

**Tribunale Penale di Ragusa, 10 maggio 2006,
Ordinanza di non manifesta infondatezza della
questione di legittimità costituzionale degli artt. 69 e
99 del codice penale, a seguito delle recenti riforme
(l. 49/2006 e 251/2005).**

Autore: sentenza

In: Diritto civile e commerciale

**n. 1506/06
r. g. n.r.**

**n.
100182/06 r. g. Trib.**

TRIBUNALE PENALE DI RAGUSA

SEZIONE DISTACCATA DI VITTORIA

ORDINANZA

EX ART. 23, COMMA 3, L. 11.3.1953 N. 87

Il Tribunale, in composizione monocratica,

esaminati gli atti del procedimento penale n. 100182/06 r. g. Trib., nei confronti di Xxxxxx ***, imputato del seguente:

a)

Delitto previsto e punito dall'art. 73 d. p. r. 309/90 e succ. mod., per avere detenuto per la cessione, nonché ceduto a Yyyyyyy Diego, sostanza stupefacente di tipo hashish per un quantitativo di circa un grammo. Fatto accertato in Vittoria il 27.4.2006. Con la recidiva specifica reiterata ed infraquinquennale.

Ritenuta ammissibile e rilevante nel predetto giudizio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, del codice penale, nella parte in cui prevede che il giudice non possa operare il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti nei confronti di un soggetto recidivo aggravato reiterato, e dell'art. 99, comma quarto, del codice penale, nella parte in cui rende obbligatorio un aumento fisso della pena per detta categoria di imputati;

OSSERVA

1.

Sulla rilevanza della questione.

In data 27 aprile 2006, alle ore 11,20 circa, Xxxxxx *** veniva colto nella flagranza del delitto di cessione di sostanza stupefacente di tipo hashish, per un quantitativo di circa un grammo.

Tratto davanti al giudice monocratico per la convalida dell'arresto per il delitto previsto e punito dall'art. 73 d.p. r. 309/90, meglio descritto in epigrafe, con la recidiva

specificata reiterata ed infraquinquennale,
all'udienza del 28 aprile 2006 il giudice convalidava la misura cautelare e, su richiesta del P. M., applicava nei confronti dell'arrestato la custodia cautelare in carcere.

Disposto il giudizio direttissimo, dopo la lettura dell'imputazione contestata, l'imputato chiedeva un termine a difesa. Concesso il rinvio, all'udienza del 4.5.2006, Xxxxxx *** chiedeva la definizione del procedimento con il rito abbreviato.

Il giudice ammetteva l'imputato al rito extradibattimentale prescelto, disponeva procedersi nelle forme dell'art. 421 e seguenti del c. p. p., ed invitava le parti alla discussione. Esse precisavano le conclusioni come da verbale in atti.

Nel corso dell'interrogatorio di garanzia l'imputato ammetteva l'addebito e riconosceva di avere ceduto sostanza stupefacente ad un giovane incontrato per caso, tale Yyyyyyy Diego, specificando di avere rubato la droga ad un connazionale e di averne, tuttavia, alienato soltanto una stecca, pari a circa un grammo, ricevendo come prezzo della illecita dazione la somma di euro 10,00.

La circostanza veniva confermata dal verbale di arresto, da quelli di perquisizione personale operati nei confronti dell'imputato e dell'acquirente dello stupefacente, dal verbale di sequestro della sostanza drogante, rinvenuta nella disponibilità del giovane compratore, tutti atti irripetibili ed utilizzabili ai fini della decisione.

All'esito della discussione, il P. M. chiedeva affermarsi la penale responsabilità dell'imputato e la conseguente condanna dello stesso alla pena di anni due, mesi sei, di reclusione, ed € 18.000,00 di multa, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche. Il difensore dell'imputato chiedeva applicarsi il minimo della pena, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche, nonché di quella prevista dall'art. 73, comma 5, d. p. r. 309/90; in subordine la applicazione della disciplina della continuazione con altra condanna per lo stesso reato riportata dal Xxxxxx.

Dal certificato del casellario giudiziale emerge che l'imputato Xxxxxx *** ha riportato tre condanne per tentato furto, divenute definitive tra il 1996 ed il 1997, una per lesioni personali del 26.7.2002, e ben quattro condanne per reati in materia di stupefacenti. In particolare in data 2.6.1999 gli veniva applicata, su richiesta delle parti, la pena di anni, uno, mesi sei, di reclusione, per la consumazione dei delitti di cui agli artt. 74 e 73 d. p. r. 309/90, commessi il 22.4.1999, ritenuta la ipotesi di cui al comma 5 di quest'ultima norma; il 12.3.2002 diventava irrevocabile la sentenza della Corte di Appello di Catania che condannava il prevenuto per il reato di cui all'art. 73 d. p. r. 309/90 (contestatagli, altresì, la recidiva) ad anni uno, mesi sei, di reclusione ed € 5.000,00 di multa.

Il 6.4.2004 all'imputato veniva applicata la pena di mesi otto di reclusione ed € 4.000,00 di multa con

sentenza del Tribunale di Ragusa, sezione distaccata di Vittoria, per il reato di detenzione illecita di sostanza stupefacente in concorso, previsto e punito dall'art 73, comma 5, d. p. r. 309/90, per un fatto commesso il 3.4.2004.

Il medesimo organo giudicante applicava al prevenuto mesi dieci di reclusione con sentenza dell'1.2.2005 per un'altra ipotesi di violazione del testo unico in materia di stupefacenti commessa dal Xxxxxx in data 30.1.2005, oltre che per la violazione dell'art. 14, comma 5 ter d. lgs. 286/98.

Dal breve excursus svolto emerge la rilevanza, nel giudizio a quo, della questione di legittimità costituzionale degli artt. 69 e 99 c. p., come recentemente modificati a seguito della legge 251/2005.

Invero l'accertamento dei fatti emersi in dibattimento comporta la applicazione degli istituti della recidiva e del bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c. p..

Per le concrete modalità di commissione del fatto, per la modesta quantità della sostanza stupefacente rinvenuta e per il lieve tenore del principio attivo in essa contenuto, appare indiscutibile, nel caso di specie, la applicazione della circostanza attenuante ad efficacia speciale di cui all'art. 73, comma 5, d. p. r. 309/90. Detta norma, come molte altre del cosiddetto testo unico in materia di stupefacenti, risulta modificata a seguito del recente intervento legislativo, avvenuto con d. l. 272/2005, convertito nella legge 49/2006. La pena prevista dal legislatore per dette ipotesi oscilla da uno a sei anni di reclusione, nonché da € 3.000,00 ad € 26.000,00 di multa. Per la fattispecie base di cui al comma 1 dell'art. 73 d. p. r. cit., in virtù della medesima recente novella del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, la disciplina sanzionatoria risulta uguale con riferimento sia alle droghe c. d. leggere (hashish e marijuana in primis), sia a quelle pesanti (ad esempio la cocaina), e prevede indistintamente la reclusione da sei a venti anni e la multa da € 26.000,00 ad € 260.000,00.

A causa della contestata recidiva aggravata reiterata nei confronti dell'odierno imputato deve trovare applicazione, tuttavia, la disposizione di cui all'art. 99, comma 4, c. p..

La considerazione della recidiva come circostanza inerente al colpevole comporta, altresì, la necessaria attuazione del giudizio di bilanciamento tra la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d. p. r. 309/90 e la recidiva.

L'art. 69, comma 4, c.p., modificato dalla l. 251/2005, recita: <<Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato>>.

Non appare possibile, pertanto, operare il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti nelle ipotesi di recidiva aggravata reiterata (art. 99, comma 4, c. p.).

Quest'ultima disposizione comporta che, nel caso concreto, potendosi procedere soltanto ad un giudizio di equivalenza, questa Autorità procedente non potrebbe irrogare una pena detentiva inferiore ad anni sei di reclusione ed € 26.000,00 di multa. La diminuzione per il rito prescelto - scelta processuale volontaria, estranea ai limiti edittali di pena positivizzati dal legislatore- consentirebbe di attutire soltanto parzialmente il peso delle gravosissime sanzioni detentiva e pecuniaria.

L'effetto derivante dalla applicazione delle due norme appare in contrasto con alcuni principi fondamentali sanciti dalla Carta Costituzionale.

2.

Sulla non manifesta infondatezza della questione e sul contrasto con le norme della Carta Costituzionale.

Questo Tribunale ritiene non manifestamente infondata la questione sotto i profili di seguito esaminati.

Art. 3 Costituzione.

Ad avviso di questo decidente risulta chiaramente lesa il principio di ragionevolezza, inteso come declinazione naturale del principio di uguaglianza.

Lo status di recidivo, se può certamente rilevare ai fini di consentire una dose della pena calibrata alla indole del reo, al fine di meglio commisurare la sanzione alla personalità del colpevole, secondo gli indici di commisurazione soggettiva della pena previsti dall'art. 133 c. p., non può giammai spingersi al punto da creare ingiustificate, illogiche e conclamate disuguaglianze tra imputati di medesimi reati, nonché irrazionali scelte sanzionatorie tra categorie di persone (cfr. Corte Cost. n. 218/1974; Corte Cost. n. 26/1979, n. 103/182 e 409/89).

Tale è, ad avviso dello scrivente, la disciplina derivante dal disposto degli artt. 69 e 99 del codice penale per le ipotesi di reati commessi da soggetti ai quali viene contestata la recidiva aggravata reiterata. La legge n. 251/2005, modificando dette norme, ed incidendo così fortemente sulla disciplina del potere discrezionale del giudice di irrogare la pena, ha varcato il limite indefettibile tracciato dalla Corte Costituzionale nelle sopra menzionate sentenze, ovvero che “il principio d'uguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, Cost., esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; ed ha aggiunto che le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza” (Corte Cost. n. 409/89).

Nel caso in esame il disposto sia dell'art. 69, comma quarto, del codice penale, sia dell'art. 99, comma quarto, del medesimo codice, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 5.12.2005 n. 251, risultano in contrasto con il parametro di cui all'art. 3 Cost. per le ragioni sopra dette e per quelle che meglio saranno evidenziate infra.

Art. 25, comma 2, Costituzione.

Il sistema del diritto penale vigente nel nostro ordinamento giuridico è improntato ai principi di materialità e di offensività della condotta. Parametro costituzionale di detti principi è l'art. 25, comma 2, Cost., che positivizza al massimo livello normativo il principio di legalità vigente in ambito penale e che sancisce una ineludibile e netta scelta di campo a favore delle teorie oggettive del diritto penale .

“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”: il preciso dettato normativo vuole significare che il sistema penale intende punire soltanto singole e specifiche aggressioni di beni giuridici tutelati dall'ordinamento.

Non è volontà del legislatore penale quella di perseguire la commissione di un fatto di reato in relazione al suo autore.

Si è parlato di diritto penale del fatto in contrapposizione a diritto penale dell'autore. Questa visione oggettivistica del diritto penale costituisce garanzia contro le incriminazioni degli atteggiamenti umani che lambiscono la sfera interna del soggetto ed altresì strumento di uguaglianza formale e sostanziale.

La centralità degli elementi oggettivi del reato e la loro fondamentale importanza conducono a dovere valorizzare in modo preminente la condotta oggettiva ascritta all'imputato. Ciò non vuol dire trascurare i profili soggettivi del delitto e, a tal proposito, occorre esaminare la ratio della recidiva, come accolta dal

nostro ordinamento.

L'istituto, affermatosi dalla metà del XIX secolo nelle democrazie liberali europee con la diffusione delle concezioni soggettivistiche del diritto penale, trovava ingresso anche nel codice Rocco. L'art. 99, invero, spezza l'equazione della predominante concezione classica reato - pena ancorata a profili rigorosamente retribuzionistici.

La recidiva costituisce indice della maggiore capacità a delinquere del reo e, per questo, rileva sia sotto il profilo retributivo, come aspetto della colpevolezza per il fatto, sia sotto quello preventivo, quale capacità di nuovi reati.

La ratio della norma, tuttavia, è quella di far conseguire soltanto un aumento di pena nei confronti di detti soggetti, che mostrano una maggiore pericolosità sociale.

Ma ciò non può mai implicare il disancoramento della maggiore riprovazione giuridica della condotta posta in essere da persone, già condannate per altri reati, dal nuovo fatto delittuoso commesso successivamente al primo (o ai primi).

Il codice Rocco, anche a seguito della riforma del 1974, ha previsto la facoltatività, la genericità (ossia la applicazione della medesima anche per reati disomogenei) e la perpetuità della recidiva. E la dottrina più accorta ha sempre evidenziato i rischi di dette caratteristiche, in quanto esse trascurano che il rimprovero da muovere al condannato deve essere contraddistinto dalla temporaneità, per poter essere meglio compreso e per assolvere la pena la sua funzione rieducativa. La genericità della recidiva, inoltre, può diventare foriera di forti incongruità in relazione alle diverse ipotesi di reato commesse.

Ecco perché la commisurazione della pena secondo gli indici oggettivi e soggettivi indicati dall'art. 133 c. p. consente di adeguare la sanzione al fatto, così potendo il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, che riflette

la libertà e la necessità di valutare la concreta fattispecie sulla quale deve decidere, irrogare al recidivo una pena più consistente, proprio in virtù dell'art. 99 c. p..

Ma impedire in modo assoluto la valutazione concreta della condotta posta in essere dal recidivo, ed agganciare alla condizione personale del reo per fatti compiuti dallo stesso in precedenza il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sussistenti nella fattispecie, ovvero imporre un obbligo fisso di aumento della sanzione (come nel caso del comma quarto dell'art. 99 del codice penale), vuol dire intaccare profondamente il principio di materialità del diritto penale, annichilendo i poteri del giudice in sede di determinazione della pena e, in definitiva, stringere "con occhiuta determinazione il cappio sanzionatorio intorno al collo del recidivo", come osservato di recente da autorevolissima dottrina.

Nel caso concreto il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto (art. 73,

comma 5, d. p. r. 309/90) comporterebbe, ove si riconoscesse la equivalenza tra le circostanze, la irrogazione di una pena detentiva minima di anni sei di reclusione ed € 26.000,00 di multa per la cessione di un grammo di hashish (non considerando la riduzione per il rito). La sproporzionata sanzione detentiva e pecuniaria appare lapalissiana ed il divieto succitato si traduce in una indebita mortificazione del principio di materialità del diritto penale, oltre che di quello di uguaglianza e di ragionevolezza.

La condotta posta in essere dall'imputato viene punita con una sanzione assolutamente non proporzionata alla gravità del fatto e ad alle sue modalità di realizzazione, nonché al medesimo elemento psicologico che connota nel caso concreto il fatto delittuoso.

A tal proposito appare opportuno, in questa sede (seppure più attinente all'art. 3 Cost.), evidenziare un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale della norma per gli effetti che essa è in grado di cagionare. La mancata modifica dell'art. 74 d. p. r. 309/90 da parte della l. 49/2006, in particolare del comma 6 della citata norma, determina, invero, inspiegabili ed ingiustificate disparità di trattamento sanzionatorio all'interno del medesimo testo unico per gli stupefacenti per fatti di reato il cui disvalore giuridico appare notevolmente diverso. "Nella ipotesi di associazione per fatti di lieve entità - art. 73 comma 5 DPR 309/90 - vi è una vera e propria configurazione autonoma di reato. Infatti l'art. 74 comma 6 non prevede una semplice riduzione di pena rispetto alle ipotesi associative più gravi previste in detto articolo - commi 1 e 2 -, ma opera un generale richiamo all'art. 416 c.p., che non può considerarsi soltanto un richiamo quoad poenam. Il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale suscitato da tali fatti e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dall'art. 73 comma 5 DPR 309/90, ha voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio di sostanze stupefacenti per i fatti di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5, come una semplice ipotesi di associazione per delinquere prevista dall'art 416 c.p." (così Cass. 16.3.2000 n. 1483, De Santis, in Ced Cass. rv. 216045).

Orbene nel caso in esame la condotta dell'imputato per un episodio di cessione di un grammo di hashish sarebbe punita con la pena della reclusione non inferiore a sei anni e fino a venti, a causa della natura circostanziale dell'ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 73 d. p. r. 309/90 e del divieto di prevalenza di detta circostanza, mentre la condotta del partecipe o del promotore di una associazione dedita al narcotraffico, anche di sostanze stupefacenti pesanti, per fatti di lieve entità, è punita rispettivamente con la reclusione da uno a cinque anni e da tre a sette anni. Il medesimo imputato recidivo reiterato, dunque, se avesse commesso la più grave ipotesi delittuosa del delitto associativo previsto dall'art. 74, comma 6, d. p. r. 309/90, sarebbe stato passibile di una pena che non superava l'entità di anni sette di reclusione (nel caso di promozione o costituzione od organizzazione del sodalizio) ovvero di anni cinque (nel caso di mera partecipazione). La irragionevolezza della differenza del trattamento sanzionatorio nella medesima normativa in materia di stupefacenti è talmente evidente, da comportare un ulteriore profilo di censura della medesima sotto il profilo dell'art. 3 Cost..

Art. 27 Costituzione.

La modificazione normativa degli artt. 69, comma 4, e 99, comma quarto, del codice penale prospetta innumerevoli dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al principio di rieducazione della pena. La funzione risocializzante della sanzione verrebbe totalmente annullata dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nelle ipotesi in cui autore del fatto sia un recidivo reiterato aggravato.

Il principio di proporzionalità tra reato e pena è un postulato del principio di legalità e di offensività della condotta penalmente sanzionata. Impedire il giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti ed aggravanti in ipotesi di reati commessi da recidivi reiterati significa ignorare la concreta lesività della condotta posta in essere ed infliggere al prevenuto una pena soltanto (rectius: prevalentemente) per la sua condizione personale e non per la effettiva gravità del fatto, per la intensità del dolo manifestato nella successiva condotta, per le concrete modalità di realizzazione. E ciò anche nelle ipotesi, come quella in esame, in cui l'imputato ha commesso in precedenza più fatti delittuosi della stessa specie ed indole di quello per cui è processo.

Non viene così salvaguardata nessuna delle istanze sottese alla irrogazione della pena al colpevole. Non quella retribuzionistica, in quanto, al contrario, verrebbe totalmente trascurata la componente oggettiva del fatto. Non quella della prevenzione generale in quanto, anche per essa, la dottrina ritiene parametro indefettibile la adeguatezza della sanzione, atteso che anche pene troppo severe, seppure suscitino timore, non rafforzano la coscienza giuridica dei consociati e possono, viceversa, rivelarsi criminogene.

Non, infine, quella della prevenzione speciale, in quanto anche il più incallito criminale non comprenderebbe il significato di una pena totalmente sproporzionata in relazione al fatto commesso.

Il divieto di prevalenza delle attenuanti rileva anche sotto ulteriore profilo, già evidenziato dai primi autorevoli commentatori della legge c. d. ex Cirielli. Se la finalità del giudizio di comparazione tra le circostanze è quella di apprezzare in modo pieno e completo la personalità del colpevole e la vera entità del fatto (cfr. Cass. 28.6.2005, Matti), la regola posta dall'art. 69, comma 4, del codice penale può determinare un "appiattimento del trattamento sanzionatorio per situazioni completamente diverse". Il giudizio di equivalenza si imporrebbe anche in presenza di plurime circostanze attenuanti, anche di quelle autonome o indipendenti, come nel caso in esame, e ciò comporterebbe delle ingiustificate discriminazioni anche tra recidivi reiterati, atteso che tutti meriterebbero il medesimo trattamento.

L'impossibilità di operare il giudizio di prevalenza tra circostanze può, infine, ostacolare una condotta di resipiscenza del condannato, che non avrebbe stimolo alcuno,

invero, a porre in essere condotte riparatorie o risarcitorie post factum (ad esempio quelle di cui all'art. 62 n. 6, cod. pen.).

Né possono sottovalutarsi le considerazioni svolte a proposito della ingiustificata diversità di trattamento sanzionatorio nei casi di associazione finalizzata a fatti di lieve entità in materia di stupefacenti. L'attuale stato della normativa, per quanto sopra detto, invoglierebbe il recidivo abituale e reiterato a partecipare a detti sodalizi criminosi, anche con il ruolo di promotore ed organizzatore, con la certezza di subire, nel caso di condanna, un migliore trattamento sanzionatorio.

L'aumento notarile della pena previsto dalla nuova disposizione dell'art. 99, comma 4, c. p. , infine, annullando ogni discrezionalità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, impedisce ulteriormente l'adeguamento della pena al fatto e dimostra un totale disinteresse dello Stato nella finalità di rieducazione e risocializzazione del reo.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 l. 11.3.1953 n.87,

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c. p., come modificato dall'art. 3 della legge 5.12.2005 n. 251, nella parte in cui prescrive il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle circostanze inerenti alla persona del colpevole nel caso previsto dall'art. 99, quarto comma, del codice penale.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, comma 4, c. p., come modificato dall'art. 4 della legge 5.12.2005 n. 251, nella parte in cui prescrive un aumento di pena fisso per le ipotesi di recidiva reiterata.

Dispone la immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ordina che a cura della Cancelleria copia della presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Dispone, altresì, che venga data comunicazione, a cura della Cancelleria, al Presidente della Camera dei Deputati ed al Presidente del Senato.

Sospende il giudizio in corso.

Ragusa- Vittoria , 10 maggio 2006.

Il giudice

Dott. Andrea Reale

<https://www.diritto.it/tribunale-penale-di-ragusa-10-maggio-2006-ordinanza-di-non-manifesta-infondatezza-della-questione-di-legittimita-costituzionale-degli-artt-69-e-99-del-codice-penale-a-seguito-delle-recenti-riforme/>