

Cass. Pen., Sez. Un., c.c. 23.6. 2011 (dep. 22.9.2011), n. 34475

Presidente: Lupo Relatore: Siotto

### SENTENZA

sul ricorso proposto da

**Valastro** Gaetano, nato a Barcellona Pozzo di Gotto il 18/11/1974

avverso l'ordinanza del 18/10/2010 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Messina

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Maria Cristina Siotto;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Vittorio Martusciello, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata ovvero, in via subordinata, l'accoglimento dell'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. con riferimento al reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990.

### RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 18 ottobre 2010, depositata il 21 ottobre 2010, il Tribunale di Messina ha respinto l'appello interposto ex art. 310 cod. proc. pen. da Gaetano Valastro nei confronti dell'ordinanza emessa in data 21 giugno 2010 dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Messina, con la quale era stata disattesa la richiesta dell'imputato volta ad ottenere la revoca o la sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere adottata nei suoi confronti in relazione al reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990.

Il Tribunale, condividendo quanto già argomentato dal G.i.p. - secondo il quale per il delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 (ipotesi criminosa nella specie ritenuta all'esito del giudizio abbreviato) era applicabile la presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. - ha osservato che tale disposizione processuale, nel richiamare integralmente, per il tramite dell'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., il disposto dell'art. 74 cit., non aveva introdotto alcuna esclusione relativamente all'ipotesi connotata da minore disvalore penale; né -ad avviso del Tribunale- poteva condurre a diverse conclusioni il fatto che la disciplina dell'associazione costituita per commettere fatti di lieve entità in materia di sostanze stupefacenti fosse stata operata attraverso il rinvio all'art. 416, commi primo e



secondo, cod. pen. (ovvero ad una fattispecie non compresa tra quelle indicate dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.), posto che doveva ritenersi comunque insuperabile il dato normativo dell'integrale richiamo alle fattispecie di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990.

2. Per l'annullamento di tale ordinanza il difensore dell'imputato ha proposto ricorso censurando, con un unico motivo, la violazione degli artt. 275, comma 3, cod. proc. pen., e 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990.

Il ricorrente ha in particolare lamentato il fatto che, pur a fronte della ritenuta natura autonoma del reato previsto dall'art. 74, comma 6, d.P.R. cit., ossia del reato di associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità concernenti le sostanze stupefacenti, il Tribunale avesse tuttavia ritenuta operativa la presunzione di pericolosità posta dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. in quanto indifferentemente comprensivo, per il tramite del richiamo integrale - attraverso il riferimento all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. - all'art. 74 cit., di tutte le ipotesi criminose ivi contemplate. Di contro -ad avviso del ricorrente- proprio la natura autonoma del reato (in tal modo valutato come semplice ipotesi di associazione per delinquere comune), più volte affermata dalla Corte di legittimità (in particolare da Sez. 5, n. 11938 del 05/03/2009 e da Sez. 6, n. 42639 del 20/09/2007), avrebbe dovuto condurre all'applicazione del regime giuridico previsto per l'art. 416 cod. pen. e, quindi, ad affermare la non operatività della presunzione *ex art.* 275, comma 3, cod. proc. pen.

3. Con ordinanza del 30 marzo 2011, depositata il 27 aprile 2011, la Prima Sezione penale di questa Corte, investita del ricorso, rilevato che in ordine alla ricomprensione o meno del delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 tra i delitti *ex art.* 74 nei casi in cui quest'ultima disposizione è richiamata con riferimento ai delitti ai quali deve essere riservato un particolare regime (segnatamente, oltre che dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.: dall'art. 4-*bis* Ord. Pen. in materia di benefici penitenziari; dall'art. 444, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. in materia di applicazione della pena su richiesta; dall'art. 1, comma 3, lett. a), legge n. 207 del 2003 in materia di sospensione condizionata dell'esecuzione della pena; dall'art. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. in materia di esecuzione delle pene detentive) andava registrato un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite stante l'incidenza di tale questione sulla definizione del ricorso.

3.1. La Sezione rimettente ha, infatti, rilevato che alcuni arresti giurisprudenziali si erano espressi per l'esclusione del delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 dal richiamo genericamente operato (come nel caso di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.) ai delitti di cui all'art. 74. E ciò, in particolare, con riguardo alla esclusione dai benefici operata dall'art. 4-*bis* Ord. Pen., essendosi ritenuto che, per effetto del richiamo all'art. 416 cod. pen., il reato *ex art.* 74, comma 6, dovesse seguire il regime giuridico previsto per tale tipo di reato (Sez. 5, n. 1483 del 16/03/2000, De Santis, Rv. 216045); con riguardo

all'applicabilità del cosiddetto "indultino" ex art. 1, comma 3, lett. a), legge n. 207 del 2000, essendosi in esso fatto rientrare il delitto ex art. 74, comma 6, in quanto seguente il regime di cui all'art. 416 cod. pen. (Sez. 1, n. 26310 del 06/07/2006, La Monica, Rv. 235018); con riguardo infine al patteggiamento allargato, essendosi ritenuto definibile con tale rito il reato di associazione di lieve entità perché non annoverabile tra quelli di cui all'art.51, comma 3-bis, cod. proc. pen., esclusi dalla definizione pattizia (Sez. 6, n. 42639 del 20/09/2007, Russi, Rv. 237966 e Sez. 6, n. 11938 del 05/03/2009, Colasuonno, Rv. 243079).

3.2. A tale indirizzo, tuttavia, se ne era contrapposto un altro che aveva ritenuto che il delitto di associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità previsto dall'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 dovesse seguire il regime degli altri delitti associativi previsti nel medesimo art. 74 cit., in particolare essendosi ciò affermato con riguardo alla esclusione, prevista appunto anche per i reati di cui a tale articolo, dalla sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656, comma 9, cod. proc. pen. (in tal senso: Sez. 1, n. 10050 del 19/02/2002, Morelli, Rv. 221497 e Sez. 1, n. 25213 del 03/06/2009, Russi, Rv. 243824, anche con riguardo al più esteso ambito di applicabilità soggettiva dell'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990, comprendente anche le figure del finanziatore e dirigente dell'associazione, rispetto all'art. 416 cod. pen.).

4. Il Primo Presidente, con decreto del 2 maggio 2011, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione demandata al giudizio delle Sezioni Unite consiste nello stabilire «*se la presunzione di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia carceraria, prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., operi, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza ed esigenze di cautela, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità*».

2. Su tale specifica questione non risultano precedenti decisioni, né in senso affermativo né in senso negativo, della Corte di cassazione; in relazione ad essa, peraltro, assumono significatività i termini del contrasto insorto in altri ambiti (ed al quale si è sopra accennato), concernenti soprattutto la valenza dei richiami operati da alcune norme al fine di escludere l'applicabilità di taluni istituti ad alcune fattispecie criminose.

Infatti, ai fini della risoluzione della questione e, corrispondentemente, della decisione del ricorso, articolato sull'unico motivo rappresentato dalla pretesa inapplicabilità alla fattispecie delittuosa dell'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 della presunzione di

pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., deve necessariamente chiarirsi se il generico rinvio, sostanzialmente operato (sia pure per il tramite dell'art. 51, comma-3 *bis*, cod. proc. pen.) da tale ultima disposizione processuale ai «delitti previsti dall'art. 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309», debba essere ritenuto comprensivo o meno anche della fattispecie di lieve entità contemplata dal comma 6 del citato articolo, al proposito assumendo rilevanza l'orientamento che la Corte di legittimità ha assunto in relazione ad alcune fattispecie che, analogamente all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., operano, appunto, un rinvio, diretto od indiretto, all'art. 74 cit. nella sua genericità.

2.1. Secondo un primo orientamento infatti -con riguardo al divieto di applicazione dei benefici penitenziari in genere e della sospensione dell'esecuzione della pena *ex art. 1*, comma 3, lett. *a*), legge n. 207 del 2003, ovvero della sospensione della esecuzione delle pene detentive *ex art. 656*, comma 9, cod. proc. pen. previsto per i reati indicati dall'articolo 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n.354, nonché con riguardo al divieto del "patteggiamento allargato" previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 444 cod. proc. pen. per i reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e *quater*, cod. proc. pen.- si é ritenuto che il rinvio all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 non riguardasse anche l'ipotesi associativa di cui al comma 6 del detto articolo.

E ciò: perché trattasi di una configurazione autonoma di reato rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi 1 e 2 del medesimo articolo, presentando essa un carattere specializzante autonomo ed originale rispetto a tali più gravi associazioni, non essendosi prevista una mera riduzione di pena, essendosi operato un generale richiamo all'art. 416 cod. pen. che, per le caratteristiche del rinvio, non può essere considerato solo *quoad poenam*; perché il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale suscitato dalla condotta incriminata e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ha voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio per tali fatti di lieve entità come una semplice ipotesi di associazione per delinquere *ex art. 416* cod. pen.; perché la esclusione dai benefici operata dall'art. 4-*bis* Ord. Pen. nonché la esclusione dall'applicazione del rito speciale di cui all'art. 444 cod. proc. pen. operata dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. riguardano tutte le ipotesi previste dall'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 ma non anche quella di cui al comma 6 del detto articolo che, per effetto del richiamo operato all'art. 416, comma primo e secondo, cod. pen., segue il regime giuridico previsto per tale tipo di reato in relazione al quale non sono contemplate analoghe esclusioni (cfr. Sez. 5, n. 1483 del 16/03/2000, De Santis, Rv. 216045; Sez. 1, n. 26310 del 06/07/2006, La Monica, Rv. 235018; Sez. 6, n. 42639 del 20/09/2007, Russi, Rv. 237966; Sez. 6, n. 11938 del 05/03/2009, Colasuonno, Rv. 243079).

2.2. Secondo un secondo orientamento, con riguardo al divieto di sospensione di esecuzione della pena *ex art. 656*, comma 9, cod. proc. pen., si é di contro ritenuto, così pervenendo a conclusioni completamente difformi, che il rinvio di cui si discute (quale operato tramite il citato articolo 4-*bis* Ord. Pen., ma le considerazioni espresse valgono

sostanzialmente anche con riguardo al rinvio operato tramite l'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.) imponga di estendere il divieto di sospensione della esecuzione della pena anche quando trattasi della associazione costituita al fine di commettere fatti di lieve entità contemplata dal comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990.

E ciò: perché la lettera dell'art. 4-*bis* Ord. Pen., nell'elencare i reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari in considerazione della peculiare pericolosità sociale del condannato, annovera anche i delitti di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 nella sua interezza, senza operare alcuna distinzione tra ipotesi aggravate o attenuate di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; perché, in ragione della diversità dell'oggetto di tutela dei reati previsti dall'art. 416 cod. pen. e dall'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 (il primo tutelando l'ordine pubblico ed il secondo la salute individuale e collettiva contro l'aggressione della droga e la sua diffusione) e della natura specializzante dei reati-fine programmati dal secondo tipo di associazione, si è costantemente ritenuto configurabile il concorso formale delle autonome norme incriminatrici quando il programma criminoso della pur unica associazione comprenda, oltre ai fatti relativi al traffico della droga, altri delitti comuni; perché lo spettro delle figure soggettive di cui al primo comma dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 è più ampio di quelle delineate nel primo comma dell'art. 416 cod. pen.; perché, conseguentemente, la pretesa omologazione del regime giuridico comporterebbe l'irragionevole esclusione dalla specifica previsione attenuata di cui al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 delle condotte di direzione e di finanziamento non previste dal primo comma dell'art. 416 cod. pen.; perché, in conclusione, appare più coerente con la formulazione letterale delle disposizioni in esame e con la *ratio legis* delle disposte esclusioni ritenere che il radicale giudizio di pericolosità sociale nei confronti del condannato per taluno dei delitti associativi finalizzati all'illecito traffico di sostanze stupefacenti permanga pur quando la condotta criminosa sia diretta alla commissione di fatti di lieve entità (cfr. Sez. 1, n. 25213 del 03/06/2009, Russi, Rv. 243824; Sez. 1, n. 10050 del 19/02/2002, Morelli, Rv. 221497).

3. Ebbene, pur tenute presenti tutte le ragioni sottese alle diverse decisioni, deve -in relazione alla specifica questione qui sottoposta- pervenirsi alla conclusione che il richiamo all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 operato per il tramite dell'art. 51, comma 3-*bis*, dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (laddove, in presenza di esigenze cautelari, si impone per talune fattispecie criminose l'applicazione della sola custodia cautelare in carcere) non sia comprensivo della fattispecie contemplata dal comma 6 del citato art. 74.

Secondo un orientamento consolidato - e qui condiviso - detta fattispecie costituisce ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata (sia pure con determinazione autonoma della pena) del reato di cui al comma 1 dell'articolo 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Il disposto rinvio ai commi primo e secondo dell'art. 416 cod. pen. - nei termini usati dal legislatore - riconduce infatti l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di fatti

di lieve entità in materia di droga all'associazione per delinquere comune di cui all'art. 416 cod. pen., ciò imponendolo la chiara dizione della norma («si applicano il primo ed il secondo comma dell'art. 416 del codice penale»), espressione di un rinvio *quoad factum* e non di un mero rinvio *quoad poenam* (atteso che in tale caso sarebbe stata utilizzata la diversa dizione «si applicano le pene previste da commi primo e secondo dell'art. 416 cod. pen.») ed indicativa della volontà del legislatore di riservare all'ipotesi criminosa in questione, in ragione del minor allarme sociale suscitato dai fatti e della minore pericolosità degli autori degli stessi, un regime diverso da quello previsto per l'ipotesi criminosa contemplata dal comma 1 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Peraltro, come già sottolineato da talune pronunce delle sezioni semplici di questa Corte, ove si fosse inteso regolare, al comma 6 del citato art. 74, una ipotesi circostanziata attenuata, il legislatore avrebbe previsto una semplice riduzione di pena rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi precedenti, senza operare quel generale richiamo - nei termini di cui si è detto - all'art. 416 cod. pen.

L'applicazione all'ipotesi criminosa di cui al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 del regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 cod. pen. impone dunque di ritenere il generico rinvio all'art. 74 cit. come non comprensivo della fattispecie criminosa di lieve entità, non contemplando le norme richiamate al fine di escludere l'applicazione di benefici ed istituti ovvero di regolare determinati istituti i delitti per i quali è riservato il regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 cod. pen.

Né può sostenersi che, anche a voler convenire sulla natura autonoma del reato di cui al comma 6 dell'art. 74 cit. e sulla applicabilità allo stesso del regime giuridico proprio dell'associazione per delinquere comune, il richiamo senza limitazioni di sorta all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 non consentirebbe, comunque, di escludere dal rinvio la fattispecie criminosa in questione. Una tesi siffatta non tiene conto della irragionevolezza di una scelta legislativa - e quindi della poca persuasività di una tale interpretazione - che, dopo aver assimilato tale fattispecie criminosa all'associazione per delinquere di cui all'art. 416 cod. pen., riservi ad essa nelle materie qui considerate, nonostante il ritenuto minore disvalore della condotta criminosa contemplata al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 (sia rispetto alle ipotesi di cui ai commi precedenti del detto articolo sia rispetto a molte delle condotte riconducibili nell'ambito dell'art. 416 cod. pen.) un trattamento differenziato e maggiormente afflittivo di quello previsto per l'associazione per delinquere comune. E poiché è obbligo dell'interprete, tra le possibili interpretazioni della norma, privilegiare quella che non presenti profili di irragionevolezza e non confligga con i principi costituzionali, deve convenirsi sulla correttezza di quell'orientamento giurisprudenziale per primo illustrato nell'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite e qui condiviso.

4. Inoltre - e ciò vale ad ulteriormente consolidare la correttezza dell'interpretazione sopra esposta con riguardo alla specifica questione demandata - deve tenersi presente la *ratio*

della disposizione di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., volta ad introdurre un più severo regime custodiale tramite la presunzione – relativa - di sussistenza delle esigenze cautelari e la presunzione – assoluta - di esclusiva adeguatezza della misura della custodia in carcere per determinati reati.

La natura derogatoria della disposizione rispetto al regime ordinario (caratterizzato dalla previsione di una pluralità di misure incidenti in maniera differenziata e graduale sulla libertà personale e di criteri idonei a consentire una scelta del trattamento cautelare adeguata alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti) nonché i principi costituzionali di riferimento (eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, inviolabilità della libertà personale, presunzione di non colpevolezza, riserva di legge e giurisdizione in materia, ex artt. 3, 13, 27 Cost.) impongono invero di adottare in ordine all'ambito del generico rinvio all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, operato tramite il richiamo dell'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. dall'art. 275, comma 3, dello stesso codice, un criterio di interpretazione restrittiva - e costituzionalmente orientato - anche in relazione all'individuazione dei singoli reati in esso compresi.

E ciò tanto più se si tiene doverosamente conto: della *ratio* della richiamata norma di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., volta ad introdurre una deroga all'ordinaria regola di attribuzione delle funzioni di pubblico ministero per determinati procedimenti, rispondente a ragioni di opportunità organizzative, senza alcun riferimento alla problematica delle esigenze cautelari e senza alcun intendimento di omologazione a tali fini dei reati per i quali la deroga é stabilita; di quanto affermato in recenti pronunzie della Corte costituzionale, laddove si é ricordato che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie ed irrazionali e se sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione (cfr. Corte cost., sentenze nn. 139 e 265 del 2010, nn. 164 e 231 del 2011, l'ultima intervenuta successivamente alla pronuncia della presente sentenza e nel corso della stesura della motivazione).

5. Alla stregua delle considerazioni sopra esposte deve dunque affermarsi che *«la presunzione di adeguatezza della misura della custodia carceraria prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. non opera, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità»*.

6. Ne consegue che, avendo il Tribunale di Messina motivato la reiezione dell'appello interposto ex art. 310 cod. proc. pen. da Gaetano Valastro nei confronti dell'ordinanza emessa il 21 giugno 2010 dal G.i.p. del medesimo Tribunale sulla base della applicabilità al caso di specie della presunzione di adeguatezza della sola misura in carcere, deve accogliersi il ricorso



del difensore dell'imputato che ha, di contro, sostenuto la non operatività della detta presunzione.

Gli atti devono essere trasmessi al Tribunale di Messina per nuovo esame dell'istanza difensiva alla luce del principio sopra formulato.

**P.Q.M.**

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia al Tribunale di Messina.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-ter, disp. att. cod. proc. pen.

Così deciso il 23/06/2011.

Il Componente estensore  
Maria Cristina Siotto

Il Presidente  
Ernesto Lupo

**Depositata in data 22/09/2011**