasia venutasi a creare tra il 1 e 5 comma del "nuovo " art. 73.

La differenza di pene tra reati concernenti i droghe pesanti e droghe leggere rimane per i fatti puniti a norma del 1 comma, nonché, addirittura, per le sanzioni amministrative previste dal

nuovo art. 75, mentre scompare per i fatti di lieve entità, che vengono sanzionati con la stessa pena nel minimo e nel massimo, a prescindere dalla tabella in cui lo stupefacente è inserito.

Va subito premesso che, alla luce della situazione normativa venutasi a creare, per i reati di detenzione di droghe pesanti di cui alle tabelle I e III, è stato di fatto cancellato quello che era l'unico apprezzabile risultato ottenuto con la Legge 21 febbraio 2006 numero 49, ovvero la coincidenza del tetto minimo di pena prevista dal primo comma con il tetto massimo di pena previsto per il quinto comma. (6 anni).

Il giudice e gli operatori del diritto sono oggi chiamati ad affrontare un sistema punitivo che pone di fronte ad alternative molto delicate nella qualificazione giuridica del reato, poiché se il fatto non viene considerato di lieve entità è sottratto al giudice ogni potere discrezionale nella modulazione della sanzione in uno spazio sanzionatorio di ben 4 anni, pena massima irrogabile per tutte le fattispecie rientranti nella ipotesi del comma 5 dell'art. 73 e gli 8 anni, che sono la sanzione minima irrogabile, per le droghe pesanti, per la ipotesi di cui al primo comma dell'art. 73.

Per le droghe leggere si verifica al contrario, addirittura una irrazionale sovrapposizione sanzionatoria poiché per la ipotesi lieve è prevista una pena massima di 4 anni, mentre la pena minima è di 2 anni per la ipotesi di cui al comma 1.

Il riassetto normativo, dovuto anche all'urgenza di legiferare per evitare conseguenze paradossali quale è una maggiore tendenza alla carcerizzazione, nonostante l'intervento della Corte Costituzionale andasse nella direzione opposta, ha purtroppo avuto come conseguenza un difetto di coordinamento tra le norme e, in particolare, gli artt. 73 comma 1 e 5 e l'art. 75.

### **Il 5° comma dell'art. 73**

E' noto a tutti che, fin dal DL 146/2013 (conv. nella legge 20/02/2014 n°10), l'art. 73 5 comma del DPR 309/90 è ipotesi autonoma di reato.

Il testo è stato completamente riscritto, soprattutto nell'incipit ("salvo che il fatto costituisca più grave reato").

Pene: da 1 a 5 anni e non più da 1 anno a 6 anni. Ora, dal 21 maggio (data di entrata in vigore della legge 16 maggio 2014 numero 79), da 6 mesi a 4 anni, per qualunque fatto di lieve entità, a prescindere dalla sostanza stupefacente e dal suo inserimento nell'una o l'altra tabella.

Si legge peraltro nella sentenza alla Corte Cost/le *"nessuna incidenza sulle questioni sollevate possono esplicitare le modifiche apportate all'art. 73, comma 5 del d.P.R. n. 309 del 1990 dall'art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146,.... convertito, con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10. Trattandosi di ius superveniens( ....) le modifiche, intervenute medio tempore, concernono una disposizione di cui è già stata esclusa l'applicazione nella specie, e sono tali da non influire sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente ..... Inoltre, **gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il decreto-legge n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest'ultima"**.*

Si ritornerà più avanti su questo specifico punto.

**La nuova fattispecie del 5° comma come delineata dal DL 36/2014 (convertito in legge il 16/05/2014 , n. 79).**

Minimo e massimo della pena sono abbassati e il reato autonomo vale per tutti i tipi di sostanze stupefacenti.

Si è già segnalato che desta qualche perplessità un sistema nel quale la differenziazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere è prevista per l'illecito penale maggiore e per le sanzioni amministrative , mentre ne resta esclusa l'ipotesi del fatto di lieve entità.

I margini per la proposizione di eventuali questioni di legittimità costituzionale, assumendo come parametro il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione sono tuttavia molto stretti, posto che la giurisprudenza della Consulta è sempre stata costante nel ritenere che " al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando in tal caso al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale" ( ordinanza n. 224 del 2011).

Non si dimentichi , a questo proposito che il sistema punitivo uniforme come disciplinato dalla Legge Fini-Giovanardi ha retto a tutte le eccezioni di costituzionalità prospettate negli anni e che l'intervento della Corte Costituzionale ha ravvisato la violazione dell'art. 77 ( e non dell'art. 3 o 27 della Costituzione).

La decisione delle SSUU riguarda unicamente la possibilità di sostituire la pena concretamente irrogata con quella che sarebbe risultata dalla applicazione del 5° comma nella versione originaria (quella della L. Iervolino-Vassalli).

**COMMA 5 circostanza attenuante**

Quando per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione OVVERO per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo, sono di lieve entità.

**COMMA 5 reato autonomo**

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 all'azione OVVERO per la qualità e quantità delle sostanze è di lieve entità.....

L'applicabilità di una o dell'altro istituto (in termini di disposizione più favorevole) non è univoca per i reati commessi fino al 23/12/2013 riguardanti le droghe leggere.

Per tali reati la pena è oggi da 6 mesi a 4 anni (così anche per le droghe leggere).

Quale la regola eguale l'eccezione?

Apparentemente la regola è il comma 5, fatta salva l'ipotesi in cui il fatto integri gli estremi di un reato più grave che non può essere altro se non quello previsto dal primo comma e sempre che non si versi nella detenzione per uso personale.

L'onere della prova

Spetta sempre al Pubblico Ministero l'onere probatorio circa la sussistenza del reato.

Credo che tale onere probatorio debba oggi ritenersi più pregnante.

Infatti, se prima il fatto di lieve entità era una circostanza attenuante e, come tale vi era un obbligo non codificato di allegare elementi da cui desumere la sussistenza di una attenuante, ora che la fattispecie è reato autonomo, e tenuto conto dell'inciso iniziale, spetterà al PM la dimostrazione della sussistenza del reato più grave previsto dal 1 comma, tenuto conto che il Giudice è vincolato nella motivazione della sentenza "le prove poste a base della decisione".

**E' ovvio che le modifiche normative conseguenti agli interventi della Corte Cost/le e dello stesso legislatore, andranno ad incidere direttamente e immediatamente sui processi in corso. I problemi si pongono per la fase esecutiva.**

#### **Per i processi pendenti**

A) Il nuovo 5° comma si applica certamente per tutti i reati commessi dopo il 24/12/2013, nella versione risultante dalla legge n. 79 del 19 maggio 2014 (pena massima 4 anni).

B) Per fatti precedenti al 24/12/2013 riguardanti droghe pesanti la nuova legge è più favorevole e si applicherà in virtù del principio di cui all'art. 2 co. 4 CP.

Per le droghe leggere, si dovrà vedere caso per caso, quale sia la disciplina più favorevole in relazione alla natura (prima) circostanziale del 5° comma e alle sua (ora) mutata fattispecie autonoma.

Per esempio, ai fini prescrizionali, è più favorevole la fattispecie autonoma.

C) Nei procedimenti per fatti commessi tra il 20 febbraio 2006 e il 23 dicembre 2013 sarà senz'altro inapplicabile il 5° comma come stabilito dalla Iervolino-Vassalli.

- In caso di patteggiamento concordato prima dall'entrata in vigore della nuova disposizione, l'accordo è da ritenersi invalido (per le droghe leggere) solo quando:
  - A) la pena base sia superiore a 4 anni (pena illegale)
  - B) Se, considerato il 5° comma come attenuante, ne sia stata esclusa la portata, bilanciandola come equivalente o subvalente con le aggravanti
    - La sentenza della Corte Cost/le non tocca la nuova norma relativa al 5° co.
    - Il "nuovo" 5° comma non può ritenersi incostituzionale
    - Fino al DL 146/2013 (e relative modifiche apportate in sede di conversione) rivive anche il vecchio 5° comma

### **IL trattamento cautelare per il reato di cui all'art. 73 comma 5 c.p.p.**

Gli artt. 274 e 280 c.p.p. sono stati modificati dalla legge 9/08/2013 n. 94 (decorrente dal precedente 3 luglio).

In particolare, il comma II, dell'art. 280 prevede l'applicabilità della custodia cautelare in carcere per i delitti con pena della reclusione "non inferiore a 5 anni" (e non più 4).

Parimenti, era stato modificato dalla stessa legge l'art. 274 lett. c), introducendo, per i casi di reiterazione di reati della stessa specie, il principio della applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere solo per i delitti puniti con pena non inferiore a 5 anni.

Misure cautelari di altro tipo sono applicabili per reati puniti con pene fino a 4 anni.

Con l'ultima modifica, che prevede per il 5° comma dell'art. 73 la pena fino a 4 anni, si deve concludere che oggi non può più essere applicata la custodia in carcere per questo reato.

Vorrei aprire una breve parentesi sulla interpretazione dell'art. 280 c.p.p. in relazione dell'art. 391 c.p.p.

"salvo quanto previsto dall'art. 391..."

il 5° comma "quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati dall'art. 381 comma 2 l'applicazione della misura è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274 comma 1 lett c) e 280.

In caso di arresto, pertanto, è possibile applicare la custodia cautelare in carcere anche per il reato di cui all'art. 73 comma 5 ?

Ritengo di NO perché l'art. 280, oltre a richiamare l'art. 381 2° comma (che non contempla il reato inerente gli stupefacenti), fa salvo quanto previsto "dal comma 2 (e 3) del presente articolo", ovvero l'impossibilità di applicare la custodia in carcere per delitti puniti con pena inferiore nel massimo a 5 anni.

**Del resto, con la legge 21/02/2014 n. 10 (conv in legge del D.L. 146/2013) è stato modificato anche l'art. 380 comma II lettera h), nel senso che dalle ipotesi di arresto obbligatorio è escluso il delitto di cui al comma 5 dell'art. 73.**

Ovviamente, già oggi, tutte le misure della custodia in carcere applicate per questo reato devono essere sostituite.

Ulteriore considerazione è che, in ogni caso, le misure cautelari (diverse, come detto, dalla custodia in carcere) per il reato previsto dal 5 comma dell'art. 73 soggiacciono ai limiti e ai termini previsti dagli artt. 303 (3 mesi) e 308 c.p.p. (il doppio).

Da ultimo, è doveroso evidenziare, de iure condendo, che lo scorso 2 aprile il Senato ha approvato un disegno di legge in tema di modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari.

Il comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. verrebbe modificato prevedendo che non possa essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere **o quella degli arresti domiciliari** se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena **“ o se ritiene che, all'esito del giudizio l'esecuzione della pena possa essere sospesa ai sensi dell'articolo 656 comma 5 c.p.p.”**. Cioè in tutti i casi in cui la pena irrogabile in concreto non superi i 3 anni.

#### QUESTIONI PROCESSUALI

Altra importante conseguenza della avvenuta qualificazione della ipotesi **di cui al 5° comma dell'art. 73 come reato autonomo punito con pena non superiore a 4 anni (v. legge 14/05/2014)** è che diventa oggi un reato a citazione diretta (art. 550 comma 1 c.p.p.).

**Il che significa che non sarà più possibile il giudizio immediato che, come noto, non è ammissibile per i reati a citazione diretta.**

Cambia anche il termine di prescrizione che non è più di 20 anni, ma di 6 anni (+ ¼).

- I nuovi termini di prescrizione più brevi (per il 5° comma) sono immediatamente applicabili ai processi pendenti.

#### Chi decide se l'ipotesi di reato è 5° comma?

E' uno dei punti cruciali della riforma della materia degli stupefacenti, venutasi a creare dopo l'intervento della Corte Costituzionale del legislatore.

Le novità legislative, infatti, hanno una prima importante ricaduta immediata sulle misure cautelari.

In secondo luogo, trattandosi di reato a citazione diretta è il PM, non c'è più il passaggio dall'udienza preliminare.

Cosa fa il giudice il quale ritiene si tratti di un 1° comma?

Nulla, questio se il rinvio a giudizio è avvenuto per il 1° comma e il Giudice MONOCRATICO lo ritiene come 5°.

Ma se accade il contrario si applica l'art. 550 comma 3 ma, ovviamente, la TRASMISSIONE degli atti al PM è disposta solo se la parte propone eccezione (e la parte diversa dal PM non ha interesse).

Tuttavia, se non vi è stata nessuna eccezione, il giudice ex Art. 521 c.p.p. può dare al reato una definizione giuridica diversa poiché, in questo caso, non eccede la competenza del Tribunale in composizione monocratica.

### **I COMMI 5 BIS E 5 TER DELL'ART. 73**

Dopo la pronuncia della Corte Costituzionale era da considerarsi abrogato il comma 5 bis ( con conseguente implicita abrogazione del comma 5ter, introdotto del DL 1° 20/07/2013 n. 78, convertito nella legge 9/08/2013 n. 94) ma il comma è stato ripristinato dalla conversione in legge del D.L. 36/2014.

Il comma 5 ter prevedeva, per i tossicodipendenti o gli assuntori di sostanze stupefacenti la possibilità per il Giudice (fuori dai casi di reati indicati nell'art. 407 comma II lettera a), di sostituire, in luogo della pena detentiva inflitta non superiore ad un anno (in concreto) con i lavori di pubblica utilità.

Il comma 5 bis prevedeva per i tossicodipendenti che abbiano commesso un reato di cui al 5° comma, la possibilità per il Giudice con la sentenza di condanna (su richiesta dell'imputato), nel caso in cui non conceda o non sia concedibile la sospensione condizionale della pena, di applicare, in luogo della pena detentiva, quella del lavoro di pubblica utilità.

Si tratta di pena sostitutiva, applicabile non più di 2 volte.

Sono diversi i limiti dei commi 3 bis e 5 ter.

Sia per il novero dei reati, sia per il tetto di pena (2 anni il comma 5 bis, 1 anno il comma 5 ter) sia per il numero (2 volte, 1 volta) in cui la pena è sostituibile.

Onde consentire l'applicabilità del comma 5 ter, il legislatore ha dovuto, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, reintrodurre il comma 5 bis dichiarato incostituzionale dalla Consulta, non per una questione di violazione del principio di ragionevolezza, ma per violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Lo ha fatto in sede di conversione cui legge del DL 36/2014 (avvenuta il 14 maggio), colmando un vuoto legislativo venutosi a creare.

Si aggiunga che, il panorama Legislativo si era nel frattempo arricchito con l'introduzione, (tramite legge 28 aprile 2014 n. 67), dell'istituto della "messa alla prova" (in vigore dal 17/05/2008) che, vista la nuova formulazione. del 5° comma dell'art. 73, risultante dalle modifiche applicate in sede di convenzione al DL 20/03/2014 n. 36 (con la legge 14/05/2014) è applicabile oggi anche alla ipotesi di reato autonoma prevista dal 5° comma dell'art. 73.

Il nuovo limite massimo di 4 anni consentirà la possibilità di essere ammessi alla messa alla prova, con sospensione del processo ed estinzione del reato in caso di esito positivo, secondo quanto previsto dalla legge 67/2014.

Tale istituto è applicabile una volta sola e quindi può giustificarsi la concomitante presenza dell'art. 73 comma 5 bis, ripristinato dal DL 36/2014, poiché oggetto di dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte Cost/le.

La reintroduzione del comma 5 bis dell'art. 73 rende applicabile nuovamente anche il successivo comma 5 ter che, come detto, consente ai tossicodipendenti ma anche agli assuntori di stupefacenti per una vasta categoria di reati, di vedersi la pena detentiva non superiore ad 1 anno sostituita con i lavori di pubblica utilità.

I commi 5 e 5 bis dell'art. 73 sono applicabili in tutti i processi ancora pendenti, trattandosi di norme più favorevoli.

Da discutere è l'applicabilità in sede di appello dell'istituto della messa alla prova, in assenza di norma transitoria. Propendo per il sì.

E' è da escludersi invece che la sostituzione della pena con il lavoro sostitutivo possa avvenire in sede esecutiva a chi è stato condannato in via definitiva prima dell'entrata in vigore del DL 78/13 (luglio).

### **Il primo comma dell'art. 73**

Quanto al 1° comma, posto che rivive il "vecchio" art. 73, si applica la reclusione da 8 a 20 anni per le droghe pesanti.

La Corte Cost/le ha tuttavia precisato che *"Quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2. c.p., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo"*.

A ciò consegue che:

- per i reati commessi tra il 28/02/2006 (data di entrata in vigore della legge "Fini-Giovanardi") ed il 5/03/2014 la pena irrogabile è: reclusione da 6 a 20 anni e multa da € 26.000 A € 260.000
- per i reati commessi fino al 27/02/2006 (quando vigevo la legge "Iervolino-Vassalli") e dal 7/03/2014 (data del deposito della sentenza della Corte Costituzionale, dopo la quale non può trovare più applicazione "la norma più favorevole" dichiarata incostituzionale), la pena irrogabile è: reclusione da 8 a 20 anni e multa da € 25.746,26 a € 257.462,55.

Per le droghe leggere, a prescindere dalla data di commissione del reato la pena irrogabile è sempre la reclusione da 2 a 6 anni.

Il primo comma considera reato le condotte realizzate "fuori dalle ipotesi previste dall'art. 75", norma che prevede sanzioni amministrative graduate secondo il tipo di stupefacente (droghe leggere o pesanti)..

E' stato introdotto, in sede di conversione, il comma 1 bis di tale norma: l'ambito di applicazione delimita in negativo quello oggetto delle norme incriminatrici contenute nei commi 1 e 4 dell'art. 73.

Il comma 1 bis dell'art. 75 è una riscrittura "a contrario" delle caratteristiche dell'uso personale prima elencate nel comma 1 bis del vecchio art. 73 per la ipotesi della detenzione.

### Le modifiche all'art. 75

#### **I rapporti con la fattispecie penale p. e p. dal 1 comma dell'art. 73.**

Merita di essere evidenziata l'esplicitazione della finalizzazione all'uso personale delle sostanze oggetto della condotta di detenzione passibile di rilevare sul fronte amministrativo.

L'intervento della Corte Costituzionale aveva infatti fatto rivivere il primo comma dell'art. 73 ma aveva lasciato in vita, almeno formalmente l'art. 75.

Era quindi necessario un intervento del legislatore per scongiurare il rischio di attribuzione di rilevanza penale a condotte di pacifica detenzione per uso personale.

Infatti la cancellazione del comma 1 bis dell'art. 73, al quale faceva espresso riferimento l'art. 75 sembrerebbe aver determinato un effetto "a cascata" su questa norma.

L'art. 75, come formulato dalla legge 49/2006 non faceva alcun riferimento alla destinazione all'uso personale, alla quale faceva invece riferimento il comma 1 bis dell'art. 73. Si limitava infatti a sanzionare amministrativamente le condotte poste in essere fuori delle ipotesi di cui all'art. 73 comma 1 bis, ovvero quelle fuori dalla detenzione costituente illecito penale.

La caducazione di questa ultima norma avrebbe quindi provocato l'estensione delle incriminazioni previste dall'art. 73 comma 1 (quello "resuscitato") anche ad ipotesi ricomprese nel comma 1 bis cancellato, non essendo vigente l'art. 75 nella versione precedente alla legge 49/2006: in altri termini, se non vi fosse stato l'intervento innovatore del legislatore, si sarebbe corso il rischio concreto di attrazione in ambito penale di condotte finalizzate ad uso meramente personale delle sostanze. (cfr.ordinanza GUP Avellino 26 marzo 2014).

#### **Criteri per l'accertamento della destinazione dell'uso personale**

In sede di conversione è stato inserito il comma 1 bis dell'art. 75, che riproduce sostanzialmente il caducato comma 1 bis dell'art. 73.

Il comma prevede sanzioni per chi acquista o, riceve o detiene sostanze per farne **uso personale**, il comma 1bis circa la destinazione parla **di uso esclusivamente personale**.

Non so quanto la distinzione sia frutto di una mancanza di coordinamento oppure quanto sia voluta: ciò che tuttavia è evidente è che si sarebbe potuta evitare una simile dissimetria che potrebbe riaccendere dibattiti e contrasti giurisprudenziali sulla nozione di consumo collettivo, facendola rientrare in ambito penale, essendo letteralmente da escludersi solo la detenzione in via esclusiva-personale.

Che dire poi del fatto che i medicinali compaiano solo nel comma 1 bis il quale fa riferimento al medicinale di cui al comma 1 del quale non vi è traccia nello stesso comma?

Ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso **esclusivamente** personale si deve tenere conto delle seguenti circostanze (lettera a):

A) quantità della sostanza (superiore o inferiore) ai limiti indicati con Decreto del Ministero della Salute

NONCHE'

B) modalità di presentazione avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell'azione, da cui risulti che le sostanze sono destinate ad un uso esclusivamente personale.

Primo problema: CHI TIENE CONTO? IL GIUDICE? MA ANCHE LE FORZE DELL'ORDINE CHE SONO CHIAMATE IN PRIMA BATTUTA A VALUTARE SE SI SIA DI FRONTE AD UN ILLECITO AMMINISTRATIVO OPPURE AD UN REATO?

Venendo ora al primo punto, i decreti ministeriali (anch'essi oggetto di caducazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale) non erano mai stati un limite vincolante per il Giudice circa la prova dell'illecito penale. La giurisprudenza aveva da subito ritenuto che il superamento dei limiti non costituisse prova della non destinazione all'uso personale.

La nuova formulazione dei presupposti delle fattispecie punibili, non più indicata come elemento costitutivo della fattispecie penale, ma ricavata "in negativo" dalla norma sulle sanzioni amministrative, si espone a qualche dubbio di legittimità costituzionale sotto il profilo della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 della Costituzione, poiché la fattispecie penale potrebbe essere configurata in base ad un provvedimento (il decreto ministeriale) amministrativo.

E' auspicabile che la giurisprudenza confermi il precedente orientamento non dando peso probatorio circa la destinazione delle sostanze, al superamento dei limiti.

Tuttavia come è stato osservato nei primi commenti, alla conferma di questo orientamento giurisprudenziale potrebbe opporsi un argomento testuale, nel senso della scomparsa della congiunzione "ovvero" tra i decreti ministeriali e gli altri indicatori già presenti nella previgente versione, sostituita da "nonché" il che farebbe venire meno l'alternatività degli indici sostituita dalla cumulatività degli stessi: in altri termini, il mancato superamento delle soglie dovrebbe concorrere (per riconoscersi l'ipotesi amministrativa ed escludere quindi la fattispecie penale) con l'insussistenza di circostanze da cui desumere che la quantità della sostanza stupefacente, pur inferiore ai massimi, sia destinata ad un uso esclusivamente personale.

Quanto al secondo punto (la lettera B)

Il giudice chiamato a decidere una ipotesi di detenzione di sostanza per escludere la fattispecie penale tiene conto dei criteri indiziari indicati nel comma 1 bis dell'art.75, in maniera discrezionale, così da assolvere in presenza del superamento dei limiti, ovvero condannare se i limiti non sono superati e tuttavia le modalità di detenzione depongono per la sussistenza della prova, al di là di ogni ragionevole dubbio, della destinazione dello stupefacente allo spaccio.

Quanto alle circostanze dell'azione, di cui il peso lordo e ,il frazionamento costituiscono una esemplificazione, deve risultare che le sostanze siano destinate all'uso esclusivamente personale.

Attenzione. la modifica legislativa , con la tecnica della definizione in negativo, sembra far presumere un'inversione dell'onere probatorio.

Il comma 1 bis dell'art. 73 parlava di apparenza ad un uso non esclusivamente personale (**APPAIONO**) per ritenere integrata la fattispecie penale.

Il comma 1 bis dell'art. 75 sembra pretendere la prova positiva (" da cui **RISULTI** che le sostanze sono destinate ad uso esclusivamente personale) della destinazione ad un uso personale .

### **Per la fase esecutiva**

Occorre premettere che la decisione della Corte Costituzionale n° 32/2014 non riguarda direttamente l'abrogazione di una norma incriminatrice perché in tal caso le norme di riferimento (art. 136 della Costituzione, 30 della legge 87/1953 e 673 c.p.p.) sono chiare, nel senso che la condanna deve essere revocata dal Giudice dell'esecuzione.

Nel caso che si occupa, invece, la dichiarazione di illegittimità costituzionale riguarda una norma sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (così come il caso di dichiarazione di incostituzionalità di circostanze aggravanti).

La giurisprudenza si era sempre orientata, in questi casi, verso la intangibilità del giudicato.

( v. di recente Corte Cost/le 8/10/2012 n. 230 sull'art. 673 c.p.p.).

Solo recentemente è stato affermato un principio innovativo.

**Cass 27/10/2011 n° 977 "gli artt. 136 Cost e 30 co. 3 e 4 L. 87/1953 non acconsentono l'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima. Spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissis di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze".**

**Cass 24/02/2014 n° 19361 "Il dettato letterale della norma (cioè dell'art. 30 co. 3 e 4 L. 87/53) consente di impedire che sia data esecuzione anche solo alla parte di pena conseguente ad una norma penale dichiarata incostituzionale, e l'eliminazione di questa parte di pena risponde alle esigenze di giustizia, poiché non è accettabile che un soggetto debba scontare anche solo una porzione di pena in conseguenza di una norma che è contraria ai principi della Costituzione.**

Nel caso di specie, **la porzione di pena da eliminare** in conseguenza della dichiarata illegittimità costituzionale della norma **deve essere stabilita dal giudice dell'esecuzione**, che..... dovrà ridurre la pena inflitta, nella misura che riterrà di giustizia, ".

Ancora più recentemente , le SSUU della Corte di Cassazione (sent.24 ottobre 2013,n. 18821, depositata il 7 maggio 2014) si erano pronunciate affermando in sostanza, che se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima.

La pronuncia delle SSUU del 29/05/2014, che come noto, ha affermato il principio della possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena ,in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice ( e che riguarda direttamente la normativa sugli stupefacenti) conferma tale l'orientamento, ovvero di consentire in presenza di determinate condizioni, lo scioglimento del giudicato.

**Per le sentenze passate in giudicato , la sentenza emessa il 29 maggio scorso dalle SSUU consentirà quindi al Giudice dell'esecuzione anche di rideterminare in sede esecutiva la pena inflitta per stupefacenti tipo l' hashish per cui vi è stata condanna.**

E ciò anche se vi sia stata condanna per detenzione di haschish o altre droghe leggere ai sensi dell'art. 73 comma 5.

Secondo alcuni, le pene inflitte ai sensi del 5 comma dell'art. 73 non potranno comunque essere rideterminate , poiché trattandosi di lex mitior più favorevole, vige lo sbarramento dell'art. 2 comma 4 cod. pen.

Una prima ragione di chi sostiene questa tesi viene dal tenore letterale della sentenza della Corte Costituzionale laddove ha affermato che *"Quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2. c.p., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo"*.

Il riferimento ai soli imputati e ai principi enunciati dall'art. 2 del codice penale parrebbe escludere i condannati dalle conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Del resto , la stessa Corte ha affermato che *"nessuna incidenza sulle questioni sollevate possono esplicitare le modifiche apportate all'art. 73, comma 5 del d.P.R. n. 309 del 1990 dall'art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146,.... convertito, con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10."*, sembrando così precludere ogni intervento nella sede esecutiva per chi era stato condannato in via definitiva per spaccio di droghe leggere, vuoi ai sensi del 1 , vuoi ai sensi del 5 comma dell'art. 73.

La Corte costituzionale, tuttavia non si è occupata, nel caso sottoposto al vaglio di costituzionalità, del tema delle sentenze passate in giudicato.

Né si è pronunciata sulla possibilità di scioglimento del giudicato, su cui solo successivamente sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una interpretazione innovativa rispetto al passato.

Attendiamo le motivazioni ma dalla informazione provvisoria fornita dalla Suprema Corte pare evidente che la preclusione del giudicato non costituisce più un ostacolo insormontabile quando la norma penale incide sul trattamento sanzionatorio.

Per il fatto di lieve entità disciplinato dal comma 5 dell'art. 73 e riguardante droghe leggere, gli argomenti che militano per la rideterminazione della pena in sede esecutiva, aumentano.

Infatti, se oggi il 5 comma dell'art. 73 è una ipotesi autonoma di reato, si può ancora parlare con sicurezza solo di lex mitior , oppure siamo di fronte ad una nuova autonoma fattispecie di reato che abroga implicitamente quella precedente, pur costruita come attenuante?

La norma che prevedeva la lieve entità come circostanza attenuante ad effetto speciale oggi non esiste più ma nello stesso tempo, vige una nuova fattispecie di reato, che per quanto riguarda le c.d. droghe leggere prevede una pena identica a quella prevista dalla lervolino-Vassalli;

per le c.d. droghe pesanti costituisce ius novum l'ipotesi di reato autonomo, come tale valutabile in sede esecutiva, posto che le pene sono le stesse?

Come è possibile guidicare ragionevole in base al nuovo assetto normativo una condanna per droghe pesanti inflitta bilanciando l'attenuante delle lieve entità con una recidiva reiterata prima dell'intervento della stessa Corte Costituzionale n. 251 del 5/11/2012 che ha dichiarato

illegittimo il divieto (stabilito dall'art. 69 comma 4 del c.p.) di prevalenza della suddetta attenuante sulla recidiva di cui all'art. 99 IV comma del codice penale?

Lo ribadisco, a fronte del fatto che dal dicembre 2013 vige nell'ordinamento una nuova ipotesi di reato (autonoma) e anche delle recentissime e immediatamente applicabili, in virtù del principio *tempus regit actum*, modifiche processuali introdotte dalla legge 28 aprile 2014 n. 67.

In particolare l'art. 625 ter c.p. valevole per i condannati nei cui confronti si sia proceduto in absentia e quindi ,inevitabilmente applicabile anche a coloro che sono stati condannati in "non colpevole contumacia" per i reati disciplinati dal 5 comma dell'art. 73 commessi prima del D.L. 146/2013 o , peggio, prima della entrata in vigore della legge 79 del 19 maggio 2014.

Su questo tema speriamo di trovare spunti (meglio, anche indicazioni) nelle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite.

Ma, che il giudicato non possa più costituire in un principio intangibile è il frutto di un lungo percorso iniziato nel 1989 con la introduzione nel codice di procedura penale della possibilità di applicare l'istituto della continuazione in sede esecutiva; anche l'art. 670 c.p.p. è una norma che , consentendo di porre in discussione il titolo esecutivo non validamente formatosi, consente lo scioglimento del giudicato.

Tutta la normativa in materia di restituzione in termini , in particolare la legge del 2005, era orientata verso la possibilità di non considerare più il giudicato un dogma non discutibile.

Il suggello a questa lunga marcia verso la possibilità di mettere in discussione un giudicato già formatosi, lo ha posto la legge 28 aprile 2014 n. 67 che ha introdotto nel c.p.p. l'art. 625 ter c.p.p. la cui rubrica recita testualmente "Rescissione del giudicato" valevole per i condannati nei cui confronti si sia proceduto in absentia.

Torino, 4 giugno 2014

Avv. Cosimo Palumbo