


Motivi della decisione

1. Con sentenza del 27.4.2012, resa all'esito di giudizio abbreviato subordinato all'espletamento di perizia chimica sulla sostanza stupefacente oggetto di reato, il Tribunale di Torino ha dichiarato il cittadino nordafricano Dhiab Ayari responsabile dell'ascritto reato di concorso in illecita vendita di una dose di cocaina commesso il 4.4.2012. Condotta criminosa ritenuta univocamente dimostrata in base al servizio di osservazione diretta dell'episodio criminoso da parte degli agenti di polizia operanti e alle dichiarazioni del terzo acquirente. Per l'effetto il Tribunale, concessa al prevenuto (*"trattandosi di semplice spaccio in strada senza impiego di particolari risorse"*) l'attenuante del fatto di lieve entità ai sensi dell'art. 73 co. 5 L.S., stimata equivalente alla contestata recidiva qualificata ex art. 99 co. 4 c.p., lo ha condannato alla pena di quattro anni di reclusione ed euro 18.000,00 di multa.

In particolare il Tribunale ha espressamente escluso -così respingendo specifica richiesta del difensore dell'imputato- la possibilità di elidere l'incidenza sanzionatoria della recidiva (annoverando l'Ayari ben sette precedenti penali per reati in materia di stupefacenti) e di formulare, quindi, un più favorevole bilanciamento delle circostanze del reato, stante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sancito dall'art. 69 co. 4 c.p. (come sostituito dalla L. 251/2005) per imputati attinti da recidiva reiterata.



2. Giudicando sull'impugnazione del difensore dell'Ayari, imperniata sul solo trattamento sanzionatorio e segnatamente sulla concessione delle circostanze attenuanti innominate e sulla disapplicazione della contestata recidiva (onde uniformare la pena alla concreta modesta offensività del fatto criminoso), la Corte di Appello di Torino con sentenza in data 12.10.2012 ha confermato la decisione di primo grado.

In motivazione la Corte territoriale, dando atto della non accolta istanza difensiva di differimento della discussione del gravame in attesa della decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità dell'art. 69 co. 4 c.p. connessa a fatti reato qualificabili ex art. 73 co. 5 L.S., ha -per un verso- ritenuto l'imputato immeritevole delle attenuanti generiche (straniero irregolare e privo di lecita attività lavorativa). Per altro verso la Corte ha rilevato l'inesistenza dei presupposti per disapplicare, ai fini sanzionatori regolati dall'art. 69 co. 4 c.p., la recidiva qualificata, poiché i numerosi precedenti penali dell'Ayari per reati analoghi a quello ascrittogli costituiscono ineludibile indice della sua pericolosità sociale e del maggior disvalore del suo illecito contegno. Evenienze che giustificano il più severo trattamento sanzionatorio previsto dal combinato disposto degli artt. 69 co. 4 e 99 co. 4 c.p., preclusivo di un giudizio di bilanciamento della pur riconosciuta attenuante ex art. 73 co. 5 L.S. in termini di prevalenza rispetto alla recidiva plurireiterata.

3. Con ricorso personale l'imputato ha impugnato per cassazione avverso la sentenza di appello, deducendo l'erronea applicazione degli artt. 73 co. 5 L.S. e 69 co. 4 c.p. in riferimento alla ritenuta rilevanza sanzionatoria della recidiva qualificata.

Incongruamente, sostiene l'Ayari, la Corte torinese non ha accolto l'istanza di rinvio del difensore in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p. riferibile a fatti di piccolo spaccio di droga qualificati lievi ai sensi del citato art. 73 co. 5 L.S., sollevata proprio dal Tribunale di Torino. Questione che il giudice delle leggi ha deciso (sentenza Corte Cost. n. 251/2012 del 5.11.2012), dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 co. 5 L.S. sulle aggravanti e sulla recidiva. Di tal che ben avrebbe potuto e dovuto, stante la palese minima offensività del contegno antigiuridico dell'imputato, la Corte di Appello determinare, anche mantenendo fermo il giudizio di significatività della recidiva, la pena in misura ben inferiore rispetto a quella inflitta al ricorrente.

4. Il ricorso è fondato e va accolto in ragione dello *ius superveniens*, suscettibile di incidere *in favorem rei* (art. 2 co. 4 c.p.) in punto di trattamento sanzionatorio, a seguito della citata decisione della Corte Costituzionale n. 251/2012, che ha espunto dall'ordinamento il divieto di prevalenza delle attenuanti nel giudizio di bilanciamento comparativo delle circostanze del reato per i fatti definibili di piccolo spaccio di droga.

4.1. Come noto, il giudice delle leggi è pervenuto alla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p., valutando il divieto di prevalenza dell'attenuante speciale del fatto di lieve entità sulla recidiva ex art. 99 co. 4 c.p. irragionevole e lesivo dei principi di uguaglianza davanti alla legge e di proporzionalità della pena ed evidenziando come la recidiva reiterata rifletta i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, che -pur pertinenti al reato- non assumono nella individualizzazione della pena una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo, operando il principio di offensività non solo

rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti influenti sulla pena e sulla sua finale determinazione (*"Le rilevanti differenze quantitative delle comminatorie edittali del 1° e del 5° comma dell'art. 73 L.S. rispecchiano le diverse caratteristiche oggettive delle due fattispecie, sul piano dell'offensività e alla luce delle stesse valutazioni del legislatore: il trattamento sanzionatorio decisamente più mite assicurato al fatto di lieve entità, la cui configurabilità è riconosciuta dalla giurisprudenza comune solo per ipotesi di minima offensività penale, esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è sconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l'individuazione della pena verso l'abnorme enfattizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato"*).

4.2. Non vi è dubbio che nella vicenda processuale riguardante il ricorrente Ayari l'abrogato divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73 co. 5 L.S. sulla recidiva qualificata, vigente all'epoca dell'impugnata decisione di appello, ha inciso in consistente misura sulla pena detentiva (quattro anni di reclusione) inflitta all'imputato per un episodio criminoso (vendita di una sola dose di cocaina) di cui le due conformi decisioni di merito hanno affermato la limitata gravità e offensività, tanto da inquadrarlo nella casistica della "lieve entità", cioè di minima offensività secondo le indicazioni delle Sezioni Unite di questa S.C. (Cass. S.U., 24.6.2010 n. 35737, P.G. in proc. Rico, rv. 247911). E' di tutta evidenza, quindi, che il previgente divieto ex art. 69 co. 4 c.p. di bilanciamento delle circostanze del reato in termini di possibile prevalenza delle attenuanti (comuni o speciali) sulla recidiva, ha svolto decisiva incidenza nel determinismo della sanzione inflitta all'Ayari, stabilita in base alla cornice edittale delineata dall'art. 73 co. 1 L.S.

4.3. L'illegittimità parziale della pena inflitta all'Ayari, riveniente dall'effetto abolitivo del divieto di cui all'art. 69 co. 4 c.p. correlato all'attenuante speciale del fatto di lieve entità sancito dalla sentenza n. 251/2012 della Corte Costituzionale (cfr., in tema di sopravvenuta incostituzionalità dell'aggravante di cui all'art. 61, co. 1 n. 11 bis, c.p.: Cass. Sez. 6, 17.11.2010 n. 40836, Nasri, rv. 248533; Cass. Sez. 2, 11.2.2011 n. 8720, Idriz, rv. 249816; Cass. Sez. 1, 15.3.2011 n. 16292, Cortez e altri, rv. 249968), impone l'annullamento *in parte qua* dell'impugnata sentenza di appello con rinvio ad altra sezione della stessa Corte territoriale per un nuovo giudizio in punto di trattamento sanzionatorio applicabile al ricorrente Ayari.

Al riguardo è appena il caso di osservare, come di recente ribadito da questa stessa S.C., che il principio generale per cui la declaratoria di incostituzionalità, incidente fin dalla sua originaria vigenza sulla norma penale eliminata dall'ordinamento, rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento (Corte Cost. sentenza n. 127/1996), rinviene una eccezione in materia penale sino a travolgere lo stesso giudicato (art. 30 co. 4 L. 11.3.1953 n. 87: *"quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"*). Se detto principio è pacificamente applicabile alle sole disposizioni penali sostanziali, deve convenirsi che nella nozione di norma penale sostanziale, *"intesa come disposizione che correla la previsione di una sanzione ad uno specifico comportamento e che stabilisce una differenza di pena in conseguenza di una determinata condotta"*, può sussumersi ogni ipotesi o situazione in cui *"sia stabilita una sanzione penale per un aspetto dell'agire umano, essendo indifferente -da questo punto di vista- che la norma disciplini un autonomo titolo di reato o una circostanza"* del reato (in questi termini Cass. Sez. 1, 25.5.2012 n. 26899, P.M. in proc. Harizi, rv. 253084).

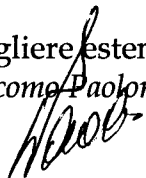
4.4. Né può sottacersi, infine, che la latitudine del giudizio di rinvio cui è chiamata la Corte di Appello di Torino ex art. 627 c.p.p. in ordine all'intero trattamento sanzionatorio applicabile all'imputato è vieppiù ampliata -in ragione della cogente applicabilità degli artt. 2 co. 4 c.p. e 129 c.p.p.- dalla ulteriore novella normativa sopravvenuta alla presente decisione di legittimità e al deposito della relativa motivazione, produttiva comunque dei medesimi effetti pratici rescissori della pena già applicata al ricorrente. Novella costituita dal decreto legge 23.12.2013 n. 146, che con l'art. 2, co. 1-lett. a), ha modificato l'art. 73 co. 5 L.S., qualificando i fatti riconducibili nell'area della lieve entità come fattispecie autonoma di reato e non più come circostanza attenuante speciale, avuto riguardo (oltre che alla univoca relazione di accompagnamento del decreto legge) alla specifica clausola di riserva o sussidiarietà (*"salvo che il fatto non costituisca più grave reato"*) che scandisce la nuova disposizione (in tal senso già Cass. Sez. 6, 8.1.2014, ric. Cassanelli). Sulla scia delle argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 251/2012 sui referenti applicativi dell'art. 69 co. 4 c.p. in tema di reati riguardanti sostanze stupefacenti il legislatore di urgenza, intervenuto -tra l'altro- anche sulla pena detentiva edittale massima della fattispecie ex art. 73 L.S. (ridotta da sei a cinque anni di reclusione), ha inteso risolvere in radice ogni possibile questione interpretativa in tema di bilanciamento delle circostanze (attenuanti e aggravanti) connotanti il "nuovo" reato, essendo evidente che la qualificazione della fattispecie prevista dall'art. 73 co. 5 L.S. come autonoma ipotesi di reato (e non più come circostanza attenuante) rende inapplicabili i criteri di bilanciamento dell'art. 69 co. 4 c.p. anche ad altre eventuali circostanze (attenuanti o aggravanti) che caratterizzino la nuova fattispecie.

P. Q. M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente al bilanciamento ex art. 69 comma 4 c.p. delle circostanze e rinvia per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di Appello di Torino.

Roma, 15 ottobre 2013

Il consigliere estensore
Giacomo Paoloni



Il Presidente
Nicola Milo

