



Procura della Repubblica presso il Tribunale di
L A N C I A N O

Il procuratore della Repubblica

OGGETTO: disciplina penale in materia di sostanze stupefacenti conseguenti al d.l. 36/14, conv. nella l. n. 79/14.

1. Le finalità della presente direttiva.

Con la direttiva emanata il 7 marzo sono state esaminate le principali conseguenze derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32/14 sulle attività di competenza del pubblico ministero (e della polizia giudiziaria), ponendo in rilievo che la rilevanza e la quantità delle problematiche derivanti dalla citata sentenza richiedevano un immediato intervento del legislatore, con la conseguente provvisorietà delle soluzioni adottate.

Il legislatore è intervenuto con alcune modifiche che richiedono un coordinamento con le indicazioni già formulate il 7 marzo.

Pur se permangono incertezze interpretative, che potranno condurre in futuro a diverse soluzioni, occorre individuare immediate soluzioni operative che, essendo state elaborate e condivise tra i magistrati dell'Ufficio, rappresentano *linee guida*.

2. L'entrata in vigore del d.l. 36/14 e della l. 79/14. Sintesi delle modifiche rilevanti.

Il d.l. 36/14 è entrato in vigore il 21 marzo 2014 (ex art. 4, comma 1), giorno della pubblicazione sulla G.U del 21 marzo 2014); le norme convertite senza modifiche sostanziali trovano applicazione da quella data.

La l. 79/14 è entrata in vigore il 21 maggio 2014 (ex art. 1, comma 2), giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U del 20 maggio 2014; le norme inserite dalla legge di conversione (ovvero quelle modificate “sostanzialmente”) trovano applicazione da questa data.

Richiamata la complessa evoluzione della disciplina contenuta nel par. 4 della direttiva del 7 marzo 2014 si sintetizzano quelle che sembrano le disposizioni (e le modifiche) più rilevanti:

a) con riferimento all’art. 73 del DPR 309/90:

- si modifica solo l’art. 73 comma 5, con previsione, tra l’altro, di una pena edittale massima inferiore. Per tale disposizione rimane fermo quanto già esposto (come la ritenuta autonoma fattispecie delittuosa, confermata ripetutamente dalla Corte di Cassazione), ma sorgono ulteriori problematiche: successione della legge penale (trattamento più favorevole), rito, limiti di applicabilità della misura custodiale ;
- non si modifica in alcuna altra parte l’art. 73 cit. Rimane fermo, dunque, il principale effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32/14 rappresentato dalla “reviviscenza” del testo del DPR 309/90 precedente alla l. di conversione 49/06: distinzione tra droghe pesanti (art. 73, comma 1) e droghe leggere (art. 73 commi 1 e 4);

b) per gli artt. 2, 13 e 14 (disciplina delle tabelle richiamate dall’art. 73 commi 1 e 4 nel testo oggi vigente):

- si modifica la disciplina introducendo, per quanto interessa, le tabelle da I a IV, esattamente come nel testo originario del DPR 309/90 (distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti);
- si modifica, in parte, il procedimento di aggiornamento delle tabelle;
- si allegano al testo (art. 1, comma 3) le tabelle previste dagli artt. 13 e 14 che, per quanto interessa in questa sede, sembra che sostanzialmente aggiornino le tabelle originarie previgenti la l. 49/06 (unificazione tra droghe leggere e pesanti, inserite in un’unica tabella), includendo nelle diverse tabelle le “nuove” sostanze stupefacenti riconosciute dal 2006;
- si prevede (all’art. 2) una “anomala” “ripresa”, dalla data di entrata in vigore del decreto legge degli effetti degli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale;

c) si modifica l’art. 75 prevedendo:

- l’illecito amministrativo per “uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa” (differenziando tra droghe leggere e pesanti);
- criteri per l'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotrope¹.

¹ «a) che la quantità di sostanza stupefacente o psicotropa non sia superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche

3 . Le tabelle previste dagli articoli 13 e 14 del DPR 309/90: le sostanze inserite dal 2006.

Il par. 6. 2 della direttiva del 7 marzo si diffonde sul problema della sanzione (penale) applicabile con riferimento alle sostanze introdotte nella tabella unica dopo la l. 49/06 a seguito della dichiarazione di incostituzionalità (anche) dell'art. 4-vicies^{ter} l. n. 49/06².

Il nuovo testo degli art. (2) 13 e 14 del DPR 309/90, consente di proporre le seguenti conclusioni:

- a) i dubbi sono risolti per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto legge (21 marzo 2014), operando la classificazione contenuta nelle tabelle allegate allo stesso decreto legge. Da tale data i comportamenti sono sanzionati dall'art. 73, commi 1 e 4, secondo la classificazione operata dalle nuove tabelle;

antidroga, nonché della modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope, 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;

b) che i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali, sezioni A, B, C e D, non eccedano il quantitativo prescritto».

² «Le “nuove” tabelle hanno perso ogni efficacia venendo sostituite, con la sentenza della Corte, dalle tabelle vigenti² alla data di entrata in vigore della l. di conversione n. 49/06. Questo il dispositivo della declaratoria di incostituzionalità (e della motivazione) della Corte che, però consente al Giudice di verificare quali disposizioni non sono travolte dalla declaratoria perché «non divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate)».

Per le principali sostanze non sembrano sorgere problemi applicativi essendo inserite nelle tabelle del DPR originario (e non sembrano rilevare le eventuali successive ulteriori sottodistinzioni).

Sembrano porsi, invece, rilevanti questioni per le sostanze introdotte successivamente, col procedimento previsto dal nuovo testo:

- da un lato, potrebbe ritenersi che queste nuove sostanze, comunque classificate sostanze stupefacenti col procedimento legislativamente previsto agli artt. 2 e 13 (non modificato sostanzialmente dalla l. n. 49/06) rientrino tra le «norme, successive a quelle impugnate (che) devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies^{ter}, oggetto della presente decisione».
- In tale caso le sostanze:
- potrebbero ritenersi - sulla base del principio favor rei - classificate comunque nelle tabelle II e IV (“droghe leggere”) e opererebbero gli ordinari effetti più favorevoli all'imputato;
 - ovvero dovrebbe operarsi una valutazione caso per caso al fine di verificare se le caratteristiche della sostanza inserita corrispondono (sulla base dei criteri dell'art. 14 del DPR 309/90 originario) a quelle delle diverse tabelle (I-III ovvero II-IV);
 - dall'altro si potrebbe ritenere che i decreti del Ministero emessi dopo la l. n. 49/06 siano «prive del loro oggetto», con conseguente “caducazione”. In tale caso le condotte relative a tali sostanze dovrebbero ritenersi penalmente irrilevanti, con applicazione dei relativi principi (anche in tema di cessazione degli effetti del giudicato).

Allo stato si propende per la prima tesi, temperata dal principio del favor rei in considerazione dell'intervento del Ministero della Salute che, con decreto ministeriale (previsto sia dal testo originario del DPR 309/90, sia dal testo introdotto dalla l. n. 49/06), ha classificato la sostanza; classificazione che, in assenza delle modifiche della l. n. 49/06, avrebbe comportato almeno l'inserimento in una delle tabelle (da I a IV) corrispondenti a quella “unificata (tabella I).

In definitiva, i decreti ministeriali adottati non sembrano presupporre necessariamente il testo della l. n. 49/06 che si limitava a imporre l'inserimento nell'unica tabella I con cui si unificavano sostanzialmente le previgenti tabelle da I a IV.

La sola differenza della procedura di adozione del decreto del Ministero della salute non sembra incidere sulla sua “validità” (ovvero fare “venir meno l'oggetto”, secondo la Corte), anche in considerazione dei criteri di classificazione previsti dall'art. 14, come modificato dalla l. n. 49/06, sostanzialmente coincidenti con quelli del testo previgente, anche questi sostanzialmente “unificati” con l'obiettivo di prevedere l'unica tabella I.

Anche la lettura dei decreti ministeriali sembra confermare tale opzione interpretativa, facendo questi generalmente riferimento:

- a specifiche sostanze presenti nella tabella I della l. n. 49/06, generalmente presenti anche nelle tabelle da I a IV del DPR 309/90 originario;
- a criteri adottati corrispondenti a quelli previsti dall'art. 14 nei diversi testi vigenti;

Appare, comunque, necessaria una tempestiva approvazione di tabelle aggiornate. »

- b) permangono i dubbi (e dunque si ribadisce la soluzione già proposta) per i fatti commessi precedentemente, non potendo attribuirsi alcun rilievo alla disposizione che fa salva l'efficacia degli atti amministrativi (tra cui i decreti di inserimento delle nuove sostanze nella tabella unica dopo la l. 49/06) adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale; efficacia operativa, peraltro, dalla data di entrata in vigore del decreto legge.

4- L'Uso personale.

Richiamate le conclusioni già esposte il 7 marzo³, il nuovo testo dell'art. 75 consente, per l'individuazione dell'uso personale (tale da non integrare i delitti di cui all'art. 73, commi 1, 4 e 5), di fare riferimento ai criteri generali ivi previsti e, in attesa dei decreti ministeriali da adottare, del contenuto del decreto ministeriale 11.4.06 e successive modifiche e aggiornamenti⁴, i cui effetti sono fatti salvi (nei limiti delle nuove disposizioni) dall'art. 2 del d.l. in esame.

5 Il delitto di cui all'art. 73 comma 5

Le modifiche più rilevanti riguardano l'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5, DPR 309/90 (ormai pacificamente ritenuta autonoma ipotesi delittuosa) che dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (21 maggio 2014) è punita con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e con multa da euro 1.032 a euro 10.329 (pena precedente reclusione da 1 a 5 anni e multa da euro 3.000 a euro 26.000).

Il legislatore, tenendo ferma l'unificazione tra droghe leggere e pesanti nell'ipotesi lieve, riduce la pena prevedendo quella di cui al testo originario del DPR 309/90 per le droghe leggere, esattamente "ricopiata", perfino senza l'arrotondamento della conversione da lire a euro.

³ I decreti del Ministero della salute in cui sono determinati i limiti massimi previsti dall'art. 73, comma 1 bis, lett. a) (cfr. DM 11.4.06 e successive modifiche e aggiornamenti), potranno essere presi come riferimento (valorizzando la prassi applicativa dal 2006) per determinare l'uso personale ovvero per ritenere l'aggravante dell'ingente quantità secondo i criteri indicati nella sentenza Cass. Pen. S.U., 24 maggio 2012 (dep. 20 settembre 2012), n. 36258, P.G. e Biondi, CED 253150 secondo cui «In tema di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, l'aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata».

⁴ I decreti del Ministero della salute in cui sono determinati i limiti massimi previsti dall'art. 73, comma 1 bis, lett. a) (cfr. DM 11.4.06 e successive modifiche e aggiornamenti), potranno essere prese come riferimento (valorizzando la prassi applicativa dal 2006) per determinare l'uso personale ovvero per ritenere l'aggravante dell'ingente quantità secondo i criteri indicati nella sentenza Cass. Pen. S.U., 24 maggio 2012 (dep. 20 settembre 2012), n. 36258, P.G. e Biondi, CED 253150 secondo cui «In tema di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, l'aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata».

Fermo restando che la modifica non influisce su termini di custodia cautelare e prescrizionali, vanno verificati i principali effetti del nuovo trattamento sanzionatorio nelle ordinarie ipotesi di contestazione⁵.

5.1 Gli effetti sul trattamento più favorevole.

I nuovi limiti edittali comportano che anche per i fatti commessi prima del 21 marzo 2014 (data di entrata in vigore del d.l.) si applica il più favorevole trattamento, qualunque sia l'epoca della loro realizzazione (art. 2, comma 4 c.p.)

Si è evidenziato, infatti, che oggi si applica la pena prevista dalla fattispecie lieve, con riferimento alle droghe leggere, sicchè sembrano superate diverse questioni proposte in precedenza.

5.2 Gli effetti sul rito

Il nuovo trattamento sanzionatorio, applicabile anche ai fatti commessi precedentemente, fa rientrare il delitto tra quelli a citazione diretta ai sensi 550 comma 1 c.p.p.

Sotto il profilo del diritto intertemporale si ritiene che possano essere applicati i principi elaborati in tema di competenza⁶ e di trasformazione del rito⁷, per cui trova applicazione anche per i fatti commessi in precedenza (in mancanza di espresse disposizioni transitorie) il principio *tempus regit actum*, sempre che il giudice non sia stato già legittimamente investito del relativo giudizio. In tale ultimo caso, trova applicazione la normativa in vigore nel momento in cui il P.M. esercita l'azione penale e il rito così determinato rimane fermo.

Dunque, qualora alla data del 21 maggio 2014 ancora non sia stata avanzata la richiesta di rinvio a giudizio, potrà procedersi secondo le norme sul rito a citazione diretta.

⁵ Andranno verificati i principi esposti in presenza di eventuali aggravanti ad effetto speciale; ad esempio aggravante prevista dall'art. 80 comma 1 lett. a) DPR 309/90, ritenuta compatibile col fatto lieve (S.U. 35737/10).

⁶ S.U. sent. n. 3821/06.

⁷ S.C. 4313/2000 «per valutare la regolarità del decreto di citazione a giudizio emesso in base agli artt. 555 e sgg. cod. proc. pen. per i procedimenti da celebrarsi davanti al Tribunale in composizione monocratica, nel testo modificato dal D.L.G. 19 febbraio 1998, n.15, ma prima dell'entrata in vigore della l. 16 dicembre 1999, n.479 (che all'art. 44 ha introdotto la necessità di tenere l'udienza preliminare per tutti i delitti puniti con pena pari o superiore nel massimo a quattro anni, anche congiunta a pena pecuniaria) deve essere applicata la norma vigente nel momento in cui l'atto è stato compiuto in quanto si tratta di successione nel tempo di norme aventi natura esclusivamente processuale, soggette al principio "tempus regit actum" e a quello della irretroattività della legge stabilito nell'art. 11 comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale, disposizione nella specie non derogata stante l'assenza di una apposita norma transitoria. (Nella specie è stata ritenuta corretta la citazione diretta a giudizio per il reato di omicidio colposo in quanto nel momento in cui è stata disposta, la cit. l. 479/99 non era ancora entrata in vigore ed è stato ritenuto abnorme il provvedimento con cui il Tribunale ha trasmesso gli atti al pubblico ministero perché formulasse la richiesta di rinvio a giudizio)».

5.3 Gli effetti in materia di misure custodiali

5.3.1 La nuova disciplina, in generale

Il nuovo limite edittale comporta l'inapplicabilità di misure custodiali consentite solo per delitti , consumati o tentati, puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni.

Certamente non è consentita la custodia cautelare in carcere.

Per gli arresti domiciliari è noto il dibattito che è seguito all'entrata in vigore del d.l. 73/13, conv. dalla l. 146/13 e non è questa la sede per affrontare il tema potendo solo rilevarsi che sembra prevalere quella della possibilità di applicare gli arresti domiciliari..

In ogni caso la misura custodiale è adottabile ai sensi dell'art. 280, comma 3, nel caso di trasgressione di una (delle diverse) misure cautelari che possono essere applicate.

5.3.2 L'immediata applicabilità della nuova disciplina.

La nuova disciplina trova immediata applicazione, anche per i fatti commessi precedentemente⁸.

Si è infatti, già provveduto tempestivamente alla verifica dei procedimenti in corso nella fase delle indagini preliminari.

5.3.3. L'applicabilità della misura custodiale all'esito della convalida dell'arresto

Si è ritenuto di approfondire il tema dell'applicabilità della custodia cautelare in carcere all'esito della convalida dell'arresto. Vale a dire se e in che limiti possa trovare applicazione il disposto dell'art. 391 comma 5, anche per le concrete ricadute operative.

Il tema, per la prima volta oggi approfondito specificamente dall'Ufficio (venendo concretamente in rilievo solo dalle modifiche del 2013) è stato risolto negativamente, pur tra le evidenti incertezze interpretative, sulla base dell'esame letterale delle disposizioni, della loro evoluzione, dell'ineludibile necessità di accogliere interpretazioni che privilegino la tutela della libertà personale garantita dall'art. 13 della Costituzione e dall'art. 6 della Cedu, in particolare in presenza di misure "privative" della libertà

Il testo originario del codice di procedura penale del 1989 prevedeva un sistema molto rigoroso in tema di applicazione di misure coercitive, anche all'esito della convalida dell'arresto:

- l'art. 280 prevedeva le «Condizioni di applicabilità delle misure coercitive» senza distinzione alcuna tra le diverse misure : «1.Salvo quanto disposto dall'articolo 391, le misure previste in questo capo possono essere applicate solo quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni».

⁸ La modifica dei presupposti di applicabilità della misura opera anche per le misure in atto (in tal senso Cass. Pen., Sez. VI, 8 ottobre 2013 (dep. 4 dicembre 2013), n. 48462, Staffetta.

- l'art. 274, lett. c), analogamente, non prevedeva distinzione alcuna tra le misure coercitive con riferimento alle esigenze cautelari derivanti dal reitersi della commissione di reati «c) quando, per specifiche modalita' e circostanze del fatto e per la personalita' dell'imputato, vi e' il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalita' organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede»;
- l'art. 381, prevedeva l'arresto facoltativo:
 - al primo comma, con limiti edittali, coincidenti con quelli dell'adozione della misura coercitiva (con una ulteriore limitazione per i delitti colposi) : «Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facolta' di arrestare chiunque e' colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni ovvero di un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni».
 - al secondo comma elencava numerosi delitti con pena non superiore nel massimo a tre anni (per i quali dunque non era consentita la misura coercitiva).
- l'art. 391, comma 5 (di cui era fatta salva l'applicabilità dall'art. 280) consentiva nel caso di convalida dell'arresto (e del fermo) l'adozione della misura coercitiva «Se ricorrono le condizioni di applicabilita' previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge, anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 quando l'arresto e' stato eseguito a norma dell'articolo 381 comma 2».

In definitiva il sistema prevedeva, in assoluta coerenza⁹:

- l'adozione di misure coercitive, di qualunque natura (dalla meno afflittiva alla custodia in carcere) per delitti con pena superiore a tre anni, senza necessità di valutare - per le esigenze cautelari - eventuali limiti edittali dei reati per i quali vi era il rischio di reiterazione;
- la possibilità di adottare qualunque misura coercitiva anche nel caso di convalida dell'arresto facoltativo:

⁹ Sinteticamente va fatto riferimento alle questioni relative alle modalità di calcolo della pena per determinare i limiti edittali.
 -per il calcolo relativo alle ipotesi di arresto previste in generale dall'art. 380, comma 1, e 381, comma 1, il riferimento testuale al delitto "consumato o tentato" impone di tenere conto della riduzione prevista per il tentativo (S.C. sent. n. 696/2000);
 - per le ipotesi di arresto specificamente previste dall'art. 380, comma 2, e 381, comma 2, il riferimento è alle sole fattispecie consumate (S.C. sent. n. 7441/98, 45511/05);
 - per il calcolo dei limiti previsti dall'art. 280 deve tenersi conto della pena prevista dal delitto tentato o consumato, anche in relazione al disposto dell'art. 278. Peraltro, pur se il primo comma non richiama il delitto "consumato o tentato – desumibile, però, dall'art. 278 - il comma secondo (introdotto in seguito) riporta tale espressione.

- attraverso il richiamo, nella prima parte dell'art. 391, comma 5, degli artt. 273 e 274 (condizioni generali ed esigenze) e non dell'art. 280 (condizioni di applicabilità) per la rilevata coincidenza (pena della reclusione superiore a tre anni), sia per le ipotesi di arresto obbligatorio, sia per l'arresto facoltativo previste dall'art. 381 comma 1 (oltre che per la convalida del fermo, con limiti edittali di gran lunga superiori);
- attraverso il richiamo «anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 quando l'arresto e' stato eseguito a norma dell'articolo 381 comma 2», necessario perché si trattava di delitti che (essendo puniti con pena non superiore nel massimo a tre anni) non consentivano la misura coercitiva

La parte iniziale dell'art. 280 «Salvo quanto disposto dall'articolo 391» non poteva che riferirsi alle ipotesi di arresto facoltativo di cui all'art. 380, comma 2, c.p.p.

Seguiva il d.lgs. n. 12/91 che, oltre a procedere ad alcune modifiche formali dell'art. 381, comma 2, interveniva sull'art. 391 comma 5, dividendolo in due periodi: «Se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'articolo 291. Quando l'arresto e' stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381 comma 2, l'applicazione della misura e' disposta anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280».

La modifica non comportava alcuna conseguenza sul quadro normativo ora delineato.

Il richiamo dell'art. 280 «Salvo quanto disposto dall'articolo 391» continuava a riferirsi alle ipotesi di arresto facoltativo di cui all'art. 380, comma 2, c.p.p., questa volta menzionate non nell'intero comma 5 dell'art. 391, ma solo nel secondo periodo di tale articolo¹⁰.

Incisive modifiche venivano introdotte dalla l. n. 332/95:

- all'art. 280 c.p.p., introducendo due ulteriori commi:
 - «2. La custodia cautelare in carcere puo' essere disposta solo per delitti, consumati, tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni»
 - «3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei confronti di chi abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare».
- all'art. 274 lett. c): «quando, per specifiche modalita' e circostanze del fatto e per la personalita' della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti

¹⁰ Va menzionato il d.l. n. 152/12 conv nella l. 203/92 che, all'art. 3, consentiva «l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale. Nell'udienza di convalida il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale».

La nuova disposizione univocabilmente consentiva l'applicazione di qualunque misura coercitiva fuori dei limiti dell'art. 280 c.p.p.

concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. **Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni».**

Il nuovo regime prevedeva, dunque, limiti più rigorosi per la custodia cautelare in carcere (eccetto il caso di aggravamento della misura meno afflittiva per trasgressione delle prescrizioni) .

A ben vedere l'intervento non era accompagnato da un coordinamento sul comma 5 dell'articolo 391 c.p.p. per cui:

- **non era consentita** l'applicazione della custodia cautelare in carcere in sede di convalida dell'arresto per i delitti puniti con la pena della reclusione superiore a tre anni (ma inferiore a quattro) per i quali era possibile l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi del comma 1 dell'articolo 381;
- **era consentita** l'applicazione della custodia cautelare in carcere per i delitti puniti con la pena della reclusione fino a tre anni (quindi in linea di massima meno gravi dei precedenti) tassativamente indicati nel comma 2 dal predetto articolo 381;
- la modifica dell'art. 274 lett. c), che aveva introdotto, nella valutazione delle esigenze cautelari, un limite edittale per i reati per i quali si ravvisava il rischio di reiterazione, non poteva essere derogata (secondo il testo dell'art. 391, comma 5) né per le ipotesi dell'art. 380, comma 1, (che continuava a richiamare la sussistenza delle esigenze previste dall'art. 274), né dall'art. 381, comma 2 (che consentiva la sola deroga dei limiti dell'art. 280).

Il problema, però, non appariva particolarmente “significativo” sotto il profilo operativo in quanto (salva l'operatività delle aggravanti ad effetto speciale) non si rinvenivano agevolmente reati puniti con la reclusione “superiore a tre anni” (3 anni + 1 giorno) ma “non inferiore nel massimo a quattro anni”¹¹.

La legge n. 128/01 modificava nuovamente l'art. 391, comma 5, prevedendo al secondo periodo «Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2, ovvero per uno

¹¹ Il problema si poneva per l'arresto per evasione (cfr. nota precedente) la cui disposizione consentiva la sola deroga dei limiti dell'art. 280 c.p. (tutti, quindi anche quelli poi imposti per la custodia in carcere), ma non dall'art. 274 lett. c). In tal senso S.C. sent. 3409/96 «in tema di evasione, l'art. 3 del D. L. 13 maggio 1991, n. 152, consente di procedere all'arresto anche fuori dei casi di flagranza delle persone che hanno posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 cod. pen., e consente di applicare nei loro confronti misure coercitive anche al di fuori dei limiti previsti dall'art. 280 cod. proc. pen.; tuttavia tale norma non è idonea a derogare alla nuova disposizione dell'art. 274, comma primo, lett. c), che prevede, in caso di pericolo di reiterazione di reati della stessa specie di quello per cui si procede, che le misure di custodia cautelare possono essere disposte solo se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore a quattro anni. Ne consegue che, in detta fattispecie, il provvedimento applicativo della misura custodiale non può essere legittimamente motivato con riferimento esclusivo al pericolo di reiterazione».

dei delitti per i quali e' consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura e' disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280»

Si inserivano, tra le deroghe ai limiti edittali delle misure coercitive, le ipotesi (di varia natura) di arresto consentito fuori flagranza da disposizioni di leggi speciali¹² e si aggiungeva anche la deroga dei limiti previsti dall'art. 274 lett. c) introdotti nel 1995.

Le modifiche riguardavano (ancora una volta) testualmente solo il secondo periodo dell'art. 391, comma 5, dunque i soli delitti previsti dall'art. 381, comma 2. Per il primo periodo (arresto in flagranza per le ipotesi di cui all'art. 381, comma 1) non operava alcuna deroga ai limiti previsti dal 274 lett. c); con contrasto ancora più evidente in quanto tale primo periodo richiama espressamente l'operatività di tutte le esigenze cautelari previste dall'art. 274.

Infine il d.l. n. 73/13, conv. nella l. n. 153

- ha modificato l'art. 280, comma 2, innalzando il limite per la custodia in carcere alla pena edittale della reclusione «non inferiore nel massimo a 5 anni» (con due specifiche deroghe);
- ha modificato l'art. 274, lett. c) c.p.p., coordinandolo con la prima modifica, «c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni **ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.**».

¹² La modifica consentirà di ritenere superato il problema che si era posto per l'arresto per il reato di evasione menzionato alle note precedenti in quanto si inserisce nelle deroghe consentite anche quella dei limiti previsti dall'art. 274 lett. c): S.C. sent. n. 1680/14: «Tanto precisato, osserva la Corte come del tutto correttamente l'ordinanza impugnata ha confermato la misura custodiale in deroga ai limiti edittali previsti dall'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c). Va ribadito al fine che l'evasione, stante quanto disposto dalla L. n. 203 del 1991, art. 3 va annoverata tra i delitti per i quali è consentito l'arresto anche fuori dalle ipotesi di flagranza. Ne consegue che, come peraltro già evidenziato da questa Corte (cfr l'arresto di questa stessa sezione n. 30009/08), una volta riscontrate la presenza delle esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p. (nel caso sub specie del rischio di reiterazione) in siffatte ipotesi trova applicazione l'art. 391 c.p.p., comma 5 in forza al quale, laddove l'arresto sia stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 c.p.p., comma 2, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura coercitiva appare consentita anche al di fuori dei limiti di pena previsti dell'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c) e art. 280 c.p.p. con conseguente infondatezza della violazione di legge lamentata in ricorso».

Il tema assume rilievo per il gran numero di reati puniti con pena massima della reclusione di 4 anni per i quali non è consentita la custodia cautelare in carcere, tra cui l'art. 73 comma 5 in esame.

Orbene, il mero esame dell'evoluzione normativa evidenzia che per un difetto di coordinamento l'introduzione di un apposito limite di applicabilità della custodia in carcere rispetto alle altre misure coercitive (prima per i reati puniti con pena non inferiore nel massimo a 4 anni, poi a 5 anni) non è stata seguita dalla derogabilità di tale limite nel primo periodo dell'art. 391 comma 5 (relativo ai delitti per i quali può procedersi all'arresto facoltativo ai sensi dell'art. 381, comma 1), rimanendo la sola deroga prevista dal secondo periodo (dunque per i soli delitti per i quali si procede all'arresto facoltativo ai sensi dell'art. 381, comma 2, c.p.p.).

Quando il legislatore ha voluto prevedere una deroga anche per i limiti relativi alle esigenze cautelari di cui all'art. 274 lett. c), per la reiterabilità dei reati, lo ha fatta sempre per il solo secondo periodo dell'art. 391 comma 5, lasciando invariati i limiti dell'art. 274 per l'arresto previsto dall'art. 381, comma 1, quasi a volere indicare la necessità di un trattamento più severo per i delitti specificamente elencati all'art. 381, comma 2.

Né può ritenersi che la clausola di salvezza prevista dall'art. 380 comma 1, laddove richiama l'art. 391 c.p.p., si possa riferire ad entrambi i periodi di tale disposizione, per ragioni testuali e anche perché tale clausola riguarda comunque il solo limite ordinario delle misure coercitive (reclusione superiore nel massimo a tre anni) e non quelli previsti per la custodia in carcere nel secondo comma dello stesso art. 280.

Il contrasto evidenziato, del resto, era stata evidenziata nel corso della discussione della conversione in legge del d.l. 78/13, ma è stata ignorata dal legislatore¹³.

Dall'esame della giurisprudenza nota non si rinvenivano possibili diverse conclusioni, ma principi o affermazioni che confermano l'interpretazione accolta:

- Corte cost. 148/98 conferma l'autonomia concettuale e funzionale tra convalida dell'arresto e applicazione delle misure cautelari e le diverse finalità rispettivamente perseguite dai due istituti;

¹³ Dossier Ufficio studi del senato sul d.l. 73/13: «In correlazione con l'innalzamento a cinque anni della soglia prevista dal comma 2 dell'articolo 280 citato, la Camera ha apportato anche una modifica di coordinamento alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 274 del codice di procedura penale, aggiungendo in fine a tale lettera le parole "ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni"..... Il testo in esame conferma quindila modifica apportata dal Senato in prima lettura in merito al comma 2 dell'articolo 280 del codice di procedura penale, per effetto della quale la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, in luogo del limite di quattro anni attualmente previsto. Si osserva in proposito fino a tre anni (quindi in linea di massima meno gravi dei precedenti) tassativamente indicati nel comma 2 del predetto articolo 381. Si tratta di un assetto che potrebbe ritenersi irragionevole - consentendo lo stesso un trattamento potenzialmente più severo in sede cautelare di delitti meno gravi rispetto ad altri più gravi - che viene ulteriormente accentuato dalla modifica apportata all'articolo 280 del codice di procedura penale a seguito degli emendamenti approvati in sede di conversione del decreto legge in commento. Infatti, mentre i delitti con pena superiore a tre anni di reclusione e inferiore a quattro sono un insieme ristretto (si potrebbe dire quasi una rarità), ben più numerosi sono i delitti per i quali il massimo edittale risulta superiore a tre anni ma inferiore a cinque (in primo luogo in quanto vi rientrano tutte le fattispecie punite con la pena della reclusione pari nel massimo a quattro anni che, come noto, costituisce una previsione non infrequente)».

- Coste cost. 187/01 demanda al legislatore la scelta sui limiti in cui consentire l'adozione delle misure cautelari;
- S.C. 4801/97 fa riferimento alla modifica della l. 332/95 e all'applicabilità della deroga dei limiti edittali per la custodia in carcere previsti in 4 anni (all'epoca) nel solo caso di convalida di arresto per i reati previsti dall'art. 381, comma 2, c.p.p.¹⁴;
- S.C. 22354/06 e 468/08, affrontando un diverso tema (operatività della deroga nel caso di mancata convalida dell'arresto, in concreto esclusa), pongono in risalto il potere cautelare "eccezionale" così riconosciuto al giudice della convalida dall'art. 391 comma 5 c.p.p.¹⁵, così impedendo interpretazioni estensive;
- S.C. 11417/08 annulla l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva ritenuto un reato più grave (con pena massima non inferiore a 4 anni) di quello contestato che, prevedendo una pena massima di anni 3 mesi 4, consentiva l'arresto ai sensi dell'art. 381, comma 1, c.p.p., ma non la deroga ai limiti di adozione della misura custodiale previsto solo per i reati compresi nell'art. 381, comma 2.¹⁶

Infine, l'interpretazione appare preferibile perché prevede un trattamento più favorevole in tema di privazione della libertà personale, da tutelare ai sensi degli artt. 13 della Costituzione e 6 della Cedu. Né è prospettabile una irrazionalità nella diversità di trattamento, rilevante ex art. 3 Cost, che, comunque, dovrebbe al

¹⁴ «In tema di presupposti per l'applicazione delle misure cautelari, le disposizioni del codice di rito (come modificate dalla l. 8 agosto 1995 n. 332) di cui agli artt. 280 - secondo il quale la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per i delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni - e 274, lett. c) - secondo cui l'esigenza cautelare di prevenire la reiterazione di reati della stessa specie di quello per cui si procede consente l'applicazione di misure di custodia cautelare soltanto se trattasi di delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni - subiscono una deroga in virtù del disposto degli artt. 391, quinto comma, dello stesso codice qualora le misure cautelari siano applicate all'esito del giudizio di convalida dell'arresto; in tali ipotesi, infatti, se ricorrono le condizioni previste dall'art. 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 cod. proc. pen., e si procede per uno dei delitti, indicati dall'art. 381, secondo comma, cod. proc. pen., che consentono l'arresto in flagranza, il giudice può ordinare l'applicazione della misura anche al di fuori dei limiti indicati dal predetto art. 280, e quindi anche con riferimento ad ipotesi di reato - come la truffa - punite con pena inferiore nel massimo ai quattro anni di reclusione. (Alla stregua di tale principio la Corte ha ritenuto l'illegittimità dell'ordinanza di riesame che aveva annullato la misura della custodia in carcere disposta dal pretore in ordine al delitto di truffa con ordinanza adottata all'esito del giudizio di convalida dell'arresto contestuale al giudizio direttissimo, e ciò sul presupposto che, pur in presenza del pericolo di reiterazione dell'attività criminosa, la custodia in carcere non potesse essere disposta trattandosi di delitto punito con la reclusione inferiore nel massimo a quattro anni)».

¹⁵ «Il secondo periodo dell'art. 391 c.p.p., comma 5 consente, per quanto qui interessa, l'applicazione di una misura coercitiva anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. "quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti di cui all'art. 381 c.p.p., comma 2". Il potere cautelare "eccezionale" così riconosciuto al giudice della convalida è perciò collegato non all'iter procedimentale seguito, la cui attivazione dipende da scelta discrezionale ed autonoma della Polizia giudiziaria, ma all'arresto: dunque il suo esercizio può dipendere solamente dalla legittimità di questo».

¹⁶ «...Il Tribunale del riesame di Genova, adito dagli indagati, rilevava che le condotte descritte dal P.M. nelle richieste di convalida dell'arresto e di applicazione della misura cautelare integravano il tentativo delle rispettive fattispecie normative; che tali fattispecie non consentivano l'emissione della custodia in carcere (la violazione dell'art. 617 bis c.p., nella forma tentata non consente nemmeno l'arresto; i reati di cui alla L. n. 197 del 1991, artt. 56 e 12, artt. 56 e 615 ter c.p., aggravato ai sensi del comma 3, permettono l'arresto facoltativo in flagranza ex art. 381 c.p., comma 1, visto che sono puniti entrambi con pena massima pari a tre anni e quattro mesi, ma, per un difetto di coordinamento legislativo di dubbia razionalità nell'art. 391 c.p.p., comma 5, la deroga ai limiti previsti dall'art. 280 c.p.p., comma 2, per l'applicabilità delle misure cautelari detentive riguarda solo i reati di cui all'art. 381 c.p., comma 2, e non quelli di cui al citato articolo, comma 1). Pertanto le suddette contestazioni non potevano sostenere, quanto a pena edittale, la misura custodiale disposta dal gip. Tale misura era però sostenibile - secondo il Tribunale in quanto nelle contestazioni formulate dal P.M. nella richiesta di convalida dell'arresto e di applicazione di misura carceraria, doveva ritenersi compresa, in fatto, anche quella di furto aggravato dalla esposizione alla pubblica fede della mascherina in plastica appartenente allo sportello bancomat...Applicando tali principi al caso di specie, deve rilevarsi come il Tribunale del riesame non si sia limitato ad una, consentita, diversa qualificazione dei fatti contestati, ma abbia operato una vera e propria, non consentita, modifica della imputazione (art. 516 c.p.p.). L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l'annullamento senza rinvio della ordinanza impugnata, che non risulta sostenuta da alcun valido titolo di detenzione, con assorbimento degli ulteriori motivi proposti».

più consentire di interrogarsi sulla adottabilità della misura custodiale per i delitti di cui all'art. 381 comma 2¹⁷.

In conclusione si ritiene che all'esito della convalida dell'arresto per il reato di cui all'art. 73, comma 5 DPR 309/90 non possa essere richiesta una misura custodiale.

Tale soluzione non influisce sulla necessità di "custodire" (nelle forme previste, in primo luogo arresti domiciliari) l'arrestato fino all'udienza di convalida (di norma giudizio direttissimo) per i noti principi in materia, confermati dall'art. 121 disp. att. c.p.p. per cui il PM dispone la liberazione dell'arrestato quando non ritiene di dovere richiedere "misure coercitive", quindi anche non custodiali.

Quanto all'esercizio del potere di arresto da parte della polizia giudiziaria (da verificare da parte del PM, fin dalla fase della comunicazione al PM di turno) nel caso in esame è evidente che dovrà tenersi conto del nuovo limite edittale.

Si ritiene, come già esplicitato nella direttiva del 7 marzo 2014, che pur in assenza di una distinzione, non presente nella norma, tra droghe leggere e droghe pesanti, la rilevante differenza di trattamento sanzionatorio imponga di tenerne conto nell'esercizio dei poteri valutativi delle determinazioni da assumere in ordine alle richieste di misure coercitive.

22 maggio 2014

Il procuratore della Repubblica
dott. francesco Menditto

¹⁷ Del resto, la rilevata computabilità della diminuzione per il tentativo per i delitti di cui all'art. 381, comma 1, e il riferimento al solo delitto consumato per quelli specificamente previsti dal secondo comma, comporta che non sempre i secondi siano puniti con pena più lieve dei primi