Convegno su “Cannabis light” - San Benedetto del Tronto

Auditorium Comunale 16 novembre 2018

**LA DISCIPLINA DEGLI STUPEFACENTI**

RELAZIONE DEL DOTT. PICARDI ETTORE – 16 Novembre 2018

**Parte Prima**

**Breve storia normativa fino alla legge 49/2006**

Una prima disciplina diretta in materia di sostanze stupefacenti prende corpo con le leggi n° 396 del 18 febbraio 1923 e n° 1041 del 22 ottobre 1954. La crescente rilevanza sociale del problema e la sua specificità rendevano via via sempre più inadeguate le semplici norme dei codici penali vigenti (codice Zanardelli 1889, Codice Rocco 1930), che consistevano in generiche previsioni relative a sostanze pericolose. Erano norme pensate per una questione ancora piuttosto marginale. Fino ad allora il problema della assunzione di stupefacenti non era considerata un’emergenza sociale, differentemente dall’alcool.

Nel Codice penale Zanardelli si previdero pene quali la reclusione e la multa per coloro che «vendevano sostanze pericolose per la salute senza che l’acquirente fosse consapevole di tale pericolo» (art. 320). Si punivano anche i venditori che «somministravano sostanze differenti in qualità ed in quantità da quelle stabilite nelle ricette» (art. 321). Questa disciplina minimale mostrò presto la corda, non solo a causa delle definizioni molto vaghe di «sostanze pericolose», ma anche e soprattutto perché il consumatore conosceva gli effetti della sostanza che acquistava e pertanto quasi mai poteva sussistere l’elemento penalmente fondante della frode.

Nel Regio decreto approvante il testo unico delle leggi sanitarie (1° agosto 1907), il legislatore intervenne per disciplinare la coltivazione, la vendita e il commercio di diversi farmaci; le sostanze psicotrope venivano denominate «veleni» ed erano menzionate nel titolo dedicato all’esercizio delle professioni sanitarie e affini.

La legislazione del 1923 invece era diretta a punire i venditori delle sostanze e non coloro che usavano sostanze psicoattive per motivi medici. L’obiettivo era quello di disciplinare e non vietare il consumo e la vendita delle droghe, affinché avvenisse sempre sotto prescrizione medica e solo in caso di reale bisogno.

La scarna impostazione iniziale del Codice Rocco (1930), prevista in pochi articoli (artt. 446, 447), non prendeva in considerazione il concetto di "consumo individuale" limitandosi a punire il commercio di stupefacente e l’agevolazione all’uso; era poi prevista una contravvenzione per chi veniva "colto, in luogo pubblico, o aperto al pubblico o in circoli privati, in stato di grave alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti" (art. 729 poi abrogato dall’art. 136 del d.P.R. 309 del ‘90). La sanzione era condizionata al fatto che l’assuntore turbasse o rischiasse di turbare l’ordine pubblico. Considerata l’enorme rilevanza sociale che ha assunto il fenomeno della tossicodipendenza dal secondo dopoguerra in poi, gli interventi normativi successivi hanno privilegiato la disciplina extracodicistica della materia.

La legge n° 1041 del ’54 risulta essere la prima normativa organica sulla produzione, commercio e impiego degli stupefacenti. Il legislatore di fronte ad un primo, se vogliamo ancora relativo, estendersi del fenomeno della tossicodipendenza sceglie di intervenire in modo repressivo su due piani: da un lato quello sanzionatorio (prevedendo pene assai elevate anche per la mera detenzione senza autorizzazione di stupefacenti, in qualunque quantità); dall’altro quello terapeutico con l’assimilazione del tossicomane "socialmente pericoloso" al malato psichiatrico e con la previsione del suo ricovero coatto in "ospedale psichiatrico o casa di salute e cura". L'art. 6 della legge prevedeva anche una pena unica senza distinguere in base al tipo di droga e quantità di sostanza.

Con la legge n° 685 del 12 dicembre 1975 si ebbe un testo normativo ancor più ampio ed esauriente della materia. Del resto in quegli anni il fenomeno assumeva dimensioni considerevoli sia su scala interna che internazionale. Peraltro si trattò di un intervento improntato ad una logica meno repressiva e più sociale del fenomeno.

Debutta qui un concetto utile per graduare le condotte e le responsabilità: si tratta della modica quantità, così come prevista agli artt. 72 e 80. Col primo articolo viene configurata una attenuazionedella pena per il piccolo spacciatore o l’autore di illeciti minori. Con il secondo viene sancita una causa di non punibilità della detenzione modica di stupefacente per uso non terapeutico. Si tentava di distinguere i narcotrafficanti dai consumatori, i primi considerati delinquenti da perseguire, i secondi soggetti da curare.

Inevitabilmente l’uso e l’abuso del concetto di modica quantità in sede giudiziaria fece naufragare il sistema provocando un’accusa di permissivismo o lassismo nel contrasto del fenomeno. Contemporaneamente il discrimine fra spacciatore e consumatore stava diventando sempre più complesso nella realtà sociale, rappresentando i tossicodipendenti sempre più spesso gli ultimi anelli nella catena dello spaccio.

La legge poi conosciuta come primo T.U. della materia, la n° 309 del 1990, si mosse nuovamente lungo una logica repressiva, seguendo un’ulteriore oscillazione del pendolo. Due sono i suoi interventi fondamentali: la penalizzazione del consumo e l’abolizione della modica quantità. Viene così rovesciata la prospettiva nell’utilizzo del criterio quantitativo rispetto alla precedente normativa. Se prima la presenza di una quantità modesta serviva a limitare i rigori del sistema sanzionatorio, ora nel caso di detenzione è il superamento della “dose media giornaliera” a distinguere fra il penalmente rilevante e quello che non lo è.

In realtà il consumo risulta sempre illegale ma, nel caso di mancato superamento della dose giornaliera, viene ad essere perseguito quale illecito amministrativo dall’art. 75 (vi è tutta una serie di limitazioni ed obblighi previsti allo scopo, ed un’articolata procedura di competenza prefettizia). Il superamento della dose media giornaliera (art. 73) rende la detenzione sempre penalmente rilevante alla stregua delle tipiche attività dei trafficanti e degli spacciatori (vendita, cessione, coltivazione, produzione). L’individuazione delle dosi medie e delle sostanze veniva demandato a decreti del Ministero della sanità. Si transitava quindi da un concetto “giurisprudenziale modulabile”, quale quello della modica quantità, ad uno rigido e tecnico che non permetteva una lettura ragionevole ed adeguata alle proteiformi fattispecie proposte dalla realtà.

Il 5° comma dell’art. 73 introdusse un’ipotesi attenuata del reato base, laddove il fatto fosse risultato di lieve entità. Si tratta di un concetto valutabile dall’interprete del caso concreto, ancorato a più referenti che caratterizzano la singola fattispecie, e comunque relativo al riconoscimento di quella che è generalmente ritenuta un circostanza attenuante. Invece il discrimine fra il reato e l’illecito amministrativo era costituito dal rigido ed oggettivo parametro della dose media giornaliera.

Inevitabili e nuove critiche, opposte a quelle che avversarono la normativa precedente, portarono ad un decreto legge modificativo (DPR n° 3 del 12 gennaio 1993) mai convertito in legge.

Sopravvenne infatti la consultazione referendaria del 18-19 aprile 1993, il cui esito positivo produsse l’abrogazione di quella parte dell’art. 73 che sanzionava penalmente la detenzione di dosi eccedenti la media giornaliera. Fu un risultato piuttosto ampio con il 76,98 per cento degli aventi diritto al voto alle urne ed il 55,36 per cento dei sì all’abrogazione. Ciò costituisce piena dimostrazione di come le repentine oscillazioni di opinione sul tema riguardino non solo il legislatore ma lo stesso corpo sociale, specie se si pensa a quante altre volte l’opinione pubblica in materia abbia cambiato indirizzo nel tempo, pur senza l’avallo di dati ufficiali quali quelli di un referendum popolare.

In tal modo ritornava la parola decisiva alla giurisprudenza ed all’intelligenza del caso concreto. Dopo questo intervento residuava come illecita la detenzione per fini diversi dall’uso personale (cioè quelli del richiamato art. 75). Per accertare lo scopo della detenzione l’autorità giudiziaria è stata indotta ad un complicato lavoro di analisi di ogni caso concreto e dei suoi elementi ricostruttivi. La quantità di sostanza detenuta, le modalità di detenzione, le condotte significative rappresentavano così alcuni dei numerosi dati da valutare per comprendere lo scopo della detenzioni di stupefacenti. Prove ulteriori (si pensi a testimonianze o intercettazioni di conversazioni) potevano comunque ricondurre la detenzione di grandi quantità nell’ambito dell’uso personale o viceversa piccole quantità nell’ambito di una finalità di spaccio.

**Parte Seconda**

**Le principali modifiche introdotte con la legge 49/2006, prima della sua dichiarazione di incostituzionalità**

L’ultima riforma organica della materia si è avuta con la legge n° 49 del 21 febbraio 2006. Con tale intervento nuovamente viene ribaltata la logica di fondo della disciplina, sulla spinta di un’impostazione politica che si proponeva come obiettivi fondamentali la certezza applicativa ed il rigore sanzionatorio.

Il rinovellato art. 73 principalmente separa la condotta di chi, sfornito dell’autorizzazione di cui all’art. 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope (pluralità di situazioni previste al comma 1°), da quella di chi importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene le medesime sostanze (situazioni invece disciplinate dal comma 1° bis). Tutte le condotte indicate vengono punite con la medesima pena, essendo stata abrogata la distinzione fra droghe leggere e droghe pesanti. Con la nuova previsione legislativa, infatti, sia gli oppiacei, che i derivati dalla cannabis, che qualsiasi altra droga di derivazione sintetica, vengono ricompresi nella medesima tabella, la I. La tabella II, invece, attiene a prodotti di natura farmaceutica ed è strumentale ad un’ipotesi di reato soprattutto relativa alla detenzione di quantitativi di farmaci (con componenti di natura stupefacente) in misura eccedente la relativa prescrizione medica. La nuova pena, che si applica indiscriminatamente a qualsiasi tipologia di stupefacente, è stata diminuita nel minimo edittale, passando da 8 a 6 anni, ferma restando quella nel massimo che è rimasta di 20 anni.

Il primo comma del novellato art. 73 non pareva introdurre tematiche di particolare significato, in relazione alle numerose (diciassette) condotte ivi ricomprese per le quali non sussistevano novità di rilievo. Dato di fondo è che tali comportamenti in nessun modo potevano risultare leciti o non punibili, diversamente da quelli regolamentati al successivo comma 1 bis.

Il profilo che maggiormente interessa però di tale intervento è quello del ritorno al concetto di quantità predeterminata di stupefacente detenuto. In particolare l’art. 73 riformato al comma 1 bis[[1]](#footnote-1) prevede come reato l’illecita detenzione di sostanze stupefacenti che appaiono destinate ad uso non personale.

**Prima lettura del comma 1° bis**

Infatti recita la norma in questione che la detenzione sia illecita quando le sostanze “appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale”, riferendo ciò o al superamento dei limiti quantitativi tabellari o alle modalità di presentazione e circostanze dell’azione. A ben vedere non sembra irragionevole interpretare il disposto nel senso che la detenzione di una sostanza eccedente gli indicati limiti possa essere ugualmente provata come finalizzata all’uso personale, in particolare qualora sussistano prove diverse in tal senso. Si pensi a testimonianze, intercettazioni di conversazioni, consulenze mediche che ben potrebbero attestare in taluni casi come la detenzione fosse effettivamente finalizzata all’uso personale, pur eccedendo i limiti quantitativi tabellari. La norma secondo tale impostazione avrebbe determinato niente più che un’inversione dell’onere della prova: in presenza di un possesso eccedente i limiti spetterebbe alla difesa la dimostrazione della finalità di uso personale e non più all’accusa quella della finalità di uso non personale. Resta da attendere se dottrina e giurisprudenza saranno di questo avviso, essendo ancora precoci i tempi per valutare l’effettiva ricaduta interpretativa della novella.

Va ancora chiarito che sotto la dizione “modalità di presentazione”, la norma ricomprende il peso lordo complessivo dello stupefacente ed il frazionamento del confezionamento della sostanza.

Per quanto attiene il primo aspetto si tratta di una duplicazione poco chiara del criterio quantitativo prima citato. Invece la condotta del frazionamento delle confezioni attesta canonicamente una situazione di destinazione dello stupefacente a fini diversi da quelli personali.

Con la espressione “ed altre circostanze dell'azione” si ripropone un rinvio alla valutazione soggettiva del caso specifico, con i vantaggi connessi all’elasticità interpretativa ma anche il rischio di ricadere nel pantano dell’incertezza della pena che troppo spesso affligge il sistema vigente.

Circa la soglia massima, oltre la quale la condotta di importazione, esportazione, acquisto, ricezione o detenzione assume rilievo penale, la legge demanda ad un decreto interministeriale del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del consiglio dei Ministri – Dipartimento nazionale per le politiche antidroga.

L’apparire destinato in questo caso non è lasciato ad una valutazione completamente discrezionale dell’interprete, come avveniva con la previgente formulazione, ma è ancorato ad una serie di parametri fra cui la quantità con l’espresso richiamo: *”in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministero della Salute…”*. Da un lato quindi l’elaborazione giurisprudenziale del vecchio art. 73 ha trovato ingresso nella nuova norma, quando prevede il riferimento alle modalità di presentazione ed alle circostanze dell’azione, mentre non può certo passare inosservato neppure il ritorno al concetto pre-referendario dei limiti tabellari.

Secondo una primitiva lettura in linea con i dichiarati intenti alla base della riforma, la lett. a) del nuovissimo comma 1 bis avrebbe di fatto reintrodotto quella dose media giornaliera, che il referendum del 1993 aveva abolito; è notorio che tra le finalità asserite della novella legislativa vi sarebbe stato quello di recuperare la norma abrogata con il predetto strumento consultivo. Viene posto, infatti, come condizione di punibilità dell’importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo, nonché dell’illecita detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, un non del tutto chiarito criterio quantitativo. La penale rilevanza della condotta si concretizzerebbe, ogni qual volta il dato ponderale risulti superiore ai limiti massimi tabellari indicati con decreto del Ministro della salute. Si sarebbe, così, discutibilmente legato il concetto di illiceità penalmente rilevante (e sanzionabile) a provvedimenti di natura amministrativa. Tanto più le critiche si sono levate con forza in quanto il procedimento di formazione delle tabelle, come vedremo in seguito, si è svolto con gravi lacune scientifiche.

**Lettura più matura del comma 1° bis**

Tuttavia una più matura lettura del testo novellato, poi suffragata da stabili prassi interpretative, indicò che il criterio del superamento della dose consentita, non potesse avere un valore assoluto ma relativo, in combinazione con tutti i parametri indicati dalla medesima norma.

La norma infatti puniva chiunque illecitamente detenesse sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell’azione apparissero destinate ad un uso non meramente personale. La norma in realtà non pone una presunzione assoluta di punibilità per la detenzione di quantitativi superiori ai limiti massimi indicati nel decreto ministeriale: è possibile ritenere la destinazione a terzi anche in presenza di quantitativi inferiori ed è altresì possibile escludere la destinazione illecita per quantità superiori. Il decreto del Ministero della Salute non ha modificato un elemento del precetto penale ma disciplina solo un parametro indiziario relativo alla quantità sotto la quale si può presumere (in mancanza di elementi contrari) una destinazione all’uso personale.

Una delle prime decisioni conformi a questa interpretazione recitava: “*Pur in presenza di un quantitativo di principio superiore ai limiti massimi tabellari, per poter affermare la responsabilità dell’imputato occorre misurare la capacità dimostrativa di tale dato, senza pregiudizi assoluti o relativi di sorta, dovendo il giudice comunque valutare tutte le circostanze, oggettive e soggettive del fatto”*. [[2]](#footnote-2)

E la giurisprudenza non ha accolto nemmeno una soluzione intermedia quale quella che avrebbe previsto in materia un’inversione dell’onere della prova penale, che nella fattispecie sarebbe ricaduta non più sulla pubblica accusa, essendo la difesa chiamata a dimostrare che la detenzione oltre i limiti era comunque finalizzata all’uso personale.

Il principio processuale concernente l’onus probandi non poteva quindi ritenersi mutato nonostante la modifica del testo normativo ma continua a competere all’accusa e la concreta possibilità di spaccio da parte del soggetto detentore deve essere attestata attraverso sicuri ed incontrovertibili elementi al di là di ogni ragionevole dubbio. L’assenza degli elementi tipici di una cessione a favore di terzi da parte del soggetto e la presenza di dati favorevoli verso l’imputato possono contrastare l’accusa. La destinazione allo spaccio rappresenta un elemento costitutivo del reato la cui prova certa, oltre ogni ragionevole dubbio, è condizione imprescindibile per un giudizio di colpevolezza. Non si può far carico all’imputato dell’obbligo di provare la diversa destinazione, ma questi ha semplicemente l’onere di allegare elementi atti a sostenere l’uso personale e ad escludere la finalità di spaccio. La condotta di illecita detenzione e’ punita solo ed esclusivamente se appare destinata ad un uso non esclusivamente personale.

In tal senso alcune pronunzie iniziarono a delineare l’orientamento. Ad esempio afferma il Tribunale di Rovereto: *”peraltro il legislatore, sulla base della presa d’atto che la condotta di detenzione è, di per sé, neutra, essendo indifferentemente propedeutica sia all’uso esclusivamente personale sia alla destinazione a terzi sia, anche, ad un uso promiscuo, ha introdotto degli obbligatori indici di valutazione, ossia la quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministero della salute […], le modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero le altre circostanze dell’azione, in base ai quali è possibile stabilire quando la detenzione sia o non sia destinata ad un uso non esclusivamente personale.[…]*

*Alla luce di queste premesse e dell’opzione interpretativa sul piano sostanziale sopra accolta, secondo la quale, la destinazione ad un uso non esclusivamente personale costituisce, ancor oggi, elemento costitutivo del reato, gli indici di valutazione indicati dal legislatore non possono valere a fondare una presunzione di destinazione ad un uso non esclusivamente personale. Neppure iuris tantum, ma più semplicemente, costituiscono tipizzazione dei criteri indiziari più frequentemente utilizzati dalla giurisprudenza per accertare la destinazione della detenzione di sostanze stupefacenti.*

*Detta tipizzazione impone l’obbligo, per il Giudice, soprattutto sotto il profilo della motivazione, di considerarli e di valutarli, ma, in ogni caso, la condanna non può che conseguire al pieno accertamento, sulla loro base, ma anche sulla base di possibili ulteriori elementi indiziati non tipizzati e di tutte le prove raccolte nel processo, senza alcuna possibilità di ravvisare pretese gerarchie tra elementi di prova, che, nel caso concreto, la detenzione fosse destinata, almeno parzialmente, a terzi” .* [[3]](#footnote-3)

Oppure si legga il provvedimento in data 29 novembre 2006 del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli (sentenza di non luogo a procedere):*” il nuovo atto normativo regolamentare non ha determinato una modificazione di un elemento extrapenale integrativo del precetto penale, né ha prodotto un effettivo fenomeno di successione di leggi nel tempo. Il predetto Decreto Ministeriale, infatti, disciplina solo un parametro indiziario, di natura normativa, relativo al quantitativo di stupefacente sotto il quale si può presumere, in difetto di elementi contrari, una destinazione della droga all’uso personale. È dunque semplicemente mutato uno degli elementi indiziari – il c.d. quantitativo soglia – utile per valutare la destinazione al fine di spaccio o all’impiego personale della droga detenuta”.* [[4]](#footnote-4)

La destinazione ad un uso non esclusivamente personale è stata quindi ritenuta elemento costitutivo del reato e gli indici di valutazione indicati dal legislatore non possono fondare una presunzione di destinazione ad un uso non esclusivamente personale. Costituiscono semplicemente il recepimento normativo dei criteri indiziari più frequentemente utilizzati dalla giurisprudenza per accertare la destinazione della detenzione di sostanze stupefacenti. Il Giudice ha l’obbligo di considerarli e di valutarli ma in ogni caso si può basare su ulteriori elementi indiziati non tipizzati e su tutte le prove raccolte nel processo. Si tratta, in sostanza, di una serie di elementi indiziari da cui si può ricavare la destinazione alla cessione a terzi della sostanza stupefacente detenuta che deve essere valutata nel caso concreto dal giudice di merito.

In merito è molto chiara un’altra pronunzia di merito: *”La recente legge ha operato sostanzialmente una "normativizzazione" dei criteri indiziari già utilizzati in giurisprudenza per fondare un giudizio positivo di sussistenza del reato di cui all’art. 73 rispetto alle condotte (acquisto, importazione, esportazione, ricezione, detenzione) ex se non qualificate oggettivamente dalla destinazione a terzi, a differenza di quelle condotte, ora indicate nel comma 1 della norma succitata, che hanno rilevanza penale a prescindere dal quantitativo della sostanza che ne costituisce l’oggetto.*

*Ne consegue che l’imputato, ove l’accusa ponga a fondamento dell’ipotizzata sussistenza dell’illecito penale determinati elementi indiziari, ha semplicemente l’onere di allegare elementi di segno contrario rispetto all’importazione accusatoria, atti a sostenere l’uso personale e, comunque, ad escludere la finalità di spaccio, ma non ha un obbligo di dimostrazione in senso positivo della destinazione“.* [[5]](#footnote-5)

Il legislatore aveva in definitiva introdotto degli obbligatori indici di valutazione in base ai quali e’ possibile stabilire quando la detenzione sia o non sia destinata ad un uso non esclusivamente personale:

1. la quantità – se superiore ai limiti massimi indicati con Decreto del Ministero della Salute;
2. le modalità di presentazione – peso lordo complessivo e confezionamento frazionato;
3. altre circostanze dell’azione.

Evidente è la particolare rilevanza che ha il superamento dei limiti massimi indicati da un decreto ministeriale. Il superamento di tale soglia non determina, quindi, automaticamente la configurazione dell’illecito penale (come inizialmente è stato affermato dai più, ora diventati i meno), ma costituisce un indizio particolarmente rilevante e più forte rispetto agli altri. Sarà quindi necessario per l’accusa integrare la prova con ulteriori elementi indizianti. Solo in un caso il superamento del quantitativo ha valore di presunzione assoluta, ossia quando le sostanze siano di natura medicinale, ma in questo caso le pene sono diminuite da un terzo alla metà (cfr. art. 73, comma 1-bis lett. b).

Sotto la dizione "modalità di presentazione", si ricomprende il peso lordo complessivo dello stupefacente ed il frazionamento del confezionamento della sostanza. Per quanto attiene al primo aspetto si tratta di una duplicazione poco chiara del criterio quantitativo prima trattato. Invece la condotta del frazionamento delle confezioni pacificamente testimonia una situazione in cui la destinazione dello stupefacente è a fini diversi da quelli personali.

Con la espressione "ad altre circostanze dell’azione", come detto, si ripropone un rinvio proprio a quella valutazione soggettiva del caso specifico, a maggior ragione fondamentale apparendo prevalente in dottrina e giurisprudenza l’orientamento per cui il criterio del superamento dei limiti non sia presunzione assoluta di detenzione per uso non personale.

Tra questi ulteriori parametri valutativi di massima cui il Giudice di merito potrà ispirarsi nell’accertamento della destinazione della sostanza detenuta possono certamente rientrare, come da tradizione giurisprudenziale:

1. lo stato di tossicodipendenza o di assunzione periodica;
2. il contesto socio-ambientale di vita, gli eventuali rapporti o collegamenti con ambienti deputati allo spaccio;
3. la capacità patrimoniale del detentore in relazione alla quantità ed alla qualità della droga ed al prezzo sul mercato;
4. la quantità e la qualità della droga rapportate al fabbisogno personale;
5. la disponibilità di attrezzature per la pesatura e per il confezionamento delle dosi (bilancino di precisione, cartine etc.) e la ripartizione in dosi singole per la distribuzione.

Molto significativa era all’epoca anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha affrontato il tema della coltivazione di sostanze stupefacenti. La Suprema Corte ha affermato che *"la coltivazione di piante da cui possano ricavarsi sostanze stupefacenti, che non si sostanzia nella coltivazione in senso tecnico – agrario ovvero imprenditoriale, e ciò per l’assenza di alcuni presupposti, quali la disponibilità del terreno, la sua preparazione, la semina, il governo dello sviluppo delle piante, la disponibilità per la raccolta dei prodotti e che, pertanto, rimane nell’ambito concettuale della c.d. coltivazione domestica, ricade, pur dopo la novella introdotta con la L. n. 49 del 2006 di conversione del D.L. n. 272 del 2005, nella nozione, di genere e di chiusura, della detenzione, sicché occorre verificare se, nella concreta vicenda, essa sia destinata ad uso esclusivamente personale del coltivato”* (fattispecie in cui la Corte ha annullato senza rinvio, perché il fatto non sussiste, la sentenza di condanna dell’imputato che aveva coltivato nel proprio fondo cinque piante di marijuana).[[6]](#footnote-6) L’orientamento giurisprudenziale ora illustrato pare il più ragionevole per risolvere il caso di specie, in cui non vi sono dubbi sulla destinazione ad uso personale delle – invero assai modeste – quantità di marijuana ricavabili dalla coltivazione nel garage (lo sforzo dei due giovani di utilizzare un’attrezzatura utile a "incrementare" la crescita delle piantine è stato direttamente proporzionale all’inospitalità dell’ambiente: un seminterrato condominiale); una diversa decisione sarebbe da considerare come irragionevole per una condotta che, in concreto, non può essere differenziata, per l’orientamento vigente, da quella del consumatore che acquisti "modeste" dosi di droga da consumare personalmente (secondo il sistema "tabellare" introdotto dalla legge n° 49/2006). Con il citato orientamento quindi coltivazioni non in senso tecnico o imprenditoriale saranno valutate similmente a mere detenzioni, per la cui rilevanza penale saranno utilizzabili i predetti criteri, ed in primis quello quantitativo.

Tuttavia successive pronunzie hanno più volte ribaltato la prospettiva, ponendo l’accento sul fatto che la condotta di coltivazione sia ontologicamente diversa da quella di detenzione, vi è un quid pluris relativo alla circostanza che coltivando si “crea” nuova sostanza stupefacente: pertanto la diversità di trattamento sarebbe giustificata da tale differenza logica tra le fattispecie, a nulla rilevando la natura domestica o tecnico-agraria della coltivazione.

**Le tabelle ministeriali di cui agli art. 13 e 14 del T.U. in materia di stupefacenti**

Con la previsione legislativa del 2006 sia gli oppiacei, che i derivati dalla cannabis, che qualsiasi altra droga di derivazione sintetica, venivano ricompresi nella medesima tabella, la I. La tabella II riguarda invece prodotti di natura farmaceutica ed è correlata ad un’ipotesi di reato relativa alla detenzione di quantitativi di farmaci (art. 73 comma 4° del T.U.). Le condotte descritte sono richiamate dal medesimo comma 1 bis anche in relazione a “... medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, ove gli stessi eccedano il quantitativo prescritto...”, ipotesi che legittimerebbe una diminuzione di pena da un terzo alla metà.

Si veniva a sancire una presunzione a sfavore dell’inquisito, il quale laddove si trovasse nel possesso (od in altra tra le elencate condotte) di un quantitativo eccedente la prescrizione medica, si vedrebbe imputare la illiceità della propria detenzione, la quale viene in tal modo equiparata a quella di altra sostanza a fine di spaccio.

In una simile eventualità è previsto che le pene sancite per il comma 1 e per la lett. a) siano diminuite da un terzo alla metà.

Le tabelle ministeriali sono state approvate con un decreto del Ministero della Salute in data 11 aprile 2006, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2006.

La giurisprudenza doveva anche approfondire il problema se il novellato art. 1 bis dettasse una norma penale in bianco, facendo dipendere la punibilità del soggetto inquisito dalla osservanza di disposizioni amministrative emanate con semplice decreto interministeriale. Taluni interpreti per tali ragioni paventano un contrasto con gli artt. 3 e 25, 2° comma Cost.

Le tabelle ministeriali sono state approvate con un decreto del Ministero della Salute in data 11 aprile 2006, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2006. Esse prevedono un elenco di sostanze ritenute stupefacenti e psicotrope, con indicazione per ciascuna di limiti massimi espressi in milligrammi. Detti limiti sono frutto un calcolo fra la dose media singola (stabilita in base a lavori di apposita commissione) della sostanza ed un non meglio specificato moltiplicatore, la cui arbitrarietà tecnico scientifica suscita davvero molte perplessità.

Esse prevedono un elenco di sostanze ritenute stupefacenti e psicotrope, con indicazione per ciascuna di limiti massimi espressi in milligrammi. Detti limiti sono frutto un calcolo fra la dose media singola della singola sostanza (stabilita in base alle risultanze scientifiche dei lavori di un’apposita commissione) ed un non meglio specificato moltiplicatore, anche previsto per ogni singola sostanza, la cui arbitrarietà tecnico scientifica aveva suscitato davvero molte perplessità.

Non a caso il contrastato tentativo, avvenuto nella legislatura seguente, di innalzare il limite tabellare della cannabis è avvenuto mediante l’aumento del moltiplicatore. Interessante è quanto riguardo il tentativo di innalzare il limite tabellare della cannabis (precisamente dei due principi attivi del delta-8-tetraidrocannabinolo e del delta-9-tetraidrocannabinolo). Ciò accadde con un decreto adottato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro della Giustizia, in data 4 agosto 2006 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 17 novembre 2006, fondato proprio sull’innalzamento numerico del moltiplicatore.

Proprio per la sua incoerenza tecnica quel decreto è stato annullato con provvedimento del TAR Lazio.[[7]](#footnote-7) Tra l’altro si legge nella motivazione della pronunzia *”sia il decreto dell’aprile 2006 che quello dell’agosto 2006 hanno utilizzato il dato relativo alla dose media singola, ma hanno poi disatteso l’indicazione della commissione in ordine al parametro moltiplicatore, senza peraltro chiarire se intendevano modificare l’indicazione del numero di assunzioni settimanali, ovvero se ritenevano di contestare anche il parametro temporale settimanale fornito dalla commissione. Al riguardo è appena il caso di richiamare la pronuncia da ultimo riferita della Corte Costituzionale che ha individuato nella ratio della norma anche il fine di parcellizzare l’offerta delle sostanze stupefacenti, modellandola quindi su una dose detenibile a fini di uso personale tendenzialmente ridotta, e quindi con un parametro temporale breve ...”*.

Quel Tribunale Amministrativo Regionale ha quindi annullato il decreto del Ministero della Salute, che aveva operato di concerto con il Ministero di Giustizia, sul presupposto di un malgoverno della discrezionalità tecnica, nonché di una carenza (se non addirittura assenza) di quella necessaria congrua motivazione esplicativa delle ragioni in base alle quali si è addivenuti al raddoppio del principio attivo della cannabis, a fini della declaratoria di non punibilità del soggetto che avesse tenuto una delle condotte di cui al comma 1 bis dell’art. 73 dpr 309/90. Non può sfuggire peraltro che la critica al metodo dell’inserimento arbitrario del fattore moltiplicativo è totale, ma il TAR non ha potuto travolgere anche la previsione del decreto del Ministero della Salute in data 11 aprile 2006, in quanto non oggetto del giudizio in questione.

Risultava quantomeno auspicabile che la disciplina tabellare fosse riportata a criteri di maggiore scientificità che innalzerebbero l’affidabilità e l’equità delle decisioni. L’intero dibattito sulle novità introdotte con la legge 49/2006 qui illustrato si fondava quindi su una giurisprudenza piuttosto tempestiva e già orientata. Si attende un più avanzato dibattito dottrinale e resta sempre plausibile se non probabile un nuovo intervento legislativo.

**Tre elementi che mitigano il rigore normativo della riforma**

Nel testo della legge n° 46/2006 si possono invece rinvenire tre elementi che mitigavano la descritta scelta repressiva di fondo.

In primo luogo la pena edittale minima, per i reati previsti dai commi 1 ed 1 bis scendeva da 8 a 6 anni, probabilmente avendo il legislatore tenuto presente che nella pratica sono davvero molte le situazioni al confine fra l’ipotesi ordinaria dell’art. 73 co. 1 o 1 bis e quella dell’art. 73 comma 5.

In secondo luogo veniva introdotto il comma 1° bis che regolamentava una articolata serie di condotte: importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo ed illecita detenzione, già oggetto di previsione penale (nel comma 1° del testo originario del 1990); in questa sede la separazione delle stesse appare logicamente congegnata, in quanto questo gruppo è stato ritenuto meritevole di autonomia rispetto ai comportamenti previsti dal comma 1°, trattandosi di condotte tutte suscettibili di compatibilità con l’uso personale. Il legislatore sembra così mirare a delineare una decisa differenziazione fra trafficanti-spacciatori ed utenti-assuntori.

Peraltro è controverso che condotte come l’importazione o l’esportazione, che si riscontrano nell’ambito di traffici gestiti da criminalità organizzata (e non differiscono come gravità dalla spedizione in transito), possano giustificare un trattamento di minor rigore.

Terzo ed ultimo elemento consiste nella rimodulazione dei limiti di pena per l’accesso alle misure alternative previste dagli artt. 90 e 94.

Notevole è stato l’innalzamento della soglia di ammissibilità per entrambi i benefici, passati da un limite massimo di quattro anni (quale pena complessiva o residuo di altra maggiore pena) a quello di sei anni.

**Stupefacenti: rapporto fra le circostanze dell'ipotesi lieve e della recidiva reiterata**

Le conseguenze gravatorie derivate in tema di giudizio legale di prevalenza fra sulle eventuali attenuanti, in capo a soggetti ai quali fosse stata contestata la recidiva ex art. 99/4° c.p., conseguentemente all’approvazione della L. 5 Dicembre 2005 n. 251 (ex-Cirielli), aveva riproposto l’importanza della questione della natura giuridica dell’ipotesi lieve ex comma 5 dell’art. 73. La tesi maggioritaria iniziale riteneva che la norma in questione integrasse un’attenuante ad effetto speciale, piuttosto che un reato autonomo.

La giurisprudenza ha tentato di mitigare l’automatismo ed il rigore del bilanciamento legale della recidiva reiterata con l’attenuante del V° comma mediante concetti di facoltatività nel riconoscimento della sussistenza della stessa recidiva. In sostanza il giudice poteva non applicare il relativo aumento di pena se reputasse in concreto che la ricaduta nel delitto non sia espressione di maggiore colpevolezza o di maggior pericolosità sociale.

Il testo novellato dell'art. 69, u.c., c.p., così come sostituito dalla predetta L. n. 251 del 2005, aveva introdotto una brusca novità, predeterminando parzialmente l'esito del giudizio di bilanciamento, laddove vieta che le attenuanti possano essere ritenute prevalenti su alcune circostanze aggravanti, tra cui la recidiva reiterata di cui al predetto art. 99, c.p., comma 4.

Nella ipotesi di recidiva reiterata, quindi, il giudice: a) poteva non riconoscerla come espressione di maggior colpevolezza e pericolosità, e quindi non applicare il relativo aumento di pena; b) se l’avesse riconosciuta, nel giudizio di comparazione con eventuali circostanze attenuanti, non poteva ritenerla subvalente rispetto a queste.

In altri termini, poiché anche la recidiva reiterata è facoltativa, il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva stessa opera soltanto quando il giudice ritenga applicabile quest'ultima.

Tali orientamenti (vedasi Cassazione penale, sez. IV, sentenza 30.06.2009 n° 26666 e Corte Costituzionale, [ordinanza 10.07.2008 n° 257](http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=43146)) sono diventati sostanzialmente pacifici, fino ai successivi interventi normativi di cui a breve si si farà menzione.

**I provvedimenti amministrativi previsti dall’art. 75.**

La riforma aveva conferito una posizione di spiccata importanza alle disposizioni di cui all’art. 75.

La norma ripropone al comma 1° sanzioni già contenute in precedenza, stabilendo una durata che varia da un minimo di un mese ad un massimo di un anno.

Le sanzioni amministrative previste sono:

a) la sospensione della patente di guida o divieto di conseguirla (in proposito va ricordato che il comma 3° descrive le modalità del possibile immediato ritiro del documento e prevede, altresì, la possibilità dell’ulteriore fermo amministrativo di motoveicoli per un periodo non superiore a 30 giorni);

b) la sospensione della licenza di porto d’armi o divieto di conseguirla;

c) la sospensione del passaporto e di ogni altro documento equipollente o divieto di conseguirli;

d) la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o divieto di conseguirlo se cittadino extracomunitario.

**I provvedimenti previsti dall’art. 75 bis.**

La norma introduce un regime di misure ulteriori che si applicano alla persona oggetto dei provvedimenti di cui all’art. 75, qualora risulti già condannata per un tempo non superiore a due anni, anche con sentenza non definitiva per reati di varia natura od anche se sottoposto a misura di sicurezza o prevenzione.

La norma appare destinata a soggetti specificatamente individuati sulla base di una particolare situazione soggettiva di pericolosità.

Le sanzioni elencate dalla norma rappresentano vere e proprie misure cautelari, come sono indubbiamente gli obblighi di presentazione e i divieti di frequentazione, poiché è evidente il loro carattere coattivo e limitativo della libertà personale; nonostante il fatto che vengano applicate dal Questore sono infatti soggette alla convalida da parte del Giudice di Pace, entro un termine massimo di 96 ore dalla loro esecuzione, che avviene mediante notifica all’interessato.

**Il novellato art. 89 del DPR 309/90.**

Era l’arresto domiciliare il fulcro del regime introdotto dal citato art. 89. Tale misura era prevista in favore di chi dovrebbe essere attinto da un provvedimento cautelare di custodia in carcere, se risulti persona tossicodipendente o alcoldipendente ed abbia già in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l’assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell’ambito di una struttura privata autorizzata ai sensi dell’articolo 116.

Viene, così contenuto il precedente sistema che permetteva una radicale revoca della misura della custodia in carcere, o, comunque, l’accesso dell’inquisito anche ad un regime di maggior favore, quale quello previsto dalle misure di cui agli artt. 281, 282 e 283 c.p.p.

La misura dell’arresto domiciliare poteva essere eseguita sia presso il domicilio dell’inquisito, che potrà seguire un piano terapeutico nelle forme del day-hospital, sia con l’accesso ad una struttura residenziale, ove il tossicodipendente potesse stabilmente dimorare.

Se però la persona interessata fosse indagata od imputata per uno fra i delitti di cui agli articoli 628, terzo comma, o 629, secondo comma, c.p. o se possano sussistere particolari esigenze cautelari, l’arresto domiciliare presupporrebbe necessariamente (“è subordinato”) che il programma terapeutico venisse svolto in una struttura residenziale.

Il giudice all’atto della sostituzione della misura, o successivamente, aveva il potere di stabilire eventuali forme di controllo necessarie per accertare che il soggetto adempia al programma di recupero, con indicazione di orari e giorni nei quali lo stesso possa assentarsi per l’attuazione del programma.

**Parte Terza**

**Le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità della legge 49/2006, avvenuta con Sentenza n° 32/2014 della Corte Costituzionale e della previsione della fattispecie di cui al comma 5° del all’art. 73 T.U.L.Stup. quale reato autonomo e non elemento circostanziale del reato**

L’articolo 73 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (“*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope…*”), come è quindi evidente, costituisce la norma incriminatrice fondamentale in materia.

Dopo la significativa dichiarazione di incostituzionalità (in parte *qua*) della norma di riferimento (*cfr*: Corte Costituzionale, Sentenza n. 32/2014 in data 12 febbraio 2014), la disciplina è stata recentemente oggetto di una ridefinizione delle pene applicabili al reato di detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti. Infatti per motivi formali la legge 49/2006 è stata dichiarata incostituzionale, essendo stata dalla S.C. riscontrata la violazione del principio di omogeneità fra l’originario decreto legge e le norme intervenute nel provvedimento legislativo di conversione.

A causa della predetta abrogazione sono quindi tornate in vigore le norme previgenti: ovvero, per quanto riguarda le sole pene detentive, se il fatto riguardi cosiddette “droghe leggere” si potrà avere l’applicazione di una pena da due a sei anni di reclusione, mentre in caso di cessione di cosiddette “droghe pesanti” la pena potrà variare tra gli otto e i venti anni di reclusione.

L’importantissima ed assai significativa forbice tra le pene edittali previste per lo spaccio di “droghe leggere” e “droghe pesanti” (tanto che di recente la stessa Corte Costituzionale ha espressamente rivolto un invito al Legislatore affinché valuti la possibilità di riequilibrare la normativa) ha reso ancor più importante il quinto comma dell’articolo 73 del Testo Unico, che disciplina i casi di spaccio di lieve entità, puniti con una pena detentiva dai sei mesi ai quattro anni di reclusione, senza alcuna distinzione rispetto alla tipologia di stupefacente detenuto.

È chiaro, quindi, che, soprattutto quando si tratti di “droghe pesanti”, la possibilità di accedere all’Istituto del fatto di lieve entità sia di fondamentale rilevanza, in quanto può determinare una pena enormemente inferiore rispetto a quella dell’ipotesi base.

Nel recente riordino del Sistema, il Legislatore era nel frattempo già intervenuto sul quinto comma dell’articolo 73 (con il D.L. n. 14 del 23/12/2013, convertito con modificazioni dalla L. n. 10 del 21/02/2014) non solo modificando la cornice edittale di riferimento, ma attribuendo all’Istituto la dignità di fattispecie di reato autonoma, mentre in passato si trattava – per pacifica Giurisprudenza - di una mera circostanza attenuante dell’articolo 73 (con ogni effetto giuridico conseguente, ad esempio anche in tema di prescrizione del reato).

Dal punto di vista normativo, lo spaccio di sostanza stupefacente è attualmente definibile di lieve entità se, avuto riguardo ai mezzi, alle modalità o alle circostanze dell’azione ovvero alla qualità e quantità delle sostanze detenute, la condotta sia valutabile come di minima offensività rispetto al bene protetto, ad esempio per una ridotta capacità di diffusione della droga sul territorio.

Gli elementi codificati dalla norma, sia quelli attinenti all’azione criminosa (i mezzi, le modalità e le circostanze dell’azione) che quelli relativi all’oggetto materiale del reato (la qualità e la quantità delle sostanze), sono strutturati come dati sintomatici di una non lieve entità del fatto, che tuttavia deve essere valutata alla stregua di tutte le concrete e specifiche circostanze del caso, nell’ottica di una disamina globale ed unitaria.

La Giurisprudenza della Suprema Corte è pacifica nell’affermare che la questione circa l’applicabilità del quinto comma dell’articolo 73 del D.P.R. n. 309/1990 non possa trovare risoluzione in astratto, stabilendo incompatibilità in via di principio, ma debba essere affrontata caso per caso, tenendo ogni volta conto di tutte le specifiche e concrete caratteristiche della vicenda giudiziaria in esame (cfrCass. Penale, Sezione Sesta, n. 46495/2017).

Inoltre, è stato affermato che la *ratio* dell’Istituto in oggetto sia del tutto coerente con i principi di offensività, di proporzionalità e di individualizzazione e finalità rieducativa della pena; il Giudicante deve, quindi, determinare e calibrare il trattamento sanzionatorio più adeguato alle specifiche circostanza e modalità del caso, rifuggendo da ogni automatismo (cfr Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 39374/2017).

In definitiva, la minima offensività della condotta, tale da poter essere premiata con il riconoscimento del fatto di lieve entità, è desumibile non solo dal dato quantitativo e qualitativo dello stupefacente, bensì anche da tutti gli altri parametri della condotta, che deve essere valutata unitariamente e globalmente così come concretamente manifestatasi nel caso di specie, senza avere riguardo a possibili preclusioni o automatismi (ad esempio si è ritenuto che anche la cessione di droga a soggetto minorenne possa rientrare nella previsione del fatto di lieve entità, se gli altri parametri della condotta lo consentono). (cfr Cassazione Penale, Sezioni Unite, n. 35737/2010).

Tuttavia, va sottolineato che qualora anche uno solo degli indici sintomatici richiamati dalla norma emerga nel caso concreto come negativamente assorbente rispetto agli altri, il fatto di lieve entità non potrà essere riconosciuto, con conseguente svalutazione di ogni altro elemento o circostanza (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 46495/2017).

E’ questo il caso, ad esempio, del parametro riferito al dato ponderale dello stupefacente, ossia alla quantità di droga detenuta dal reo: infatti, il superamento di quella soglia ponderale che la Giurisprudenza di merito individua, di volta in volta ed in relazione alle specificità ambientali del luogo ove fu commesso il reato, fa soccombere ogni altro fattore, non potendosi riconoscere il fatto di lieve entità (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 49153/2017).

Il più importante fattore di valutazione per il riconoscimento dell’ipotesi di spaccio di lieve entità è proprio quello ancorato alla quantità e qualità dello stupefacente detenuto: la soglia ponderale, oltre la quale il fatto non possa considerarsi come lieve, non è tuttavia determinata dal Legislatore, ma dovrà di volta in volta essere accertata dal Giudicante, sulla base di una valutazione principalmente riferita al territorio in cui fu commesso il reato.

E’ evidente, infatti, come una certa quantità di droga può essere oggettivamente significativa e rilevante per il territorio di un piccolo paesino di provincia, mentre di poco conto ed oggettivamente marginale per il territorio di una grande metropoli.

Il Giudicante sarà, quindi, chiamato a valutare se la quantità e qualità dello stupefacente detenuto possa essere considerato – in relazione al luogo ove il fatto fu commesso, al mercato della droga di quel determinato territorio ed al grado di diffusione dello stupefacente in quella zona – oggettivamente rilevante e significativo, soprattutto rispetto al rischio di diffusività dello stupefacente da parte del reo nel territorio.

In termini abbastanza concreti, la Suprema Corte ha affermato che il fatto di lieve entità si configura per il cosiddetto “piccolo spaccio”, che si caratterizza per una minore portata dell’attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro, nonché con guadagni limitati; in tali ipotesi può anche essere ricompresa la detenzione di una provvista per la vendita che, comunque, tenuto conto del valore e della tipologia della sostanza, non sia superiore a dosi conteggiate “a decine” (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 15642/2015).

Sul tema del possibile riconoscimento della figura di reato dello spaccio di lieve entità nel caso in cui il reo detenga sostanze stupefacenti di diversa tipologia, la Giurisprudenza non è sempre stata univoca.

La Suprema Corte ha affermato anche che il fatto di lieve entità non sia configurabile nel caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa tipologia, a prescindere dal dato quantitativo e qualitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell’agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di droghe di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dalla norma (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 6626/2016).

Va, tuttavia, sottolineato che la Giurisprudenza più recente e maggioritaria è di segno opposto (anche sulla base di una ricognizione del dato letterale della norma, che parla al plurale di “qualità delle sostanze”).

Questo indirizzo giurisprudenziale ritiene applicabile la figura del fatto di lieve entità anche nel caso di detenzione di quantità non rilevanti di stupefacenti di diversa natura, in quanto la non omogeneità delle sostanze non può costituire una ragione esclusiva per negare la qualificazione del reato ai sensi del quinto comma dell’articolo 73. Infatti, secondo tale orientamento, la disponibilità di diversi tipi di sostanze, pur essendo sintomatica della possibilità che il fatto non sia di lieve entità, dovrà essere valutata alla luce di tutte le altre circostanze della vicenda processuale, in un’ottica globale ed unitaria (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 49153/2017).

Altra *vexata quaestio* sul tema della possibile applicazione della fattispecie di reato della lieve entità nella detenzione a fini di spaccio di stupefacenti riguarda l’accesso all’Istituto qualora il reo sia responsabile di un’attività di spaccio non episodica né occasionale, ma ripetuta nel tempo.

Si è infatti ritenuto che debba essere esclusa la fattispecie della lieve entità qualora la singola cessione di una quantità modica, o non accertata, di droga costituisca manifestazione effettiva di una più ampia e comprovata capacità dell’autore di diffondere lo stupefacente in modo non occasionale né episodico; in tali casi, la valutazione della concreta offensività della condotta non può essere ancorata al dato statico della quantità di volta in volta ceduta, dovendo essere frutto di un giudizio più ampio che coinvolga ogni aspetto del fatto nella sua dimensione oggettiva (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 40720/2017).

Tuttavia, in altri arresti giurisprudenziali la Suprema Corte, in maniera più coerente con la più volte ribadita necessità di una valutazione globale ed unitaria di tutti i parametri normativi, ha statuito che la non occasionalità dell’attività di spaccio e la sua ripetizione nel tempo non siano di per sé incompatibili con la concessione del fatto di lieve entità (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 39374/2017; Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 46495/2017).

Tali arresti giurisprudenziali poggiano le loro argomentazioni, tra l’altro, sul fatto che nell’Ordinamento esista addirittura la previsione dell’associazione a delinquere finalizzata alla commissione di plurime violazioni della Legge stupefacenti connotate dal carattere della lieve entità (articolo 74, comma sesto, D.P.R. n. 309/1990); se quindi è possibile che un’entità criminale organizzata come quella prevista dall’articolo 74 possa essere considerata dedita alla commissione di fatti di lieve entità, a maggior ragione la ripetizione della condotta nel tempo non può di per sé essere considerata ostativa all’accesso all’Istituto in oggetto.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, qualora vi sia ripetizione e non occasionalità delle condotte di cessione di stupefacente, il Giudicante dovrà verificare se la condotta, pur connotata dalla predisposizione di mezzi e dalla programmazione delle modalità esecutive – cioè da un’organizzazione – presenti contorni tali per ritenere minima l’offesa al bene giuridico tutelato (ad esempio per il ristretto ambito territoriale di operatività, per lo scarso numero di clienti o per la scarsa professionalità del reo).

Intervenendo nel caso particolare della coltivazione di sostanze stupefacenti, la Suprema Corte ha affermato che anche in tale ipotesi la sussistenza del fatto di lieve entità debba essere valutato con i consueti parametri e secondo le già consolidate regole di giudizio (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 27524/2017; Cassazione Penale, Sezione Quarta n. 30238/2017).

Tuttavia, è stato precisato come in caso di coltivazione di sostanza stupefacente, l’offensività della condotta consista nella sua idoneità a produrre sostanza per il consumo; quindi a rilevare non è tanto la quantità di principio attivo ricavabile nell’immediato, bensì la capacità della pianta – per la sua attitudine dal punto di vista botanico e per le modalità di coltivazione – di giungere a sviluppo e produrre quantità significative di prodotto drogante. Ciò anche in coerenza con l’orientamento oramai prevalso che ritiene che il concetto di coltivazione vada inteso non in senso strettamente materiale, ma in senso più ampio, che appunto tenga conto dell’offensività in concreto della condotta. Deve quindi riscontrarsi, perché vi sia una coltivazione penalmente rilevante, la produzione botanica di quantitativi idonei ad incrementare la disponibilità nel mercato locale della sostanza ricavabile dalle piante oggetto dell’attività.

In definitiva, in ordine alla possibile applicazione della disciplina del fatto di lieve entità alla coltivazione di stupefacenti, si dovrà avere riguardo non solo al principio attivo ricavato nell’immediato, ma anche a quello ricavabile alla completamento del ciclo biologico della pianta, oltre che al tipo ed alla qualità della stessa nonché al livello di produzione (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Quarta, n. 50970/2017).

Appare meritevole di segnalazione il pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui il fatto di lieve entità nella cessione di stupefacenti sia del tutto compatibile con la concessione della circostanza attenuante di cui all’articolo 62 n. 4 del Codice Penale (la cosiddetta speciale tenuità nei delitti per motivi di lucro), poiché gli elementi costitutivi delle due fattispecie non coincidono e perciò essendo scongiurato il rischio di un’indebita duplicazione di effetti benefici (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 24533/2017).

La Suprema Corte, premesso che l’attenuante in oggetto è applicabile ad ogni tipo di delitto purché commesso per motivi di lucro, ne riconosce la compatibilità con la disciplina dello spaccio di droga di lieve entità, sempre che ci si trovi in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività e disvalore; è, infatti, necessario che la speciale tenuità riguardi sia l’entità del lucro conseguito o da conseguire attraverso il reato, sia l’entità dell’evento dannoso o pericolo che dal reato consegue (*cfr*: Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 5812/2016).

A seguito delle radicali novelle legislative del 2014, è mutata, nella Giurisprudenza di legittimità, anche la qualificazione ermeneutica del concetto di ingente quantità contemplato nell’ aggravante tipica ex comma 2 dell’art. 80 TU 309/1990.

Secondo alcuni interpreti, ormai Cass., SS.UU, n. 36258, 20/09/2012 costituisce un precedente troppo datato, soprattutto perché il calcolo dei limiti del peso netto e del numero di dosi frazionabili non tiene conto dei necessari profili qualitativi, ovverossia del grado, più o meno elevato, della purezza del principio attivo dello stupefacente (Cass., sez. III, n. 25176, 21/05/2014, Cass., sez. III, n. 45458, 01/10/2014, nonché Cass., sez. III, n. 1609, 27/05/2015), ad esempio qualora la purezza dello stupefacente tagliato superi un tenore del 50/55 %, specialmente in tema di eroina e cocaina. Già nel 2014, la Corte Suprema aveva insistito non poco sul concetto tossicologico-forense del rilievo dell’elevata purezza del principio attivo.

Altri interpreti, all’opposto, reputano oggi che debba di nuovo prevalere il calcolo ponderale della quantità, peraltro non risolvendo del tutto il complesso coordinamento tra l’uso dei dati tabellari e del limite quantitativo di consumo, presi alla base del calcolo in ordine alla sussistenza dell’ingente quantitativo, e l’abrogazione della normativa di riferimento, ovvero la novella del 2006.

Infine vanno affrontate alcune questioni di diritto intertemporale. Pacifico in giurisprudenza è risultato che, per il periodo di apparente vigenza della norma, qualora sia più favorevole in concreto al reo, risulti applicabile la normativa dell’abrogata novella in materia di stupefacenti di cui alla legge 49/2006.

In ordine poi alla riformulazione dell'ipotesi del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 in termini di reato autonomo, e non più di circostanza ad effetto speciale, ad opera dell'art. 2 D.L. 23.12.2013 n. 146 (ora convertito in L. 21 febbraio 2014 n. 10), questa impone di individuare, per i fatti commessi nella vigenza della precedente disciplina, la disciplina in concreto più favorevole al reo.

Ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p., che prevede, nei casi di successione di leggi penali nel tempo, l'applicazione della legge "le cui disposizioni sono più favorevoli al reo", secondo il criterio del trattamento sanzionatorio in concreto più favorevole, l'applicabilità della nuova disciplina anche ai c.d. fatti pregressi, nonostante l'identità dei limiti edittali di pena, può determinare un trattamento sanzionatorio in concreto sfavorevole per il reo, in quanto, delineando un'ipotesi di reato autonomo, dunque non suscettibile di bilanciamento con le circostanze aggravanti, impone che l'aumento per l'aggravante (o per la recidiva) contestata venga applicato sulla pena base individuata in concreto (nel caso di specie, pur applicando il minimo edittale di un anno di reclusione ed € 3000 di multa, l'aumento previsto per l'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 80 DPR 309/90 - da un terzo alla metà - determinerebbe un trattamento sanzionatorio sfavorevole - almeno un anno e quattro mesi di reclusione ed € 4.500 di multa -).

L'applicazione, ai fatti pregressi, dell'art. 73 comma 5 nella previgente formulazione, che delineava una circostanza attenuante ad effetto speciale, consente di operare un giudizio di bilanciamento con le aggravanti (o la recidiva) contestate, con conseguente trattamento sanzionatorio in concreto più favorevole al reo (nel caso di specie, il giudizio di bilanciamento tra la circostanza attenuante ad effetto speciale e l'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 80 consente l'applicazione del minimo edittale di un anno di reclusione ed € 3000 di multa).

**CONCLUSIONI**

Il primo concetto di dose di stupefacente fu introdotto nel sistema normativo italiano dalla legge 675/1975, la quale all’art. 80 e all’art. 72 previde, rispettivamente come causa di non punibilità ed ipotesi attenuata, la detenzione di sostanza stupefacente per consumo personale e la detenzione o il piccolo spaccio di modiche quantità.

Fino ad allora il legislatore non si era preoccupato di distinguere fra le attività di spaccio e di consumo, che venivano accomunate in un generico giudizio di disvalore che copriva il fenomeno "droga" nel suo insieme. Quando la dimensione del problema raggiunse livelli preoccupanti e furono studiate strategie di contrasto più mature, apparve chiaro che ben diverso era il ruolo di chi trafficava e lucrava da chi invece era un mero utilizzatore di sostanze stupefacenti.

Peraltro questa intenzione si scontrò presto con la difficoltà pratica di trovare soddisfacenti metodologie per distinguere gli uni agli altri, gli spacciatori dai consumatori, nei casi in cui la condotta accertata fosse quella di una mera detenzione. Il legislatore del 1975 introducendo il concetto di modica quantità ebbe il merito di individuare un criterio che abbinava aspetti obiettivi e soggettivi per la valutazione del caso concreto. Si trattava di una metodologia che, dopo un’adeguata evoluzione giurisprudenziale, contemperava la certezza di un dato obiettivo ed i suoi riferimenti tecnico-scientifici (la tipologia di stupefacente e la quantità in sè considerata), con la valutazione soggettiva della personalità specifica dell’individuo-assuntore.

Il concetto di modica quantità fu però criticato sia per una certa qual liberalizzazione morale che induceva nei consumatori che per l’eccessiva discrezionalità demandata ai giudici. Pertanto il legislatore del 1990 intese sostituirlo con quello di "dose media giornaliera" con l’intento di semplificare il compito degli operatori di polizia e giudiziari. Il T.U. n° 309 del 1990 si mosse nuovamente in una logica punitiva, gli interventi centrali e fondamentali furono due: la penalizzazione del consumo e l’abolizione della modica quantità.

Il criterio quantitativo divenne ancor più rigido e significativo. Il superamento della dose media giornaliera (art. 73), rendeva la detenzione sempre penalmente rilevante alla stregua delle tipiche attività dei trafficanti e degli spacciatori (vendita, cessione, coltivazione, produzione). L’individuazione delle dosi medie e delle sostanze venne demandato a decreti del Ministero della sanità. Si passò quindi da un concetto "giurisprudenziale modulabile", quale quello della modica quantità, ad uno rigido e tecnico che non permetteva una lettura ragionevole ed adeguata alle proteiformi fattispecie proposte dalla realtà.

Il sistema mostrò presto la corda e fu modificato, ancor prima che da interventi normativi peraltro già predisposti, dal referendum dell’aprile del 1993. Dopo di esso la condotta penalmente apprezzabile dunque non fu più la detenzione pura e semplice, ma quella qualificata da fini diversi dall’uso personale, valendo questo requisito come elemento costitutivo del reato. Ancora una volta si impegnò la giurisprudenza in un lungo lavoro interpretativo. La valutazione sulla finalità della detenzione costituiva così un dato estremamente complesso ed astratto, a volte forse nemmeno chiaro allo stesso soggetto agente.

In tale ottica l’aspetto quantitativo rappresentava soltanto uno dei diversi referenti per comprendere la finalità di una singola detenzione, insieme alle modalità di detenzione e a tutti gli elementi contestuali legati alla specifica vicenda ed al singolo soggetto coinvolto. In questo modo si produsse una notevole incertezza applicativa ed un alto rischio di disparità di trattamento tra fattispecie analoghe. Si era determinato in realtà un ampio passo indietro rispetto al concetto di modica quantità che, come si è detto, forniva maggiori garanzie tecniche e giuridiche.

Il legislatore è poi nuovamente intervenuto con il dichiarato intento di approntare un sistema più rigoroso e certo, in particolare attraverso il ritorno al concetto di quantità predeterminata di stupefacente detenuto. L’art. 73 del T.u.l.stup., riformato dalla legge 49/2006, al comma 1 bis prevede oggi come reato l’illecita detenzione di sostanze stupefacenti che appaiono destinate ad uso non personale *"per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell’azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale”*.

Viene posto, infatti, come condizione di punibilità dell’importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo, nonché dell’illecita detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, un non del tutto chiarito criterio quantitativo. La penale rilevanza della condotta si concretizzerebbe ogni qual volta la sostanza detenuta risulti superiore ai limiti massimi tabellari indicati con il previsto decreto del Ministro della salute.

Tuttavia l’infelice formulazione della norma, anche in base alla giurisprudenza che è già maturata, aveva reso ancora una volta centrale l’individuazione della finalità della detenzione. Infatti anche nella formula attuale quel che davvero connota la condotta penalmente illecita è l’effettiva destinazione o meno all’uso non personale.

Il superamento dei limiti tabellari di stupefacente detenuto risultava ancora una volta uno degli indici di valutazione, tipizzato e disciplinato tabellarmente dal legislatore, ma pur sempre relativo e commisurato ad ogni particolarità del caso concreto che andrà letto insieme a tutti gli altri parametri valutativi riscontrabili.

In tal modo non si erano risolte le incertezze applicative e le esigenze di uniformità e certezza del diritto in materia di detenzione illecita di stupefacente ed il criterio quantitativo non ha nemmeno in questo caso raggiunto un rilievo giuridicamente e scientificamente chiaro.

Anche per mitigare gli effetti e le incertezze della novella del 2006, in combinazione con un regime della recidiva automatico e rigoroso, il legislatore è intervenuto con la legge 10/2014 in cui si è chiarito che l’ipotesi di cui al 5° comma dell’art. 73 del T.U.L.Stup sia una fattispecie autonoma di reato, per la quale non vige il bilanciamento di circostanze. Per cui in caso di recidiva qualificata i severi aumenti automatici di pena insistono su una pena base ben inferiore (da sei mesi a quattro anni di reclusione e da euro 1032,00 a 10.329,00 di multa).

Tuttavia ancor più incisivo nel sistema è stato l’impatto della sentenza costituzionale 32/2004 che, abrogando del tutto la riforma del 2006 ha fatto rivivere le precedenti disposizioni, quantomeno per l’avvenire e non per il periodo intermedio. Con un segno di particolare severità per il maggiore rigore sanzionatorio della previsione di cui al 1° comma della riviviscente formulazione dell’art. 73 T.U.L.Stup, ma con il ritorno a distinzione di disciplina per i reati connessi a sostanze ritenute leggere dalle apposite tabelle normative: Distinzione non presente per l’ipotesi lieve di cui al 5° comma del citato articolo 73.

Continua quindi il pendolo fra politiche proibizioniste e politiche maggiormente liberali, con particolare riferimento alle condotte detentive e non già a quelle di evidente traffico o spaccio in grande scala. Necessario appare un ulteriore riordino della materia, che peraltro risente della estrema difficoltà nel distinguere il consumatore dallo spacciatore e nel considerare il consumatore mera vittima della sua condizione, laddove la stessa lo conduca ad attività criminali, più o meno legate a tale status.

San Benedetto del Tronto, 16 novembre 2018 Dott. Ettore Picardi

**N.B.** Si rappresenta che la parte terza della presente relazione è tratta in ampia parte dall’articolo “Il fatto di lieve entità nella disciplina della legge stupefacenti” dell’avv. Giuseppe Migliore pubblicato in data 30 gennaio 2018 sulla rivista online “Filodiritto”

1. Testo completo del comma: *“Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene:*

	* 1. *sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;*
		2. *medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà.“* [↑](#footnote-ref-1)
2. Tribunale di Napoli, in data 29 maggio 2006; [↑](#footnote-ref-2)
3. Tribunale di Rovereto in data 5 dicembre 2006 (sentenza pronunciata dal Giudice dell’Udienza preliminare presso il Tribunale di Rovereto all’esito di giudizio con rito abbreviato); [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunale di Napoli, Giudice per le indagini preliminari (sentenza di non luogo a procedere) provvedimento in data 29 novembre 2006; [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunale di Bari, in data 16 ottobre 2006; [↑](#footnote-ref-5)
6. Cass. Sez. VI 18.1-10.5.2007 n° 17983; [↑](#footnote-ref-6)
7. TAR Lazio, sez. III quater, sentenza 21.03.2007 n° 2487; [↑](#footnote-ref-7)