

ORIENTAMENTI

Giuseppe Amato

La nuova disciplina delle sostanze stupefacenti*

SOMMARIO: 1. La disciplina sanzionatoria penale. - 2. I fatti “non lievi”. - 3. I fatti “lievi” - 4. Le tabelle: droghe “pesanti” e droghe “leggere”. - 5. La disciplina del reato di “lieve entità”. - 6. Il fatto lieve è fattispecie autonoma di reato. - 7. La riduzione della pena. - 8. La libertà personale. - 9. L’arresto in flagranza. - 10. La competenza e le modalità di esercizio dell’azione penale. - 11. L’indifferenziato trattamento sanzionatorio. - 12. Il lavoro di pubblica utilità. - 13. I presupposti del “reato attenuato”. - 14. La prova dell’illecito penale. - 15. La prova della detenzione illecita. - 16. I parametri probatori dell’illecito. - 17. Le regole di giudizio. 18. La valenza probatoria dei singoli parametri. - 19. La quantità. - 20. Le modalità di presentazione. - 21. L’aggravante della quantità ingente. - 22. La confisca del denaro. - 23. Le sentenze irrevocabili.

1. La disciplina sanzionatoria penale.

Al fine di sviluppare qualche considerazione sulla disciplina relativa alle sostanze stupefacenti, è necessario partire proprio da quest’ultima. La disciplina sanzionatoria, contenuta nel d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, va ricostruita avendo riguardo da un lato, agli esiti della sentenza della Corte costituzionale 25 febbraio 2014, n. 32 [che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale - per violazione dell’art. 77, co. 2, Cost., che regola la procedura di conversione dei decreti-legge - degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall’art. 1 l. 21 febbraio 2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli artt. 73, 13 e 14 d.p.r. n. 309 del 1990]; dall’altro, all’intervento correttivo ed integrativo del legislatore, principalmente realizzato con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10 [che ha apportato modifiche al fatto di lieve entità di cui all’art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, trasformandolo in reato autonomo e riducendone le pene edittali] e, poi, con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 79 (che ha ulteriormente ridotto le pene per il fatto di lieve entità e confermato, dopo l’intervento della Corte costituzionale, la scelta di distinguere dal punto di vista sanzionatorio le droghe “pesanti” dalle droghe “leggere”).

Tale disciplina è allora così sintetizzabile, distinguendo tra i fatti illeciti “non lievi” e i fatti illeciti “lievi”

* Il contributo riproduce con adattamenti ed integrazioni bibliografiche il testo di una Circolare emanata in funzione di titolare dell’Ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento.

2. I fatti “non lievi”.

Norma cardine del sistema sanzionatorio penale è l’art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990, il cui testo vigente è, ora, quello derivante dalla declaratoria di incostituzionalità. Si torna – *rectius*, si rimane – a dover applicare le fattispecie incriminatrici contenute, rispettivamente, nei co. 1 e 4 dell’art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche del 2006, avendo riguardo, rispettivamente, ai fatti riguardanti le droghe “pesanti” (tabelle I e III) e i fatti relativi alle droghe “leggere” (tabelle II e IV).

Il ritorno alla disciplina *ante* 2006, determina che per le droghe “pesanti” (tabelle I e III) devono applicarsi le sanzioni della reclusione da otto a venti anni e della multa da euro 25.822 a euro 258.228 (art. 73, co. 1, d.p.r. n. 309 del 1990); mentre per le droghe “leggere” (tabelle II e IV), devono applicarsi le sanzioni della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 5.164 a euro 77.468.

Per le droghe “pesanti” il ritorno alla previgente disciplina del 1990 si risolve in un aggravamento sanzionatorio quanto alla pena della reclusione: infatti, la Fini-Giovanardi aveva rideterminato la pena stabilita nel co. 1 dell’art. 73 fissandola nella misura da «sei a venti anni di reclusione». Ora, come si è visto, si torna alla pena della reclusione da «otto a venti anni»¹.

Va anche rilevato che il ritorno al vecchio discrimine “tabellare” ed alla distinzione del regime sanzionatorio tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” comporta che non può valere più quell’orientamento giurisprudenziale secondo cui, proprio in seguito alla soppressione della distinzione tra droghe “leggere” e “pesanti”, operata dalla legge Fini-Giovanardi, il possesso contestuale di sostanze stupefacenti di natura e tipo diversi configurava un solo reato e non una pluralità di reati unificati sotto il vincolo della continuazione.

3. I fatti “lievi”.

Quanto al reato autonomo del fatto di “lieve entità”, di cui all’art. 73, co. 5,

¹ Il nuovo regime sanzionatorio pone ovviamente un problema di sanzioni applicabili ai fatti commessi sotto la vigenza della precedente disciplina, risolvibile secondo le regole dettate dall’art. 2, co. 4, c.p.: mentre per i fatti “non lievi” relativi alle droghe “leggere” è più favorevole l’attuale disciplina, discorso opposto è tendenzialmente da fare per i fatti relativi alle droghe “pesanti”, commessi nella vigenza della Fini-Giovanardi, giacché il ritorno alla previgente disciplina del 1990 si risolve in un aggravamento sanzionatorio quanto alla misura della pena minima della reclusione. L’aumento della pena determinatosi per le droghe “pesanti”, va soggiunto, riverbera i propri effetti anche in ordine alla possibilità di accedere all’affidamento in prova *ex art.* 94 d.p.r. n. 309 del 1990, dove il limite massimo di pena per potersi giovare del beneficio penitenziario resta fissato in “sei anni di reclusione”.

d.p.r. n. 309 del 1990, la relativa disciplina sanzionatoria è rinvenibile ora nel disposto dell'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, come da ultimo modificato dal d.l. n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014.

La sanzione è stata ulteriormente ridotta rispetto al precedente intervento realizzato con il d.l. n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 2014: dalle pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000, si passa alle pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329. Si tratta, a ben vedere, della stessa pena prevista per i fatti lievi riguardanti droghe leggere (tabelle II e IV) già prevista nel comma 5 dell'articolo 73, prima delle modifiche introdotte dalla legge Fini-Giovanardi².

Come si vedrà, non si distingue tra droghe "pesanti" e droghe "leggere": per entrambe è previsto lo stesso trattamento sanzionatorio.

Per l'effetto, nel caso in cui venga ipotizzato il fatto lieve, all'evidenza, la condotta che abbia ad oggetto contestualmente droghe di natura e tipo diversi configura tuttora un unico reato, a differenza di quanto si è appena visto per i fatti "non lievi".

4. Le tabelle: droghe "pesanti" e droghe "leggere".

Come anticipato, con il d.l. n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014, il legislatore torna alla distinzione tra "droghe pesanti" (tabelle I e III) e "droghe leggere" (tabelle II e IV)³, con il superamento della tabella unica delle sostanze vietate introdotta con la legge Fini-Giovanardi⁴.

² È l'attuale disciplina, più favorevole, che deve trovare applicazione, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., anche per i fatti commessi sotto il vigore della previgente disciplina. Il maggior favore è dimostrato non solo dal livello più basso delle pene, ma è confermato dalla avvenuta reintroduzione della possibilità di sostituzione delle pene della reclusione e della multa con quella del lavoro di pubblica utilità (art. 73, co. 5-*bis*, d.p.r. n. 309 del 1990), inopinatamente "dimenticata" nel testo d.l. n. 36 del 2014.

³ Solo per completezza, va ricordato che il legislatore, accanto alle tabelle relative alle sostanze vietate, ha inserita una ulteriore tabella denominata "tabella dei medicinali", suddivisa in cinque sezioni, dove sono indicati i medicinali a base di sostanze attive stupefacenti o psicotrope, ivi incluse le sostanze attive ad uso farmaceutico, di corrente impiego terapeutico ad uso umano o veterinario. In particolare, nella sezione A, di tale tabella, al punto 2), sono inseriti i medicinali di cui all'allegato III *bis* impiegati nella cosiddetta "terapia del dolore". Rispetto ai medicinali va solo accennato ad una incomprensibile dimenticanza del legislatore: mentre nella legge Fini-Giovanardi, all'art. 73, co. 1, lett. *b*), era previsto un trattamento sanzionatorio attenuato per gli illeciti relativi ai medicinali [diminuzione delle pene previste per gli illeciti concernenti le sostanze vietate "da un terzo alla metà": cfr. l'art. 73, co. 4, d.p.r. n. 309 del 1990, nel testo della legge Fini-Giovanardi], tale attenuazione non è stata più riproposta, con la conseguenza che ci si trova in presenza di un vuoto sanzionatorio, con il rischio di dover applicare le più gravi sanzioni previste per le condotte illecite aventi ad oggetto le sostanze vietate, avendo cioè riguardo al "principio attivo" stupefacente contenuto nel medicinale.

⁴ La scelta di collocare le singole sostanze nell'una o nell'altra tabella è il risultato di una determinazione

È la ragione, giova ribadirlo, per cui oggi si hanno due reati distinti a seconda della qualità della sostanza stupefacente: il reato di cui al co. 1 dell'art. 73, in caso di condotta relativa a “droghe pesanti” (tabelle I e III) (vi sono ricomprese la cocaina, l'eroina, l'*ecstasy*) e il reato di cui al successivo co. 4, in caso di condotta relativa a “droghe leggere” (vi sono ricomprese, per esempio, l'*hashish* e la *marjuana*).

Da ciò deriva, come già accennato, che, in caso di condotta avente ad oggetto contestualmente droghe “pesanti” e “droghe leggere”, si dovranno contestare i due reati in concorso formale.

Discorso diverso, anche qui giova ribadirlo, vale in caso di “fatto di lieve entità”.

5. La disciplina del reato di “lieve entità”.

discrezionale del legislatore, che si suppone sia stata motivatamente supportata dal contributo dei tecnici del Ministero della salute. Si impongono, piuttosto, solo due riflessioni sul contenuto delle modifiche dal punto di vista sostanziale. L'una relativa ad alcune modifiche introdotte con la legge di conversione. L'altra, con riguardo alla sorte dei procedimenti aventi ad oggetto sostanze che erano state “tabellarizzate” solo dopo la legge Fini-Giovanardi e che sono state reinserite in tabella solo a seguito d.l. n. 36 del 2014, dopo la declaratoria di incostituzionalità. Sotto il primo profilo, va segnalata l'eliminazione, dai criteri di formazione delle tabelle I di cui all'art. 14 d.p.r. n. 309 del 1990, del tetraidrocannabinolo, il principio attivo della *cannabis*, e il mantenimento in tale tabella dei cannabinoidi di sintesi, con esclusione della *cannabis* vegetatale [inserita nella tabella II, tra le droghe “leggere”]. È modifica che, per un verso, presenta scarso rilievo operativo, non essendovi casistica apprezzabile di sequestri aventi ad oggetto quantitativi di tetraidrocannabinolo “puro” di origine naturale; mentre, per altro verso, risponde all'esigenza del recupero del previgente sistema tabellare, con la distinzione qualitativa tra droghe “pesanti” e droghe “leggere”. È solo da notare una incomprensibile svista del legislatore, il quale, nel mentre, nell'art. 14, dedicato ai criteri di formazione delle tabelle, ha eliminato dalla tabella I il tetraidrocannabinolo, poi, nella stessa tabella I, ha riportato sia il delta 8 che il delta 9, ponendo in essere, quindi, una sorta di contraddizione tra il criterio generale e la tabella attuativa.

In tema, va anche sottolineata l'eliminazione, nella tabella II, dell'attributo *indica* relativo alla *cannabis*, che, come si è appena visto, è stata tolta dalla tabella I. È stavolta modifica solo di natura formale, non essendovi dubbio sul tipo di *cannabis* da assoggettare a controllo, diversa da quella coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali [ossia quella che contiene THC in misura non superiore allo 0,2%].

Sotto l'altro profilo, vale osservare il disposto dell'art. 2 legge di conversione, dove, innovandosi rispetto alla formula del decreto legge, si prevede che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della disciplina in commento, “riprendono” a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte cost., n. 32 del 2014. Nel decreto legge si utilizzava la diversa espressione “continuano a produrre effetti”. Ma al di là dell'espressione utilizzata, si pone un problema delicato di persistenza della rilevanza penale dei fatti aventi ad oggetto sostanze stupefacenti inserite nelle “tabelle” dal 2006 in poi, cioè solo dopo la legge Fini-Giovanardi, e travolte dalla declaratoria di incostituzionalità. Il nuovo inserimento nelle “tabelle” avvenuto con l'intervento normativo in commento non consente di eludere l'interrogativo se tale inserimento debba valere *ex tunc* ovvero solo *ex nunc*. Se la risposta fosse la seconda ne deriverebbe la necessità di revocare *ex art. 673 c.p.p.* le sentenze di condanna o di applicazione della pena (cfr. in tal senso, Procura della Repubblica di Busto Arsizio in data 11 aprile 2014, relativamente ad una sentenza di patteggiamento relativa alla sostanza *catha edulis*).

Si impone qualche riflessione suppletiva in ordine al “fatto di lieve entità” (art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990).

Come si è visto, già con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, quella che prima era, pacificamente, una circostanza attenuante, era stata trasformata in reato autonomo, e ne era stata ridotta la pena.

Con il d.l. n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014, si conferma la natura giuridica del fatto di lieve entità come reato autonomo ma si interviene anche sulla disciplina sanzionatoria, che viene ulteriormente ridotta.

Dalle pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000, si passa ora alle pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329. Si tratta, a ben vedere, della stessa pena prevista per i fatti lievi riguardanti droghe leggere (tabelle II e IV) già prevista nel co. 5 dell’art. 73, prima delle modifiche introdotte dalla legge Fini-Giovanardi.

6. Il fatto lieve è fattispecie autonoma di reato.

Sulla prima questione – quella della natura giuridica del “fatto lieve” – non c’è molto da dire, se non evidenziare che, sul punto, si è ormai conformemente pronunciata la giurisprudenza consolidata⁵.

Importanti sono piuttosto gli effetti che ne derivano. Con la trasformazione in fattispecie autonoma di reato il legislatore ha voluto escludere che il fatto di “lieve entità”, rientri, come una qualsiasi altra circostanza, nel giudizio di comparazione previsto dall’art. 69 c.p., irrigidito dai vincoli introdotti dalla legge n. 251 del 2005 per il caso in cui risulti applicata la recidiva reiterata (cfr. art. 69, co. 4, c.p.).

L’intenzione è quindi quella evitare i limiti che la legge *ex Cirielli* ha introdotto in sede di esercizio del potere discrezionale del giudice in caso di recidiva reiterata.

In realtà, la questione, proprio con riferimento all’attenuante del fatto di “lieve entità”, era già stata superata da un opportuno intervento della Corte costituzionale, che, con la sentenza 15 novembre 2012, n. 251, aveva dichiarato incostituzionale l’art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all’art. 73, co. 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99, co. 4, c.p.

⁵ Tra le altre, Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2014, NF, in *Guida dir.* 2014, 12, 94; nonché, Id., Sez. IV, 28 febbraio 2014, Verderame, in *questa Rivista online*; Id., Sez. III, 25 febbraio 2014, Kiogwu, in *Guida dir.* 2014, 13, 1990; Id., Sez. IV, 28 febbraio 2014, Spampinato, inedita.

Il *novum* normativo, peraltro, con la radicale trasformazione del fatto di “lieve entità” in autonoma fattispecie di reato, ha peraltro effetti ulteriori rispetto all’intervento del giudice delle leggi, perché da tale trasformazione deriva l’inapplicabilità della disciplina dell’art. 69, co. 4, c.p. anche alle altre circostanze attenuanti, *in primis* quelle generiche, che venissero ravvisate nella fattispecie concreta.

Ne deriva il dispiegarsi, con massima autonomia, del potere discrezionale del giudice in tema di determinazione della pena, in caso di ritenuta sussistenza di circostanze attenuanti.

Un ulteriore effetto consegue ai fini del computo della prescrizione. Si deve ora tenere conto della pena edittale prevista per il “reato autonomo attenuato”, mentre in precedenza per la determinazione del tempo necessario a prescrivere occorre avere in considerazione la pena edittale prevista per l’ipotesi base di cui al co. 1 dell’art. 73, senza che assumessero rilievo le eventuali circostanze attenuanti. Ora, per il computo dei termini necessari a prescrivere deve aversi riguardo alla pena stabilita per il reato autonomo di cui al co. 5 dell’art. 73: il termine prescrizione è, quindi, determinato dal co. 1, art. 157 c.p., attestandosi sulla “breve” misura di sei anni, prorogabile solo fino alla durata di sette anni e mezzo, in caso di atti interruttivi, secondo il disposto dell’art. 161, co. 2, c.p.

Infine, notevole rilievo l’innovata natura giuridica ha ai fini della determinazione dei termini di durata massima della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.), giacché, per l’individuazione dei termini di fase, si deve avere riguardo ai nuovi limiti edittali di pena stabiliti per il reato (autonomo) “attenuato”.

7. La riduzione della pena.

Sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, la modifica normativa pone, invece, un problema di successione di leggi penali nel tempo e di applicabilità della legge più favorevole (art. 2, co. 4, c.p.), vuoi con riferimento al trattamento sanzionatorio, vuoi anche con riferimento al giudizio di comparazione tra le circostanze (per essere venute meno le limitazioni imposte dall’articolo 69, co. 4, c.p. in sede di comparazione tra le circostanze, a seguito della trasformazione del “fatto lieve” in reato autonomo).

È tema su cui già ci si è soffermati. La pena edittale è stata dalla legge n. 79 del 2014 ulteriormente diminuita: reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da euro 1.032 a euro 10.329.

È il *novum* normativo più favorevole che deve quindi trovare applicazione, ai sensi dell’art. 2, co. 4, c.p., anche per i fatti commessi sotto il vigore della precedente, non essendovi dubbio che sia il testo attuale quello più favorevole

rispetto alle discipline previgenti.

Ciò sia perché la natura di reato autonomo sottrae oggi la norma al bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti, sia per il computo dei termini di custodia cautelare, sia per il computo della prescrizione, sia, soprattutto, sotto il profilo sanzionatorio (le pene, già ridotte, con il decreto legge n. 146 del 2013, convertito nella legge n. 10 del 2014, sono state ulteriormente abbassate e sono decisamente più favorevoli a quelle previste dalla Fini-Giovanardi e dallo stesso d.p.r. n. 309 del 1990, nel testo originario, relativamente alle pene ivi previste per le droghe “pesanti”).

Tra l'altro, l'avvenuta reintroduzione della sostituibilità della pena principale con quella del lavoro di pubblica utilità – prevista dalla legge n. 49 del 2006, ma inopinatamente dimenticata nel d.l. n. 146 del 2013, convertito nella legge n. 10 del 2014 – è ulteriore argomento a supporto del fatto che la normativa più favorevole in concreto è quella ora introdotta.

In definitiva, è da ritenere che norma più favorevole non possa che essere, sia per i fatti lievi riguardanti droghe pesanti, che per i fatti lievi riguardanti droghe leggere, quella introdotta con il d.l. n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014.

8. La libertà personale.

Vale osservare che la riduzione della pena riverbera i propri effetti anche sulla disciplina della libertà personale. La riduzione del massimo edittale della pena della reclusione, da cinque a quattro anni, determina che per il delitto di “lieve entità” di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 non si può più disporre la custodia cautelare in carcere (cfr. art. 280, co. 2, c.p.p.).

Per i fatti commessi in precedenza, ciò deve portare alla revoca/sostituzione *in melius* della custodia carceraria in ipotesi applicata⁶.

⁶ La diminuzione della pena edittale ha effetti ancora più significativi nel processo minorile. Come si ricorderà, proprio con la recente legge n. 10 del 2014, di conversione del decreto legge n. 146 del 2013, si era intervenuti sull'art. 19, co. 5, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448, laddove si stabilisce la rilevanza della diminuzione della minore età nella determinazione del *quantum* di pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere nei confronti degli imputati minorenni. L'intervento era stato realizzato ponendo a tale regola un'eccezione, stabilendosi che la diminuzione della minore età non opera “per i delitti di cui all'articolo 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990”. La ragione della modifica si spiegava con il fatto che, diversamente, in ragione della riduzione del massimo della pena detentiva a cinque anni di reclusione per il reato di cui all'art. 73, co. 5 [stabilita con il decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 2014], ne sarebbe derivata l'impossibilità di applicare al minorenne una qualsiasi misura cautelare, in ossequio al disposto dell'articolo 19, co. 4, d.p.r. n. 448 del 1988, secondo cui, come è noto, le misure diverse dalla custodia cautelare possono essere applicate solo per delitti per i quali la legge stabilisce la pena “della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni”. In realtà, la

Residua la sola possibilità della custodia carceraria nell'ipotesi della trasgressione alle prescrizioni inerenti a misura cautelare gradata (art. 280, co. 3, c.p.p.).

9. L'arresto in flagranza.

Per debito di informazione, va ricordato che per il reato di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, è esclusa la possibilità di procedere all'arresto obbligatorio in flagranza (cfr. art. 380, co. 2, lett. *h*), c.p.p., come da ultimo modificato dalla legge n. 10 del 2014).

Residua la possibilità di procedere, alle condizioni di legge, all'arresto facoltativo in flagranza *ex art.* 381 c.p.p.

Peraltro, a nostro avviso, è ragionevole e preferibile che, allorquando si apprezzi la configurabilità del fatto di lieve entità, il soggetto responsabile. Infatti, per poter procedere all'arresto facoltativo, occorre che sussistano le condizioni dettagliate nel co. 4, art. 38 c.p.p. (gravità del fatto ovvero pericolosità del soggetto), ma tali condizioni, oggettive e/o soggettive, paiono "concettualmente" pressoché non configurabili in presenza di un fatto che sia ritenuto di lieve entità.

Le ipotesi in cui, pur in presenza di un fatto di lieve entità, vi sia spazio per l'arresto facoltativo paiono, in effetti, marginali: può farsi l'esempio di un soggetto che venga sorpreso con un contenuto numero di dosi di eroina (fatto di lieve entità), che risulti opportuno arrestare, trattandosi di persona pericolosa perché pluripregiudicata. Più in generale, trattasi delle ipotesi in cui il fatto, pur di lieve entità ai fini e per l'effetto di cui al co. 5 dell'art. 73, sia ritenuto "grave", o *ex se* o per la personalità dell'agente, e tale da giustificare l'arresto *ex art.* 381, co. 4, c.p.p.

In ogni caso, è assolutamente essenziale che nel verbale di arresto si dia conto delle ragioni in forza delle quali, pur in presenza di un contesto che, oggettivamente e soggettivamente, farebbe propendere per la configurabilità del fatto di lieve entità, tuttavia si siano ritenute sussistenti le ragioni giustificanti l'arresto facoltativo.

Giova comunque evidenziare, laddove si dovesse procedere, alle condizioni di cui si è detto, all'arresto in flagranza, la necessità di dover fare rigorosa applicazione della disciplina dettata dall'art. 558 c.p.p.

ulteriore riduzione della pena per il reato autonomo di cui all'articolo 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 neutralizza la valenza operativa della richiamata modifica, giacché, proprio in ragione del nuovo limite edittale, nei confronti del minore non sono più consentite misure cautelari, anche diverse dalla custodia cautelare.

È tematica già oggetto di apposito intervento chiarificatore con nota dell'8 gennaio 2013, con cui si è cercato di ricostruire l'attuale disciplina della presentazione dell'arrestato in flagranza per la convalida e il successivo giudizio direttissimo (art. 558 c.p.p.), ispirata all'esigenza di accentuare le garanzie dell'interessato e di evitare il sovraccarico delle carceri, attraverso la previsione di notevoli limitazioni alla conduzione in carcere prima della convalida.

Qui è sufficiente ricordare che il legislatore (cfr. l. 17 febbraio 2012, n. 9) ha previsto, in via prioritaria, la custodia dell'arrestato presso l'abitazione o in altro luogo assimilato; solo in subordine, è disposta la custodia presso le "camere di sicurezza" della polizia giudiziaria; solo in via ulteriormente subordinata, è consentita la custodia in carcere.

Ebbene, quest'ultima soluzione è ora ragionevolmente da escludere nel caso di arresto per il reato di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990, essendo all'evidenza ingiustificata una modalità di custodia anche solo provvisoria per un fatto che ordinariamente non potrebbe consentire di applicare la misura della custodia in carcere.

Si tratta di un ulteriore argomento a supporto di quella che ritengo la soluzione più corretta: in presenza di un fatto di lieve entità è opportuno - salve le limitate eccezioni di cui si è detto - procedere con denuncia a piede libero.

In caso di arresto, però, mai potrà procedersi alla custodia provvisoria in carcere in attesa della convalida.

Un simile provvedimento si risolverebbe in una limitazione provvisoria della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole (parafrasando gli argomenti autorevolmente sviluppati dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 223 del 2004).

10. La competenza e le modalità di esercizio dell'azione penale.

La fattispecie "autonoma" del fatto di lieve entità è ovviamente attribuita al tribunale in composizione monocratica (cfr. art. 33-ter c.p.p.).

I nuovi limiti edittali di pena determinano che l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero deve avvenire mediante la citazione diretta (art. 550 c.p.p.).

Deve essere chiaro che la contestazione è compito del pubblico ministero. È quindi da escludere che il giudice dell'udienza preliminare, investito della richiesta di rinvio a giudizio per i reati di cui all'art. 73, co. 1 e 4, d.p.r. n. 309 del 1990, possa ravvisare la fattispecie attenuata e disporre che il pubblico ministero proceda con l'emissione del decreto di citazione a giudizio a norma dell'art. 33-sexies c.p.p. Infatti, secondo la migliore lettura, un tale provvedi-

mento sarebbe abnorme, in quanto il giudice dell'udienza preliminare non può, ai fini dell'adozione del provvedimento *ex* articolo 33-*sexies* c.p.p., modificare i termini fattuali dell'imputazione: egli, piuttosto, nel caso in cui ritenga l'imputazione formulata in modo non corretto o infondata, può procedere alla sua modifica provvedendo ad una riduzione dell'imputazione o ad un proscioglimento dell'imputato ma a tali esiti può pervenire esclusivamente seguendo i percorsi previsti dagli artt. 429 o 425 c.p.p. e non già quello delineato dal citato art. 33-*sexies*⁷.

11. L'indifferenziato trattamento sanzionatorio.

Merita ribadire che il reato autonomo di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 è punito in modo indifferenziato, prescindendo dalla natura della sostanza stupefacente oggetto della condotta incriminata.

Vi è quindi un trattamento sanzionatorio peculiare.

Mentre, infatti, per le ipotesi "base", si torna alla distinzione "sanzionatoria" basata sulla natura della sostanza stupefacente, con la previsione di due reati distinti a seconda che il fatto illecito riguardi droghe "pesanti" (art. 73, co. 1) ovvero droghe "leggere" (art. 73, co. 4), con sensibili differenze di pena, al contrario per il "fatto lieve" il trattamento sanzionatorio rimane identico e non differenziato.

12. Il lavoro di pubblica utilità.

Ricordo ancora che, con la legge n. 79 del 2014, relativamente all'ipotesi del fatto di lieve entità è stato "reintrodotta" la disciplina della sanzione sostitutiva del "lavoro di pubblica utilità", che era stata abrogata per effetto della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale.

13. I "presupposti" del reato "attenuato".

Merita soffermare l'attenzione sui presupposti oggettivi e soggettivi necessari per poter configurare il "fatto lieve".

Il fatto di "lieve entità" deve essere apprezzato considerando i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione nonché la qualità e quantità delle sostanze stupefacenti, riproponendo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza che vale tuttora per cogliere il *proprium* anche della nuova fattispecie di reato. I principi cardine, in proposito, sono quelli della "valutazione con-

⁷ Cass., Sez. V, 22 febbraio 2012, PM in proc. De Cicco, in *Mass. Uff.*, n. 252475; Id., Sez. V, 10 luglio 2008, PM in proc. Ragazzoni, *ivi*, n. 241162.

giunta” dei parametri normativi⁸ e della rilevanza ostativa anche di un solo parametro quando risulti “esorbitante” e cioè chiaramente dimostrativo della “non lievità” del fatto⁹. La valutazione congiunta, infatti, consente di apprezzare, in modo equilibrato, il fatto in tutte le sue componenti, senza peraltro trascurare le connotazioni particolari che assumono, nel concreto, i singoli parametri di riferimento.

* * * *

14. La prova dell'illecito penale.

Qualche considerazione si impone sulla disciplina della “prova” dell'illecito penale in materia di sostanze stupefacenti (art. 73, d.p.r. n. 309 del 1990).

La legge n. 79 del 2014 presenta infatti aspetti di notevole interesse, sia per il magistrato, che per l'operatore di polizia giudiziaria.

Occorre partire dal rilievo che il ritorno alla disciplina del dpr n. 309 del 1990, *ante* modifiche introdotte dalla legge Fini-Giovanardi, determinato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, poneva qualche problema interpretativo relativamente alla “prova” del reato di detenzione illecita di droga (art. 73, d.p.r. n. 309 del 1990) e alla ricostruzione dei presupposti per la configurabilità della circostanza aggravante dell'ingente quantità (art. 80, co. 2, dello stesso d.p.r. del 1990).

15. La prova della detenzione illecita.

Sotto il primo profilo, il ritorno al testo dell'art. 73 *ante* 2006 faceva “perdere” dal punto di vista probatorio, allorquando occorreva dimostrare che la detenzione della droga era destinata ad un uso non esclusivamente personale (ossia, al mercato), l'ausilio dei parametri probatori di cui all'art. 73, co. 1-*bis*, lett. *a*), d.p.r. n. 309 del 1990, introdotto dalla Fini-Giovanardi. In particolare, si perdeva l'ausilio rappresentato dal parametro quantitativo della quantità massima detenibile (QMD) di cui al d.m. 11 aprile 2006, travolto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale – si trattava del quantitativo superato il quale poteva ritenersi sussistente la presunzione che la sostanza era “destinata ad un uso non esclusivamente personale”: il decreto legge n. 36 del 2014, infatti, nel ricostruire *funditus* il sistema “tabellare”, non aveva “recuperato” il citato decreto ministeriale, che risultava quindi fuori sistema. Ma si perdevano anche gli altri parametri di valutazione, normativamente codificati, rappresen-

⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 5 marzo 2013, Gallo, in *Mass. Uff.*, n. 255856.

⁹ Cfr. di recente Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2013, Serafino, in *Mass. Uff.*, n. 254695.

tati dalle “modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato” e dalle “altre circostanze dell’azione”.

Il tema della prova era quindi rimesso totalmente all’apprezzamento discrezionale del magistrato e, prima, della polizia giudiziaria, senza alcun riferimento normativo che potesse fungere da supporto e da guida.

Era da questo punto di vista un passo indietro lungo la strada della certezza operativa. Infatti, il disposto dell’articolo 73, co. 1-*bis*, lett. *a*), d.p.r. n. 309 del 1990, aveva corrisposto all’esigenza di fornire (attraverso il richiamo alla “quantità”, alle “modalità di presentazione” ed alle “altre circostanze dell’azione”) criteri probatori idonei ad orientare la valutazione del giudice (ma anche, prima ancora, della polizia giudiziaria) in ordine alla dimostrazione della destinazione “ad un uso non esclusivamente personale”, tale da integrare l’illecito penale¹⁰.

A questa situazione si pone opportunamente riparo con la legge n. 79 del 2014.

Il disposto del previgente art. 73, co. 1-*bis*, viene infatti riproposto sostanzialmente – pur con qualche, non trascurabile, modifica – nel nuovo co. 1-*bis* dell’art. 75 d.p.r. n. 309 del 1990, anche se i criteri di valutazione così reintrodotti vengono espressamente valorizzati al fine della dimostrazione della sussistenza dell’illecito amministrativo previsto dallo stesso art. 75, ossia “ai fini dell’accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa”¹¹.

Non riteniamo, infatti, che ciò osti all’utilizzo della norma ai fini della dimostrazione dell’illecito penale, giacché questo è costruito “in contrapposizione” all’illecito amministrativo, essendo diretto a punire, oltre alle condotte che, obiettivamente, si caratterizzano per la destinazione a terzi della sostanza stupefacente (vendita, offerta, cessione, ecc.), anche quelle prive di tale caratteri-

¹⁰ Tra le altre, Cass., Sez. IV, 15 giugno 2010, Memmonna ed altri, inedita.

¹¹ Va evidenziato che il “nuovo” art. 75 d.p.r. n. 309 del 1990, come riformulato dalla legge n. 79 del 2014, presenta un ulteriore aspetto di interesse, laddove contiene la rinnovata definizione dell’illecito amministrativo, correlata, in positivo, alle condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione di sostanza stupefacente finalizzate all’“uso esclusivamente personale” dell’agente, con la previsione delle sanzioni opportunamente differenziate a seconda che il fatto riguardi droghe “pesanti” ovvero droghe “leggere” (articolo 75, co. 1, dello stesso d.p.r.). Quest’ultima modifica, infatti, elimina una possibile discrasia interpretativa determinata dall’abrogazione del disposto dell’articolo 73, co. 1-*bis*, nel testo introdotto dalla legge Fini-Giovanardi, ad opera della sentenza della Corte cost., n. 32 del 2014, giacché, proprio attraverso la riformulazione dell’art. 75 si chiarisce [a scanso di equivoci] che deve ravvisarsi l’illecito amministrativo quando la condotta [di importazione, esportazione, acquisto, ricezione o detenzione] è volta a soddisfare l’“uso esclusivamente personale” dell’agente, mentre vi è l’illecito penale allorquando, per converso, si dimostri, la destinazione della sostanza ad un uso “non” esclusivamente personale.

stica di “auto evidente” destinazione a terzi della droga, allorquando non risultino qualificate dalla finalità dell’ “uso personale” (importazione, esportazione, acquisto, ricezione, detenzione).

16. I parametri probatori dell’illecito.

I parametri probatori sono - quasi - gli stessi previsti dal previgente art. 73, co. 1-*bis*, cosicché assumono rilievo ai fini dell’accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa (ma anche, e per converso, per supportare la prova della destinazione penalmente illecita): la quantità della sostanza stupefacente, inferiore o superiore, ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del consiglio dei ministri-Dipartimento nazionale per le politiche antidroga; nonché le modalità di presentazione della sostanza stupefacente, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell’azione (cfr. il nuovo art. 75, co. 1-*bis*, lett. *a*).

È quindi sulla base di tali elementi che deve apprezzarsi che la sostanza è destinata ad un uso - esclusivamente personale, con conseguente applicazione delle sole sanzioni amministrative di cui all’art. 75 d.p.r. n. 309 del 1990. Per converso, è sempre da tali elementi che può trarsi la dimostrazione della destinazione illecita, ad un uso non esclusivamente personale, con conseguente applicazione dell’illecito di cui all’art. 73 dello stesso d.p.r.

17. Le regole di giudizio.

I parametri ora introdotti nell’art. 75, co. 1-*bis*, lettera *a*), in linea con la giurisprudenza formatasi sulla legge Fini-Giovanardi, sono “criteri probatori” idonei ad orientare la valutazione in ordine alla dimostrazione della destinazione della sostanza: *ergo*, rilevano, ai fini penali, quali “elementi sintomatici” per la dimostrazione della destinazione illecita della sostanza (ad un uso non esclusivamente personale)¹².

Come già pacificamente sostenuto sotto la vigenza della legge Fini-Giovanardi¹³, ai fini della configurabilità del reato previsto dall’art. 73, non è la difesa a dover dimostrare l’uso esclusivamente personale della droga detenuta, ma è invece l’accusa, secondo i principi generali, a dover provare la detenzione della droga per uso diverso da quello esclusivamente personale. Infatti, la destinazione “illecita” della sostanza (ad un uso non esclusivamente perso-

¹² Tra le tante, Cass., Sez. IV, 21 maggio 2008, Frazzitta, in *Mass. Uff.*, n. 240855.

¹³ Cfr. Cass., Sez. IV, 26 giugno 2013, Lorenzetti, in *questa Rivista* online.

nale) è elemento costitutivo del reato di illecita detenzione della stessa e, come tale, deve essere provata dalla pubblica accusa, non spettando all'imputato dimostrare la destinazione all'uso personale della sostanza stupefacente di cui sia stato trovato in possesso.

È da supporre che i criteri probatori indicati dall'art. 75, co. 1-*bis*, quali parametri utili al fine di apprezzare la destinazione all'uso non esclusivamente personale delle sostanze stupefacenti ("quantità", "modalità di presentazione" e "altre circostanze dell'azione") non vadano valutati isolatamente, ma unitariamente e alla luce delle complessive risultanze del caso concreto, imponendosi un apprezzamento complessivo, il cui esito, ovviamente, potrà portare motivatamente a valorizzare la rilevanza dimostrativa dell'uno o dell'altro criterio (ad esempio, in presenza di quantitativi esorbitanti di droga ovvero di circostanze dell'azione conducenti inequivocabilmente a dimostrare l'intenzione del soggetto).

Questa conclusione è accreditata anche dal fatto che, rispetto alla formulazione utilizzata nel previgente art. 73, co. 1-*bis*, nel testo dell'attuale art. 75, co. 1-*bis*, è pressoché scomparso l'uso insistito delle disgiuntive "o" e "ovvero" tra i diversi parametri e gli stessi parametri sono stati sostanzialmente ridotti a quello della quantità ed a quello delle modalità di presentazione delle sostanze (dalla formulazione della norma si desume che il peso lordo complessivo, il confezionamento frazionato e le altre circostanze dell'azione rilevano non come criteri autonomi, bensì come sottocriteri diretti a dare concretezza al parametro delle modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti).

Tale apprezzamento congiunto, anzi, è confortato anche dal rilievo che viene utilizzata la congiunzione "nonché" tra il parametro della quantità e quello delle modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope (l'uso delle disgiuntive "o" e "ovvero", come detto, riguarda solo i "sottocriteri" utilizzabili per dare concretezza al criterio delle "modalità di presentazione").

18. La valenza probatoria dei singoli parametri.

Come si è accennato, la formulazione utilizzata nell'art. 75, co. 1-*bis* non è immediatamente riprodottriva di quella già contenuta nell'art. 73, co. 1-*bis*, con effetti di non trascurabile rilievo interpretativo.

Già si detto della riduzione dei parametri a quello della "quantità" ed a quello delle "modalità di presentazione delle sostanze (rispetto al quale il peso lordo, il confezionamento frazionato, le altre circostanze dell'azione costituiscono elementi specificativi) e dell'importante utilizzo della "congiuntiva" "nonché", a giustificare un apprezzamento comunque complessivo della vicenda.

19. La quantità.

Una ulteriore differenza è apprezzabile con riferimento al parametro della quantità.

Nel previgente art. 73, co. 1-*bis*, si poteva apprezzare l'utilizzo nella norma dell'espressione "in particolare" correlata al dato fattuale rappresentato dall'essere la sostanza "superiore" ai limiti massimi stabiliti nell'apposito decreto ministeriale ("per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi...").

La formulazione della norma, proprio per il rilevato utilizzo del termine "in particolare", non escludeva, quindi, la rilevanza penale anche di quantitativi inferiori alla soglia, laddove gli altri parametri indiziari avessero militato senza dubbio per una destinazione "non esclusivamente personale"; ma, per converso, non consentiva di affermare che il superamento dei valori soglia potesse essere considerato sempre e comunque elemento bastevole a sostenere la sussistenza del reato, specie in presenza di "sforamenti" modesti.

Ora la nuova formulazione dell'art. 75, co. 1-*bis*, con la scomparsa dell'espressione "in particolare", sembrerebbe costruire il parametro della quantità in termini più rigorosi, accreditando la lettera della norma una interpretazione in forza della quale la circostanza che la quantità di sostanza sia superiore ai limiti massimi debba considerarsi dimostrativa di un uso non esclusivamente personale.

Una lettura più equilibrata, nonostante tutto, sembra possa farsi valorizzando il già evidenziato collegamento tra i parametri della quantità e delle modalità di presentazione delle sostanze ("nonché"), consentendo di accreditare la necessità di una valutazione complessiva del fatto, che consenta di "leggere" in maniera pertinente le diverse caratteristiche della vicenda, in modo probatoriamente sostenibile.

Ne deriva quindi, va ribadito, la necessità di un apprezzamento congiunto dei parametri, con la possibilità di valorizzare anche l'uno o l'altro quando presenti una valenza dimostrativa significativa : ciò significa, per esempio, che il mero superamento della soglia, specie se modesto, non accredita da solo, sempre e comunque, la rilevanza penale del fatto, occorrendo una disamina complessiva della vicenda, che deve consentire di ravvisare l'illecito amministrativo quando il dato della quantità non sia accompagnato da altre circostanze indicative di una destinazione a terzi¹⁴.

¹⁴ Da ciò una importante indicazione per le forze dell'ordine: allorquando gli esami tossicologici effettuati nell'ambito del procedimento amministrativo abbiano dato come risultato la presenza di un quantitativo "sopra soglia", non per ciò solo deve riferirsi alla A.G. penale, occorrendo una attenta verifica complessiva delle circostanze della vicenda [confezionamento frazionato, circostanze del sequestro, ecc.], tali da accreditare una destinazione allo spaccio.

Sempre approfondendo la valenza dimostrativa del parametro quantitativo, il richiamo operato nell'art. 75, co. 1-*bis*, alla quantità ed al decreto ministeriale di riferimento porta a ritenere che, diversamente che nel d.l. n. 36 del 2014, con la legge di conversione n. 79 del 2014 si sia oggi recuperato [almeno allo stato e salva successiva determinazione ministeriale] il decreto dell'11 aprile 2006, adottato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, contenente l'indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale. Questa conclusione pare confermata dal disposto dell'art. 2, co. 1, legge n. 79 del 2014.

Resta da aggiungere, laddove ve ne fosse bisogno, che il criterio della quantità va commisurato, in tutta evidenza, al principio attivo rinvenuto nella sostanza, giacché il rilievo del peso lordo della sostanza è comunque valutato come diverso elemento di valutazione nell'ambito dell'apprezzamento delle modalità di presentazione delle sostanze.

20. Le modalità di presentazione.

L'altro parametro è rappresentato dalle modalità di presentazione: dalla formulazione della norma si desume che il peso lordo complessivo, il confezionamento frazionato e le altre circostanze dell'azione rilevano non come criteri autonomi, bensì come "sottocriteri" diretti a dare concretezza al parametro delle modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti. È questa una novità - non si sa quanto consapevole - della nuova legge, rispetto al testo del previgente art. 73, co. 1-*bis*, laddove "le altre circostanze dell'azione" costituivano parametro autonomo di valutazione, che si aggiungeva a quello della quantità ed a quello delle modalità di presentazione delle sostanze, a sua volta da concretizzare avendo riguardo al peso lordo ed al confezionamento frazionato.

Molto utile, tra gli elementi di specificazione, è quello basato sul "confezionamento frazionato": non ne è dubitabile la rilevanza indiziaria, giacché detto frazionamento può far fondatamente ritenere che trattasi di sostanza stupefacente destinata ad essere venduta al dettaglio sul mercato illecito.

Quanto poi alle "altre circostanze dell'azione", nella relativa nozione (estremamente ampia) rientrano tutte le circostanze "oggettive" diverse dalle altre espressamente codificate (quantitativo di principio attivo, peso lordo, frazionamento della sostanza) idonee a supportare logicamente il giudizio sulla destinazione della sostanza: per esempio, vi rientrano le modalità di custodia

della droga, le modalità spazio-temporali in cui è stato eseguito il sequestro della medesima; il ritrovamento di quantitativi di sostanza da taglio, ecc.

Quanto al “peso lordo”, è mia intenzione verificare gli spazi per una sorta di ricostruzione casistica – per le principali sostanze – che possa guidare, almeno nel nostro territorio, l’operatore di polizia e il magistrato, vuoi per la prova dell’illecito penale, vuoi per la qualificazione di questo come lieve o non lieve. È tematica su cui spero si possa a breve reintervenire.

21. L’aggravante della quantità ingente.

La reintroduzione, ad opera della legge n. 79 del 2014, del parametro quantitativo (e del decreto ministeriale dell’11 aprile 2006, fino a nuova, eventuale determinazione ministeriale) consente di superare un ulteriore inconveniente determinato dalla sentenza della Corte cost., n. 32 del 2014.

Infatti, l’incostituzionalità del sistema sanzionatorio introdotto dalla legge Fini-Giovanardi, nel portare con sé il decreto ministeriale contenente il riferimento alla QMD – su cui taceva il d.l. n. 36 del 2014 –, riverberava, indirettamente, i propri effetti anche ai fini della persistente utilizzabilità di quella giurisprudenza che, a partire dalla sentenza delle Sez. un. 24 maggio 2012, Proc. gen. App. L’Aquila ed altro in proc. Biondi, ha utilizzato tale parametro quantitativo per la determinazione della quantità ingente di sostanza stupefacente (art. 80, co. 2, d.p.r. n. 309 del 1990): si tratta di quell’orientamento secondo cui la circostanza aggravante dell’ingente quantità di sostanza stupefacente «non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a “2000 volte” il valore massimo in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata».

Ora, tale giurisprudenza può essere ancora utilmente richiamata, con ovvie conseguenze positive in termini di certezza ed uniformità di giudizio.

* * * *

22. La confisca del denaro.

L’importanza nella disciplina ricostruita degli stupefacenti che ha e avrà il fatto di lieve entità *ex art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990*, trasformato in reato autonomo, impone una riflessione sulla confisca del denaro che si suppone provento dell’attività di spaccio.

Il principio pacifico è quello in forza del quale il denaro sequestrato in quanto ritenuto il risultato economico dell’attività di spaccio va qualificato come

“profitto” del reato di cui all’art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990 ed è assoggettabile a confisca facoltativa sempre che venga dimostrata la sussistenza di un “nesso” tra tale reato e l’attività criminosa.

Il denaro sequestrato in quanto ritenuto il risultato economico dell’attività di spaccio, in questa prospettiva, proprio perché qualificabile come profitto del reato di cui all’art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990 può essere assoggettato a confisca anche in caso di “patteggiamento”, dato che l’art. 445, co. 1, c.p.p., come modificato dalla l. 12 giugno 2003 n. 134, richiama ora indistintamente tutti i casi di cui all’art. 240 c.p., a differenza di quanto prevedeva il previgente testo, che si riferiva esclusivamente all’articolo 240, co. 2, c.p.

Per legittimare la confisca occorre, però, che sussista un “nesso” tra il denaro e l’attività di spaccio e, sul punto, il giudice di merito deve fornire adeguata motivazione.

Quindi, ai fini della confisca del denaro proveniente dall’attività di spaccio, il problema probatorio da affrontare per poter disporre la misura ablativa concerne la dimostrazione: 1) del "collegamento diretto" della cosa con il reato e 2) del giudizio di pericolosità insito nel mantenimento di questa nella disponibilità del reo.

Il collegamento diretto assume, in tutta evidenza, il significato di "provenienza diretta" della cosa (il denaro) dal reato.

Occorre cioè dimostrare con certezza che il denaro costituisce effettivamente il profitto del reato: *ergo*, che trattasi proprio del denaro ("quel denaro") che è stato, per esempio, consegnato dal tossicodipendente allo spacciatore per l’acquisto della droga ovvero del denaro ("quel denaro") che è stato consegnato al "corriere" in pagamento della partita di droga importata, ecc. Dimostrazione che non è sempre facile, vertendosi in ipotesi di un bene tipicamente fungibile.

Una volta soddisfatto tale onere motivazionale è molto più semplice la dimostrazione del presupposto della “pericolosità sociale” insito nel mantenimento del denaro nella disponibilità del reo, cioè del rischio di recidiva che ne conseguirebbe. Tale rischio è sostanzialmente *in re ipsa*, laddove si consideri la fortemente probabile destinazione illecita di tale denaro, in quanto volto ad essere "ripulito" e/o comunque ad essere reinvestito in altre attività, magari illecite.

Come si è accennato, il vero problema argomentativo che riguarda la confisca di una somma di denaro, sul presupposto che trattasi del profitto dell’attività illecita di spaccio, risiede nella natura tipicamente fungibile del denaro, che lo rende non facilmente distinguibile e, anzi, perfettamente confondibile con altre somme di denaro di cui il reo abbia la contestuale disponibilità.

È necessario uno sforzo probatorio che talvolta non è facile assolvere.

Al riguardo, la dimostrazione del "collegamento diretto" tra il denaro rinvenuto nella disponibilità del reo e il reato può essere raggiunta con qualsiasi altro mezzo di prova, sia diretto che indiretto. In particolare, tale collegamento può essere desunto da specifiche fonti di prova (quali, laddove mancasse un accertamento "in flagranza" della dazione illecita, i pregressi accertamenti di polizia giudiziaria o le dichiarazioni di testi) o da varie circostanze di fatto (quali, l'entità della somma in rapporto al reddito del detentore, il frazionamento di essa in banconote di piccolo taglio, il luogo di rinvenimento o altro ancora).

È tematica su cui richiamo l'attenzione degli organi di polizia, affinché questi possano fornire al PM tutti gli elementi valorizzabili a fini di prova: infatti, laddove non si potesse dimostrare il nesso di "derivazione diretta" del denaro dal reato non potrebbe disporsi la confisca.

Ciò è di particolare rilievo ove si consideri i limiti di applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356. È una disciplina cui può legittimamente farsi ricorso quando risulti impraticabile, proprio per la rilevata fungibilità del denaro, soddisfare la prova di quel "collegamento diretto" della somma sequestrata all'imputato e l'attività criminosa, che è *conditio sine qua non* del provvedimento ablativo di confisca facoltativa *ex art.* 240, co. 1, c.p.

In forza di quanto disposto dall'art. 12-*sexies*, per quello che qui interessa, nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p. per taluno dei delitti previsti dall'art. 73, esclusa la fattispecie di cui al co. 5, e dall'art. 74 d.p.r. n. 309 del 1990, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Tale ultima disciplina, peraltro, come risulta palese, è inapplicabile nel caso di fatto di lieve entità, così confermandosi la necessità di una particolare attenzione al tema dell'applicabilità della confisca facoltativa *ex art.* 240 c.p. di cui si è detto.

23. Le sentenze irrevocabili.

Un'ultima riflessione va fatta in riferimento agli effetti del *novum* normativo sulle sentenze irrevocabili di condanna.

Se ne parla qui, in ragione delle competenze del pubblico ministero in mate-

ria di esecuzione.

Di rilievo, in una materia molto controversa, sono i principi di recente autorevolmente espressi dalle Sezioni unite, nella sentenza 24 ottobre 2013, 7 maggio 2014, Ercolano, pur relativa ad altra tematica. È tematica che dovrà ancora essere riesaminata dalle stesse Sezioni unite, nella prossima udienza del 29 maggio 2014 (a seguito dell'ordinanza della Sezione I, 20 novembre 2013, 31 gennaio 2014, Proc. Rep. Trib. Napoli in proc. Gatto)¹⁵. Ma già la sentenza Ercolano offre una guida autorevole, da cui non può prescindersi, avendo la Corte soffermato la propria attenzione proprio anche sulla tematica dei rapporti tra il giudicato e la applicabilità possibile dello *ius superveniens* più favorevole.

Le Sezioni unite, nell'occasione, hanno preso atto della "portata valoriale" del giudicato, per ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, riconoscendo che il giudicato non solo è presidiato costituzionalmente, ma è anche riconosciuto come valore dalla stessa CEDU, che vi ravvisa un limite all'espansione della legge penale più favorevole, secondo indicazioni di sistema valorizzate e condivise dalla nostra Corte costituzionale¹⁶.

Peraltro, le Sezioni unite hanno anche posto in luce gli argomenti, desumibili dall'art. 7 della CEDU e dalla Costituzione (artt. 13, co. 2, 25, co. 2, e 27, co. 3), che si oppongono alla esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, (convenzionalmente e) costituzionalmente illegittima. L'istanza di legalità della pena, si afferma, è un tema che, anche in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non è ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esauritasi", «non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale».

In altri e decisivi termini, la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge

¹⁵ In realtà, dopo la redazione dello scritto, le Sezioni unite si sono pronunciate all'udienza del 29 maggio 2014. Questa, in sintesi, l'anticipazione provvisoria della decisione: "la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato (affermazione resa in una fattispecie riguardante gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui vietava di valutare "prevalente" la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, co.4, c.p.). L'impostazione delle Sezioni unite, per quanto è dato capire, conferma i principi espressi dalla sentenza Ercolano.

¹⁶ Cfr. Corte cost., n. 236 del 2011.

“conforme a Costituzione”, che solo così può assolvere la “funzione rieducativa” propria della pena: profili che sarebbero vanificati dalla declaratoria di incostituzionalità della normativa di riferimento, di cui si volesse, tuttavia, conservare l’applicazione.

Il tema, nella *subiecta materia*, si pone, allora, con riferimento al portato della decisione n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, con la conseguenza che il giudicato può e deve essere “vulnerato” nel caso in cui ricorrano le condizioni per l’applicabilità retroattiva della disciplina più favorevole indotta dalla declaratoria di incostituzionalità. Tema che può essere circoscritto, per quanto detto, alla possibilità di dover fare applicazione, vulnerando il giudicato, alla disciplina di favore relativa alle droghe “leggere”, rispetto alle quali deve, in effetti, porsi la questione dell’applicabilità della più favorevole disciplina di cui al co. 4, art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990.

Diverso discorso dovrebbe farsi, però, per i casi in cui sia stata riconosciuto, con sentenza definitiva, il fatto di lieve entità di cui all’art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990.

Qui non è in discussione la persistente applicabilità di una disciplina sanzionatoria dichiarata successivamente incostituzionale, giacché la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 32 del 2014, ha espressamente fatta salva la innovata disciplina del fatto di lieve entità come introdotta nel d.l. n. 146 del 2013. Rispetto a tali decisioni irrevocabili non riteniamo esservi spazio per un intervento di revisione del giudicato, in ossequio completo al disposto dell’art. 2, co. 4, c.p.

Con riferimento alle situazioni in cui deve discutersi della possibile applicabilità della norma sopravvenuta più favorevole, le Sezioni unite indicano quale strumento processuale quello dell’incidente di esecuzione, che trova conforto e spazio di operatività nel disposto dell’art. 30, co. 3 e 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, laddove, rispettivamente si dispone che «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» e che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali». È una disciplina che le Sezioni unite ritengono tuttora operativa e non implicitamente abrogata dall’art. 673 c.p.p. – come sostenuto da Sezione I, 19 gennaio 2012, Hamrouni – e che presenta, all’evidenza, un più ampio “perimetro operativo” rispetto a quello dell’art. 673 c.p.p. – laddove l’intervento del giudice dell’esecuzione è limitata al caso dell’abolizione del reato, per abrogazione o per dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice –, potendo riguardare anche il caso del mutamento della disciplina sanzionatoria.

Sono indicazioni importanti, da cui non si può prescindere, attesa l'autorevolezza della fonte interpretativa. Ma, come detto, il portato di questa interpretazione, autorizza la conclusione di limitare la possibilità di "incisione" del giudicato solo ai casi in cui è stata fatta applicazione di una norma le cui sanzioni sono state oggetto della declaratoria di incostituzionalità; e non anche nei casi in cui il mutamento della disciplina sanzionatoria è stata frutto di una sopravvenuta, autonoma scelta del legislatore, come appunto nei casi dei mutamenti dei limiti editali relativi al fatto di lieve entità.

Allo stato, in attesa del richiamato, nuovo intervento delle Sezioni unite, questo sembra il percorso interpretativo preferibile e più accreditato.