



**PROCURA DELLA REPUBBLICA**  
**presso il TRIBUNALE di TORINO**

**Aggiornamenti di legislazione e giurisprudenza in materia di stupefacenti**

**(Ivrea, 20 Aprile 2018)**

oooooo

**di Antonio Smeriglio**

**SOMMARIO:**

**- PREMESSA**

**- PARTE PRIMA: QUADRO NORMATIVO STORICO DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI STUPEFACENTI**

**1.1.** LA PRIMA NORMATIVA ORGANICA IN MATERIA DI STUPEFACENTI; **1.2.** LA LEGGE 22.12.1975 N 685; **1.3** IL TESTO UNICO DELLE LEGGI IN MATERIA DI STUPEFACENTI DPR 309/90 (CD LEGGE JERVOLINO-VASSALLI); **1.4.** IL PRIMO INTERVENTO DEL 1993 (DPR 5/6/1993 N. 171 A SEGUITO DEL REFERENDUM ABROGATIVO); **1.5.** LA DISCIPLINA INTRODOLTA DAL D.L. N. 272 DEL 30.12.2005, CONV. IN L. N. 49 DEL 21.2.2006: L'EQUIPARAZIONE TRA DROGHE LEGGERE E DROGHE PESANTI (CD LEGGE FINI-GIOVANARDI); **1.6.** LE INTERFERENZE DETERMINATE DALL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE 5.12.201005 N 251; **1.7.** LA SUCCESSIVA DECLARATORIA DI INCONSTITUZIONALITÀ CORTE COSTITUZIONALE 251/2012; **1.8** LE MODIFICHE ALL'ART. 73 D.P.R. N. 309 DEL 1990 INTRODOLTE CON IL D.L. N 146 DEL 23.12.2013, CONV. IN LEGGE N. 10 DEL 21.2.2014; **1.9.** LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONE 25.2.2014 N. 32; **1.10** LE SUCCESSIVE MODIFICHE ALLA FATTISPECIE INTRODOLTE CON IL D.L. N. 36 DEL 20.3.2014, CONV. IN L. N. 79 DEL 16.5.2014; **1.11** CORTE COSTITUZIONALE N 94 DEL 2016; **1.12** LA NORMATIVA APPLICABILE IN RELAZIONE AI DIVERSI CASI PROSPETTABILI (CASS SEZ UNITE 26.2.2015 N 33040 E CASS 15.7.2015 N 35892).

**- PARTE SECONDA: L'APPLICAZIONE DELLE NORME NELLA RISOLUZIONE DEI CASI CONCRETI:**

**1) CONDOTTA CHE NON INTEGRA L'ILLECITO PENALE E NEANCHE QUELLO AMMINISTRATIVO:** **1.1** L'ACCERTAMENTO IN CONCRETO DELLA NATURA DI SOSTANZA STUPEFACENTE – NECESSITÀ DELLA PERIZIA; **1.2** LA QUESTIONE DELLE CD SMART DRUGS (CASS. SEZ UN 18.10.2012 N 47604); **1.3** LA QUESTIONE DEL NANDROLONE E DELLE NUOVE DROGHE (CASS. SEZ. UN, N. 29316 DEL 26/02/2015 - DEP. 09/07/2015, DE COSTANZO, Rv. 264265)

**2) CONDOTTA CHE NON INTEGRA L'ILLECITO PENALE MA INTEGRA L'ILLECITO AMMINISTRATIVO:** **2.1** L'ART. 75 DPR 309/90; **2.2.** L'Uso DI GRUPPO DI SOSTANZE STUPEFACENTI; **2.3** LA COLTIVAZIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI

**3) CONDOTTA CHE INTEGRA L'ILLECITO PENALE:** **3.1.** NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO (ART. 131 BIS C.P.); **3.2.** FATTO DI LIEVE ENTITÀ DI CUI AL COMMA 5 DELL'ART. 73 DPR 309/90;

**- PARTE TERZA: CENNI AD ULTERIORI QUESTIONI; 1. L'INGENTE QUANTITÀ; 2 L'AGGRAVANTE DELL'ART. 80 COMMA I LETT G**

#### **PREMESSA.**

L'incontro intende fare il punto sulle principali e più attuali questioni, interpretative ed applicative, riguardanti la disciplina penale in materia di produzione, detenzione e cessione di sostanze stupefacenti, ripercorrendo gli ultimi interventi della Corte Costituzionale, l'evoluzione della normativa e quella della giurisprudenza di legittimità.

Il tema è vastissimo e difficilmente esauribile nel tempo disponibile. Ad ogni modo si è pensato, coerentemente con il tema dell'incontro, di suddividere l'intervento in due parti:

In una prima parte, più contenuta, si cercherà di delineare brevemente quello che è stato lo tsunami che ha colpito l'art. 73 DPR 309/90 negli ultimi quattro anni, in modo da individuare quello che è in questo momento il quadro normativo di riferimento

Nella seconda parte, invece, senza alcuna pretesa di completezza, verranno esaminate alcune problematiche specifiche nelle quali si sono registrati più recentemente interventi risolutivi della Corte di Cassazione.

#### **PARTE PRIMA**

##### **QUADRO NORMATIVO STORICO DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI STUPEFACENTI**

La normativa in materia di repressione delle condotte concernenti sostanze stupefacenti, ha visto nel corso degli anni un susseguirsi di modifiche normative, frutto quasi sempre di una tecnica legislativa emergenziale, che ha privilegiato l'adozione dello strumento della decretazione d'urgenza con opzioni di politica criminale a volte opposte.

Gli interventi hanno riguardato, tra gli altri, aspetti fondamentali relativi alle fattispecie penali, investendo aspetti quali:

- 1) La disciplina delle Tabelle e la previsione di un trattamento sanzionatorio differenziato in relazione alla natura della sostanza
- 2) Le sanzioni penali
- 3) La previsione di un trattamento sanzionatorio diverso per fatti di lieve entità
- 4) La previsione di esclusione della rilevanza penale di condotte per finalità di consumo personale

I provvedimenti che meritano di essere menzionati in quanto incidenti su tali tematiche sono i seguenti:

- 1) Legge 22.10.1954 n. 1041
- 2) Legge 22.12.1975 n. 685
- 3) DPR 309/90 (cd Legge Jervolino – Vassalli)
- 4) DPR 5.6.1993 n. 171
- 5) DL 272 del 30.12.2005 conv. Legge 49 del 21.2.2006
- 6) La legge 5 dicembre 2005, n. 251
- 7) Sentenza Corte Costituzionale 251/2012
- 8) DL 146 DEL 23.12.2013 conv. Legge 10 del 21.2.2014
- 9) Sentenza Corte Costituzionale 25.2.2014 n. 32
- 10) DL 20.3.2014 n. 36 conv Legge 79 del 16,5,2014
- 11) Sentenza Corte Costituzionale 6.5.2016 n 94

### 1.1. LA PRIMA NORMATIVA ORGANICA IN MATERIA DI STUPEFACENTI.

Una prima disciplina viene introdotta nel nostro ordinamento con la **legge 22.10.1954 n 1041**, che all'art. 6 puniva tutta una serie di condotte (acquisto/vendita/produzione/importazione/esportazione o comunque detenga) aventi ad oggetto sostanze o preparati indicati nell'elenco degli stupefacenti. La pena era **da 3 a 8 anni oltre alla multa**.

**Era prevista una pena unica per ogni tipo di droga e senza distinzioni di sorta tra detenzioni di piccole o grandi quantità.**

### 1.2. LA LEGGE 22.12.1975 N 685

Per la prima volta viene introdotto il principio della non punibilità del detentore che detenesse una **modica quantità** per uso personale

### 1.3 IL TESTO UNICO DELLE LEGGI IN MATERIA DI STUPEFACENTI DPR 309/90 (CD LEGGE JERVOLINO-VASSALLI).

La filosofia di fondo del testo unico sposava la differenziazione sanzionatoria in base alla tipologia di sostanza stupefacente, distinguendo droghe "pesanti" e droghe "leggere", prevedendo quattro differenti Tabelle (I e III per le droghe pesanti, II e IV per le droghe leggere) nelle quali venivano inserite le tipologie di sostanza per principio attivo; ulteriori due tabelle (la V e la VI erano riservate alle classificazioni dei farmaci e medicinali contenenti sostanze stupefacenti, "preparati" che, sebbene destinati ad uso terapeutico, potevano formare oggetto di abuso.

Il fine voluto principalmente dal legislatore del 1990, in ogni caso, era quello di realizzare una più rigorosa limitazione dell'area di non punibilità della detenzione mediante la riduzione per legge della quantità di sostanza stupefacente il cui possesso non costituiva reato e l'introduzione del concetto normativo di "**dose media giornaliera**". Per bilanciare l'inaspimento complessivo di tale disciplina rispetto a quella previgente, venne **per la prima volta introdotta la disposizione del comma quinto dell'art. 73**, che prevedeva una circostanza attenuante ad effetto speciale applicabile al fatto cd. "**di lieve entità**", stabilendo l'entità della pena in un delta sanzionatorio di sei mesi/quattro anni di reclusione, con multa da due milioni a venti milioni di lire, per le droghe leggere di cui alle tabelle II e IV, mentre per le droghe pesanti, inserite nelle tabelle I e III, la pena della reclusione prevista era ricompresa nei limiti da uno a sei anni, mentre la multa si assestava dal minimo di cinque milioni al massimo di cinquanta milioni di lire.

Le **sanzioni** previste dall'allora vigente art. 73:

- comma 1: condotte, commesse «fuori dalle ipotesi previste dagli articoli 75 e 76», concernenti le sostanze di cui alle tabelle I e III (**droghe 'pesanti'**): reclusione **da otto a venti anni**
- comma 4: condotte concernenti le sostanze di cui alle tabelle II e IV (**droghe 'leggere'**): reclusione **da due a sei anni**

Quanto alla circostanza attenuante ad effetto speciale voluta dal legislatore al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, la fattispecie imponeva di prendere in considerazione la globalità degli elementi del reato, e cioè la "**qualità**" della sostanza, i "**mezzi**", le "**modalità**" e le "**circostanze**" dell'azione (cfr., tra le prime pronunce, Cass. Sez. VI, 30 maggio 1991, n. 7376, Sacchella, Rv. 187840).

Sotto il profilo sanzionatorio veniva replicata la differenziazione di trattamento sanzionatorio a secondo della natura della sostanza stupefacente

Fatti di lieve entità (art. 73, co. 5):

- condotte concernenti le sostanze di cui alle tabelle I e III (droghe ‘pesanti’): reclusione **da uno a sei anni**
- condotte concernenti le sostanze di cui alle tabelle II e IV (droghe ‘leggere’): reclusione **da sei mesi a quattro anni**

Vi era poi la previsione della detenzione non penalmente rilevante, ma illecito amministrativo, limitata però al caso in cui una delle condotte fosse riconducibile a quantitativi di sostanze non superiori alla dose media giornaliera (**Art. 75 c.p.**). Erano comunque previste sanzioni penali nei confronti del consumatore di stupefacenti che trasgredissero i provvedimenti dell’ autorità amministrativa emessi ai sensi della norma citata (Art. 76 dpr 309/90).

#### **1.4. IL PRIMO INTERVENTO DEL 1993 (DPR 5/6/1993 N. 171 A SEGUITO DEL REFERENDUM ABROGATIVO)**

Le brevi sorti della individuazione per legge della “dose media giornaliera” si chiusero con il referendum abrogativo dell’aprile del 1993, seguito ad un tormentato percorso interpretativo che, soprattutto nella giurisprudenza di merito, aveva tentato di ovviare alle riconosciute irragionevoli conseguenze della nuova disciplina, con un’interpretazione che ne stemperasse il rigore normativo. Con il **DPR 5 giugno 1993 n. 171**, in attuazione dell’esito del referendum abrogativo del 18.4.1993 viene cancellato dall’art. 75 dpr 309/90 il riferimento alla dose media giornaliera ed abrogato l’art. 76 del dpr 309/90 che, come detto, prevedeva sanzioni penali per l’assuntore di stupefacente che violasse le prescrizioni disposte dall’Autorità Amministrativa.

#### **1.5. LA DISCIPLINA INTRODOLTA DAL D.L. N. 272 DEL 30.12.2005, CONV. IN L. N. 49 DEL 21.2.2006: L’EQUIPARAZIONE TRA DROGHE LEGGERE E DROGHE PESANTI (CD LEGGE FINI-GIOVANARDI).**

Nel 2006, il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990 venne profondamente innovato dalla **legge 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 (la legge è nota come “Fini – Giovanardi”**, dal nome dei proponenti delle modifiche), con una modalità di approvazione delle modifiche normative che sin da subito suscitò polemiche e perplessità per il metodo seguito.

Difatti, la novella normativa fu inserita in un testo di legge inizialmente dedicato a tutt’altra materia (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le imminenti Olimpiadi invernali) e apportò significativi mutamenti di disciplina.

Anzitutto, l’eliminazione della tradizionale distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, con equiparazione del trattamento sanzionatorio mediante l’inserimento di tutte le sostanze non farmacologiche in un’unica tabella. Di conseguenza, una notevolissima semplificazione nel regime di classificazione delle sostanze psicoattive, con le tabelle ridotte da sei a due: la prima, appunto, contenente tutte le sostanze stupefacenti vietate, la seconda dedicata ai medicinali registrati in Italia e contenenti sostanze stupefacenti per uso terapeutico.

Altri elementi caratterizzanti la riforma furono l’abbassamento del limite minimo edittale per le condotte di cui all’art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 non di lieve entità, previste dal comma primo (da otto anni si passa a sei anni); la unificazione del trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti per l’ipotesi attenuata di cui al comma quinto dell’art. 73, conseguenza della più generale eliminazione della distinzione sul piano punitivo; l’introduzione di un comma 1 bis all’art. 73 per differenziare condotte che costituivano sempre reato e quelle che lo erano se compiute per finalità di uso non esclusivamente personale; introduzione di un istituto di favore, riferito al nuovo comma 5 bis dell’art. 73, con la previsione della possibilità di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con il lavoro di pubblica utilità, da parte del giudice ed in presenza di specifiche condizioni.

**Art. 4 bis d.l. 272/05** modifica le disposizioni sanzionatorie di cui all'art. 73 t.u.:

- **comma 1:** «Chiunque [...] 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 qualsiasi scopo sostanze» di cui alla tabella I è punito con la reclusione **da sei a venti anni** (nessuna distinzione tra droghe 'pesanti' e 'leggere'!

**Art. 4 bis d.l. 272/05** modifica le disposizioni sanzionatorie di cui all'art. 73 t.u.:

- **comma 1-bis:** «Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque [...] importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute [...] ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, **appaiono destinate a un uso non esclusivamente personale**

**Art. 4 bis d.l. 272/05** modifica le disposizioni sanzionatorie di cui all'art. 73 t.u.

- **comma 5:** per i fatti di **lieve entità** di cui ai commi precedenti, reclusione **da uno a sei anni** (senza distinzione per droghe 'pesanti' e 'leggere'!)

In particolare, per quanto riguarda la circostanza attenuante del comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, mutava il trattamento sanzionatorio, ma rimanevano invariate, invece, le condizioni di configurabilità della fattispecie attenuata rispetto alla precedente, iniziale previsione del testo unico del 1990: l'ipotesi lieve rimaneva, infatti, pur sempre collegata alla verifica di parametri oggettivi dichiarati nella "qualità e quantità delle sostanze", "mezzi", "modalità" o "circostanze" dell'azione.

Sul versante dell'illecito amministrativo il legislatore introduce un art. 75 bis "Provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica" con la quale si introduce nuovamente una sorta di punibilità "indiretta" dell'assuntore dello stupefacente (sul modello ante referendum del 1993). Ciò in quanto viene prevista la possibilità per il Questore, di applicare tutta una serie di prescrizioni e misure (di non uscire da casa oltre una certa ora, di allontanarsi dal comune, divieto di condurre veicoli a motore etc...) in presenza di determinate situazioni soggettive (condanna anche non definitiva) e oggettive (pericolo per la sicurezza pubblica). In caso di violazione anche solo di una delle prescrizioni è prevista la sanzione penale a titolo contravvenzionale.

#### **1.6. LE INTERFERENZE DETERMINATE DALL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE 5.12.2005 N. 251**

Con riferimento, infine, specificamente all'ipotesi del fatto di lieve entità prevista dal comma quinto dell'art. 73 cit. deve ricordarsi quale incidenza dirompente ebbe l'ulteriore modifica che, quasi parallelamente, venne apportata al sistema normativo, incidendo direttamente sulla tecnica di bilanciamento tra circostanze. Con **la legge 5 dicembre 2005, n. 251**, emanata poco prima della novella del testo unico sugli stupefacenti, infatti, attraverso una nuova formulazione del comma terzo dell'art. 69 cod. pen., era stata vietata la possibilità di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti (e dunque anche quella di cui al comma quinto dell'art. 73 cit.) sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma 4, cod. pen.

#### **1.7. LA SUCCESSIVA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ CORTE COSTITUZIONALE 251/2012**

Ricordiamo tutti le iniziali difficoltà di conciliare tale assetto normativo con criteri di ragionevolezza e gli sforzi in conseguenza attuati dalla giurisprudenza di merito di ovviare a macroscopici casi di irragionevolezza della quantificazione sanzionatoria per casi concreti particolarmente modesti mediante la costruzione del comma quinto come fattispecie di reato autonoma e non mera circostanza (anticipandosi in tal modo opzioni legislative solo future, concretizzatesi nel d.l. n. 146 del 2013, conv. in legge n. 10 del 2014, nonché, definitivamente sancite dal d.l. n. 36 del 2014, conv. in legge n. 79 del 2014), ma tale orientamento fu ritenuto non legittimo dalla Corte di cassazione, stante l'evidente natura di circostanza attenuante della disposizione del comma quinto, ribadita da giurisprudenza conforme successiva (cfr. Sez. VI, 21 giugno 2007, n. 26334, Filistad; Sez. IV, 12 gennaio 2012, n. 3557, Ciavarella).

Da un'altra prospettiva, invece, fu proposta questione di costituzionalità del divieto di prevalenza nel giudizio tra circostanza di cui al comma quinto e recidiva reiterata, risolta con sentenza n. 192 del 2007 che ne dichiarava l'inammissibilità sul presupposto della natura solo facoltativa della recidiva reiterata. Costituisce fatto ampiamente noto che, successivamente, il giudice delle leggi, con la **sentenza n. 251 del 2012, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n.309 del 1990, sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.**

Tale dichiarazione di illegittimità ha prodotto effetti di non poco momento sul sistema penale, in particolare con riferimento al giudicato ed alla sua possibile flessione, secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, da ultimo con la sentenza Sez. un. 29.5.2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260695-260670.

#### **1.8. LE MODIFICHE ALL'ART. 73 D.P.R. N. 309 DEL 1990 INTRODOTTE CON IL D.L. N 146 DEL 23.12.2013, CONV. IN LEGGE N. 10 DEL 21.2.2014.**

Il legislatore, con il d.l. 23 dicembre 2013 n.146, non modificato sul punto in sede di conversione in legge 21 febbraio 2014, n. 10, ha introdotto una nuova formulazione del fatto di lieve entità previsto dall'art. 73 co. 5, che, rispetto alla versione antecedente riferita alla riforma Fini - Giovanardi del 2006, è stata modificata sotto due profili: in primo luogo, è stato ridotto il massimo edittale della pena detentiva (la reclusione è stata ricompresa nel compasso da uno a cinque anni); in secondo luogo, quella che era una circostanza attenuante ad effetto speciale è stata configurata come fattispecie autonoma di reato, con la conseguenza che il quadro edittale ivi previsto non può essere eliso (con ritorno al ben più severo quadro edittale previsto per il reato-base) nel caso, assai frequente, di concorso con l'aggravante della recidiva.

- Modificato il **comma 5** dell'art. 73 t.u.: reclusione **da uno a cinque anni** per i fatti di **lieve entità** (concernenti droghe 'pesanti' e 'leggere' senza distinzione)
- Il comma 5 da circostanza attenuante ad effetto speciale diventa fattispecie autonoma di reato,

La nuova qualificazione del comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 quale fattispecie autonoma di reato è stata da subito ritenuta in ragione di plurimi indici deduttivi, individuati sia dalla giurisprudenza (sulla quale ci si soffermerà successivamente) che dalla dottrina. Anzitutto vi è espressa indicazione in tal senso nella Relazione di accompagnamento al decreto legge n. 146 del 2013, che, in un'ottica deflattiva dell'eccessivo sovraffollamento del sistema carcerario, alla quale tendono il complesso degli interventi di modifica attuati con tale atto legislativo, esplicitamente ritiene di trasformare la condotta in esame da circostanza attenuante a **figura autonoma di reato**, con il principale scopo di **sottrarla al bilanciamento delle circostanze**, in particolare, al caso assai frequente del concorso con l'aggravante della recidiva.

#### **1.9. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONE 25.2.2014 N. 32**

Il quadro normativo fino a quel momento vicende si è poi dovuto confrontare con la dichiarata illegittimità costituzionale della disciplina sugli stupefacenti introdotta con la legge Fini-Giovanardi del 2006.

Con la sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4bis e 4vicies ter, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272 (*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, "per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione."

L'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione ha determinato un vizio procedurale delle stesse, che, come ogni altro vizio della legge, spetta solo alla Corte costituzionale accertare.

Il carattere prettamente procedurale del vizio ha comportato, per espressa indicazione della Consulta, la declaratoria di illegittimità costituzionale dei due articoli nella loro interezza.

Passando agli effetti della declaratoria di incostituzionalità sull'impianto normativo, la stessa Consulta ha poi osservato che, in considerazione del particolare vizio procedurale accertato, per carenza dei presupposti ex art. 77, secondo comma, Cost., a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornano a trovare applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati.

L'intervento della Corte costituzionale ha determinato, pertanto, il ripristino della disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, non essendosene mai validamente verificato l'effetto abrogativo.

La Corte, quindi, ha osservato che la normativa divenuta vigente per reviviscenza prevede un trattamento sanzionatorio più mite, rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cosiddette "droghe leggere" (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), viceversa stabilisce sanzioni più severe per i reati concernenti le cosiddette "droghe pesanti" (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni).

Con riferimento a tale ultima constatazione, la stessa Consulta ha chiarito che gli eventuali effetti in *malam partem* di una declaratoria di incostituzionalità non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata.

Al riguardo, in sentenza si afferma infatti testualmente essere *compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo.*

Analogamente, rientra nei compiti del giudice comune individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza delle norme dichiarate incostituzionali.

Una nota specifica merita senza dubbio la questione relativa alla riscrittura del quinto comma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 ad opera del d.l. n.146 del 2013, avvenuta dunque prima della pronuncia di incostituzionalità: sul punto la Consulta è esplicita. Si legge in sentenza che nessuna incidenza potevano avere sulle questioni trattate le modifiche apportate dall'art. 2 del decreto legge 23.12.2013 n. 146 in quanto disposizione successiva rispetto a quella dichiarata incostituzionale ed indipendente da quest'ultima e non influente sullo specifico vizio procedurale riconosciuto. E' stata così salvata la trasformazione dell'ipotesi di cui al comma V da circostanza attenuante a figura autonoma di reato e la riduzione del massimo edittale di pena in cinque e non più sei anni.



In sintesi, ed a conclusione di quanto ricostruito, l'intervento demolitorio della Corte:

- ha eliminato dall'ordinamento con effetti *ex tunc* le norme della legge Fini-Giovanardi più volte richiamate ed il collegato sistema tabellare, secondo l'espressa indicazione della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incapacità del sistema normativo incostituzionale ad innovare quello precedentemente vigente e la reviviscenza di quest'ultimo;
- E' stata soppressa nell'art. 73 dpr 309/90 la differenziazione fra la previsione del comma 1 e del comma 1 bis mediante la quale la legge Fini Giovanardi aveva enucleato una serie di comportamenti puniti sempre e comunque, in quanto sintomatici di un'attività di cessione o preparatori alla futura cessione (comma 1) ed aveva evidenziato altre condotte invece "neutre" ossia rivelatrici sia di un suo personale che di un'attività rivolta a terzi. Per tale ultima tipologia erano indicati una serie di criteri idonei ad orientare gli operatori in un senso o nell'altro (comma 1 bis).
- ha reintrodotto un regime sanzionatorio maggiormente gravoso per le cosiddette "droghe pesanti" (la disposizione dichiarata incostituzionale prevedeva la pena detentiva da sei a vent'anni, oltre la pena pecuniaria da 26.000 a 260.000; la previsione sanzionatoria, reintrodotta per effetto della sentenza della Corte costituzionale, stabilisce la pena della reclusione da otto a vent'anni, oltre la multa da 25.822 a 258.228 euro, per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle I e III dell'art. 14) e, invece, più favorevole per le cosiddette "droghe leggere" (la previsione sanzionatoria, reintrodotta per effetto della sentenza della Corte costituzionale, stabilisce per le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle II e IV dell'art. 14 la pena della reclusione da due a sei anni, oltre la multa da 5.146 a 77.468 euro).
- il termine di prescrizione del reato di cui all'art. 157 c.p. si è ridotto per le droghe leggere da 20 a 6 anni.
- rimane ferma la natura di fattispecie autonoma quella di cui all'art. 73 comma 2 bis dpr 309/90 con previsione di trattamento sanzionatorio unitario per le droghe leggere e le droghe pesanti.

#### **1.10 LE SUCCESSIVE MODIFICHE ALLA FATTISPECIE INTRODOTTE CON IL D.L. N. 36 DEL 20.3.2014, CONV. IN L. N. 79 DEL 16.5.2014,**

Ulteriori modifiche al comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, sono intervenute con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 79.

L'intervento con decreto legge si era reso necessario per tentare proprio di rimediare a taluni problemi sorti a seguito della pubblicazione della citata sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, particolarmente avvertiti sul fronte amministrativo, in specie per le perplessità ingenerate dalla caducazione dell'intero art. 4 *vicies ter* del d.l. n. 272 del 2005, conv., con modif., in l. n. 49 del 2006 in ordine alle modalità di prescrizione, dispensazione e conservazione dei medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope. In sede di conversione, il citato decreto è stato oggetto di modifiche, alcune relative proprio al versante sanzionatorio del comma quinto dell'art. 73 cit.

Procedendo sinteticamente, deve rilevarsi che il legislatore ha confermato la scelta di rendere fattispecie autonoma di reato e non più circostanza attenuante il c.d. fatto di lieve entità, scelta operata già con il d.l. n. 146 del 2013, conv., con modif., in l. n. 10 del 2014, pur tenendo ferma la sanzione omogenea per condotte riferite a droghe pesanti e droghe leggere. Si deve sottolineare come, però, ancora una volta, è stato rimodulato il quadro edittale di riferimento, passando dalla pena della reclusione da uno a cinque anni (e della multa da 3.000 a 26.000 euro) a quella della reclusione da sei mesi a quattro anni (e della multa da 1.032 a 10.329 euro), con conseguenze rilevanti sul versante cautelare e del rito.

Come si è già accennato, le ricadute migliorative sul trattamento sanzionatorio ricollegabili al nuovo delta punitivo di cui al quinto comma – che sostanzialmente coincide con quello già contemplato dalla cd. "Jervolino-Vassalli" per i fatti di lieve entità concernenti droghe leggere e viene esteso anche alle droghe pesanti – sembrano egualmente porre alcune perplessità in punto di ragionevolezza costituzionale, soprattutto nel raffronto tra le pene previste per i fatti ordinari concernenti droghe pesanti e quelle previste per tali sostanze se oggetto di condotte rientranti nel fatto lieve. La conferma



dell'indifferenza del compasso edittale alla tipologia di sostanze (ed invece la ripristinata differenziazione del quadro sanzionatorio anche in riferimento agli illeciti amministrativi di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 operata dal d.l. n.36 del 2014), infatti, pone secondo molti commentatori identici o rafforzati dubbi sulla ragionevolezza della previsione.

La Corte di cassazione ha ritenuto non irragionevole il regime diversificato per i fatti di lieve entità (il parametro è l'art. 3 Cost) del trattamento sanzionatorio derivante dalle modifiche normative attuate con i due decreti legge successivi del 2013 e del 2014, alla luce della duttilità del quadro normativo complessivo che consente al giudice di merito di adeguare la soluzione sanzionatoria al caso concreto (si richiama, ancora una volta, **Sez. IV, n. 10514 del 28 febbraio 2014, Verderamo**, Rv. 259360 e le successive conformi).

Il D.L. 20.3.2014 n 36 convertito nella legge 16.5.2014 n. 79 si segnala anche per un ulteriore intervento. Il contenuto del comma 1 bis dell'art. 73 dpr 309/90 nella versione introdotta dalla Legge Fini-Giovanardi, come detto caducato per effetto della Sentenza Costituzionale 36/2014) è stato ripristinato questa volta nell'art. 75 dpr 309/90 introducendosi un comma 1 bis nel quale vengono indicati gli indicatori della destinazione della sostanza a fini esclusivamente personali (quantità, modalità di presentazione avuto riguardo al peso lordo complessivo ed al confezionamento, ed alle altre circostanze dell'azione).

#### **I.11 CORTE COSTITUZIONALE N. 94 DEL 6.5.2016**

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 75 bis dpr 309/90 per le medesime ragioni formali alla base della decisione 32 del 2014.

Per effetto dell'evoluzione normativa sopra descritto si è venuto a comporre l'attuale testo degli artt. 73 e 75 dpr 309/90, sul quale quindi occorre fare riferimento per la risoluzione di ogni caso concreto che nella pratica quotidiana possa venire sottoposto all'operatore del diritto, sempre che, beninteso, la data del fatto sia successiva all'entrata in vigore della legge 16.5.2014 n. 79, perché diversamente si propone tutta una serie di questioni intertemporali che oggi hanno perso un po' di attualità, ma che all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale 36/2014 ha lungamente occupato la Corte di Cassazione.

#### **I.12 QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE. LA NORMATIVA APPLICABILE IN RELAZIONE AI DIVERSI CASI PROSPETTABILI**

**CASS SEZ IV 28.2.2014 N 13093**  
**CASS. SEZIONI UNITE 26.2.2015 N. 33040**  
**CASS 15.7.2015 N. 35892**

L'intervento della Corte costituzionale produce effetti diversi a seconda che ci si trovi in pendenza di giudizio piuttosto che nella fase dell'esecuzione.

**Quando il giudizio non sia concluso** occorre individuare il trattamento sanzionatorio applicabile facendo accorto uso dei seguenti principi:

- principio di irretroattività della norma di sfavore, ritenuto assoluto ed inderogabile
- principio di retroattività della norma di favore, al quale si riconosce una minore consistenza al punto da ritenerlo non idoneo a incidere i giudicati e anche, quel che qui rileva, non idoneo a contrastare l'inefficacia *ex tunc* della norma penale di favore ritenuta costituzionalmente illegittima.

In ossequio a tali principi possono essere formulati i seguenti casi concreti:

#### **1) Fatto non lieve e relativo a sostanza stupefacente pesante (I comma)**

L'intervento demolitorio, con riguardo alle droghe ad alto impatto (quelle "pesanti") ha prodotto la reviviscenza di un trattamento "ordinario" sicuramente sfavorevole rispetto a quello individuato

dalla legge del 2006.

La forbice edittale originaria prevedeva infatti un minimo di otto, anni mentre la legge dichiarata incostituzionale si attestava su un minimo edittale di sei anni. Il che non è senza conseguenze, soprattutto in relazione alla gestione delle posizioni processuali non definite in relazione alle quali il fatto risulta consumato “prima” della entrata in vigore della *lex mitior*, che in questo particolare caso deve essere individuata proprio nella legge Fini- Giovanardi, travolta evidentemente anche nella parte in cui mitigava il trattamento sanzionatorio con riferimento alle droghe pesanti.

**1a) Fatti commessi dopo il 5 marzo 2014 (data della pubblicazione della sentenza n. 32/2014 in Gazzetta Ufficiale)**

In questo caso è pacificamente applicabile l’art. 73 nella versione «Iervolino-Vassalli» (*ante* 2006), con conseguente applicazione della reclusione da otto a venti anni.

**1b) Fatti commessi prima del 2006**

Deve ritenersi che, ogni volta che si giudichi un fatto consumato prima del 2006, i limiti di pena da applicare debbano essere quelli originari (da otto a venti anni di reclusione oltre la multa) e non possa essere preso in considerazione il successivo, favorevole ma viziato, parametro edittale introdotto dalla legge Fini-Giovanardi.

**1c) Fatti commessi tra il 22 febbraio 2006 e prima del 6 marzo 2014, e non ancora giudicati in via definitiva**

Diverso è il caso in cui il fatto illecito sia stato consumato nel periodo in cui era già vigente la legge del 2006. In questo caso la “forza” del diritto alla legalità della pena, che si declina nel divieto assoluto di applicazione della legge sopravvenuta sfavorevole, impone di fare riferimento comunque alla legge di favore, sebbene essa si presenti viziata da incostituzionalità. Il diritto alla legalità della pena nella limitata accezione di “diritto alla non applicazione della legge di sfavore successiva” non può patire alcuna eccezione e prevale anche sulla regola (altrimenti “resistente” ai bilanciamenti, come si è visto) della efficacia retroattiva delle pronunce che dichiarano la incostituzionalità.

Chiara in tale senso la pronuncia che ha stabilito che “i fatti commessi sotto la vigenza della norma incostituzionale devono trovare in essa la loro disciplina quando la legge pregressa (che si ripropone per effetto della dichiarazione di incostituzionalità) sia meno favorevole; e ciò proprio per il valore assoluto del principio di irretroattività della norma meno favorevole” (**Cass. sez. IV 28 febbraio 2014, n. 13093, cit**).

In sintesi: nel caso in cui si debba individuare il trattamento sanzionatorio relativamente a fatti non lievi relativi alla gestione di droghe pesanti il discrimine è dato dalla data di consumazione dell’illecito. Se questo è stato commesso *prima* della entrata in vigore della legge Fini Giovanardi il trattamento sanzionatorio deve essere individuato in quello più severo indicato dal Testo Unico nella versione originaria. Diversamente, se il fatto risulta consumato nel periodo in cui era vigente la legge dichiarata incostituzionale, il trattamento sanzionatorio deve essere individuato in quello di maggior favore previsto dalla legge incostituzionale, in ossequio alla natura assoluta ed inderogabile del divieto di applicazione della normativa successiva sfavorevole.

**2) Fatto non lieve e relativo a sostanza stupefacente leggera (IV comma)**

Agevole è invece la individuazione della normativa applicabile nel caso in cui i fatti illeciti non lievi si riferiscano alle droghe leggere: in questo caso la normativa di maggior favore è sicuramente quella originaria “risuscitata” in seguito all’intervento demolitorio. Sarà tale forbice edittale (da due a sei anni oltre la pena pecuniaria) a dovere essere applicata, in ogni caso, sia quando il fatto sia stato consumato prima della entrata in vigore della legge del 2006, sia quando il fatto sia stato consumato in un periodo successivo). La legge Fini-Giovanardi in tal caso ha infatti aggravato univocamente il trattamento sanzionatorio.

**3) Fatto lieve (V comma)**

Per quanto riguarda i fatti lievi: la individuazione delle legge applicabile deve partire dal presupposto che l'intervento demolitorio della Corte costituzionale ha avuto come effetto quello di assegnare "nuova" efficacia alla normativa contenuta nell'originario testo unico. Questa distingueva le pene per i fatti minori a seconda che i fatti fossero riferiti a droghe leggere piuttosto che pesanti.

Per quanto riguarda i fatti riferiti alle droghe leggere la forbice edittale andava da sei mesi a quattro anni oltre alla pena pecuniaria, mentre per i fatti lievi riferiti alle droghe pesanti invece da uno a sei anni, oltre la multa (forbice quest'ultima che caratterizzava il trattamento sanzionatorio dei fatti lievi anche sotto il regime della legge Fini-Giovanardi).

Il confronto deve essere effettuato con il trattamento sanzionatorio previsto dalla legge n. 79 del 2014 che ha ribadito la natura "autonoma" del reato riferito al fatto lieve ed ha previsto una forbice edittale particolarmente tenue, che va dai sei mesi ai quattro anni (forbice edittale che ripete quella "minima" prevista dal testo unico nella versione originaria in relazione a fatti lievi pertinenti le droghe leggere).

La Corte di legittimità sul punto ha chiarito, in coerenza con le indicazioni della Corte costituzionale che la modifica del V comma effettuata nel dicembre 2013 e confermata con diversi limiti edittali con la legge n. 79 del 2014 sopravvive all'azione demolitoria in ragione del fatto che il rinvio contenuto all'interno del V comma deve intendersi come "mobile", ovvero come genericamente riferito alla normativa contenuta nel testo unico e non come "fisso" ovvero collegato alla normativa caducata (opzione interpretativa che avrebbe comportato la caducazione della normativa contenuta nel V comma per "trascinamento").

Sul punto, la cassazione ha affermato che l'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90, come modificato dall'art. 2 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni nella legge 2014, n. 10 disciplina un'autonoma fattispecie di reato concernente i "fatti di lieve entità", la quale non è stata travolta dalla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale e conserva una propria giustificazione sistematica anche nel mutato quadro di riferimento generale, operante una distinzione del trattamento sanzionatorio a seconda che la condotta incriminata riguardi le "droghe pesanti" o le "droghe leggere".

In particolare la scelta di conservare un trattamento omogeneo per i fatti minori è stata ritenuta ragionevole e non in insanabile contrasto con la reviviscenza del doppio binario di penalizzazione della gestione delle droghe disegnato dal testo unico nella versione originaria. Sul punto la Corte ha rilevato che "nel campo della disciplina dei fenomeni criminali connessi alla diffusione delle sostanze stupefacenti, la scelta legislativa di svalutare il rilievo della natura della sostanza stupefacente tratta (sia essa droga c.d. "leggera" o "pesante"), a fronte delle specifiche modalità del fatto criminoso, tali da rivelarne la concreta e obiettiva ridotta idoneità offensiva - e dunque l'affermazione secondo cui alle modalità, matura, mezzi dell'azione o ad altre circostanze ad essa pertinenti, sia possibile predicare la capacità di degradare il fatto a una misura di tale sfumata offensività da rendere del tutto secondario o marginale il riscontro dell'identità della sostanza stupefacente -, non pare a questo collegio compromessa da tratti di evidente irragionevolezza (tanto logica quanto assiologica) suscettibile di pregiudicarne la persistente coerenza con la tavola dei valori costituzionali" (Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 10514, in DPC 9 marzo 2014; Sez. 1, n. 885 del 04/11/2015 - dep. 12/01/2016, Codebo', Rv. 265719).

Tanto premesso: ogni volta che il fatto lieve sia riferito a droghe pesanti il trattamento sanzionatorio individuato dalla legge n. 79 del 2014 risulta sicuramente di maggior favore. Diversamente, in relazione ai fatti minori che facciano riferimento alle droghe leggere bisogna valutare, in concreto, se la attribuzione all'evento "minore" della qualifica di circostanza abbia o meno un effetto favorevole per l'imputato. La circostanza in questione potrebbe prevalere sull'eventuale recidiva e dunque, in concreto, risultare di maggior favore. La assegnazione all'evento "lieve" della qualifica di reato autonomo ha la controindicazione di impedire

l'abbattimento della eventuale recidiva reiterata che "resiste" al bilanciamento di tutte le circostanze ad eccezione di quella del fatto lieve.

La valutazione dei fatti lievi deve dunque tenere conto della natura di reato autonomo di recente introdotta, dei nuovi limiti edittali (omogenei a quelli indicati originariamente dal testo unico in relazione ai fatti lievi riferiti alle droghe leggere) e del bilanciamento delle circostanze.

Un fatto lieve inquadrato nella "dimensione circostanziale" può essere in concreto più favorevole se utile a bilanciare una recidiva (anche tenuto conto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 che ha consentito il bilanciamento in prevalenza di tale attenuante sulla recidiva ex art. 99 comma IV c.p.p); di contro la recidiva reiterata può essere un dato circostanziale "scomodo" ai fini della individuazione del trattamento sanzionatorio, laddove si consideri il fatto di lieve entità come reato autonomo, dato che l'eventuale concessione delle circostanze attenuanti generiche può consentire, al più, un giudizio di equivalenza con la recidiva, secondo la regola generale contenuta nell'art. 69 comma IV c.p.

Per i giudizi in corso è stata affermata la rilevanza d'ufficio della pena illegale, in coerenza con il riconoscimento della natura sovralegislativa del principio di retroattività della *lex mitior*. La Cassazione ha stabilito che «l'elevato rango» del principio espresso dall'art. 2 cod. pen. «impone la sua applicazione *ex officio*», essendo un diritto inalienabile dell'imputato, desumibile dal principio in questione, quello di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo» (Cass. Sez. 3, n. 6870 del 28/04/2016 - dep. 14/02/2017, Fontana, Rv. 26916001, nello stesso senso Cass. sez. 6 n. 7606 del 16/12/2016, dep. 2017, Rv 269164). L'"elevato rango" del principio in questione e la sua conseguente rilevanza di ufficio a prescindere che vi sia stato uno specifico motivo di impugnazione è stato autorevolmente affermato anche dalle sezioni unite (Cass. sez. un, n. 13681 del 25/02/2016 - dep. 06/04/2016, Tushaj, Rv. 266592).

1

**L'incisione dei giudicati in caso di pena determinata sulla base di legge dichiarata incostituzionale.**

L'intervento in successione di una sentenza della Corte costituzionale (la 210 del 2013) e di due sentenze delle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. sez. un 24 ottobre 2013, n. 18821, caso "Ercolano" e Cass., sez. un., 29 maggio 2014, caso "Gatto") hanno aperto nuovi scenari per il giudizio di esecuzione.

**All'esito di tali interventi il "giudicato" che presidia la certezza dei rapporti giuridici non è più "intangibile", ma "cede" di fronte al riconosciuto prevalente diritto individuale alla pena "legale" ovvero costituzionalmente (e convenzionalmente) legittima.**

Viene sancito quindi la possibilità di revisionare il giudicato in punto pena, sempre che la stessa sia ancora in esecuzione, così confermandosi la cedevolezza del giudicato ogni volta che la decisione passata in giudicato, sia stata elaborata facendo riferimento a parametri di legge dichiarati incostituzionali.

Un'altra importante sentenza delle Sezioni unite della Cassazione ha chiarito che, quando, successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen., interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, il giudicato permane quanto ai profili relativi alla sussistenza del fatto, alla sua attribuibilità soggettiva e alla sua qualificazione giuridica, ma **il giudice della esecuzione deve rideterminare la pena, attesa la sua illegalità sopravvenuta**, in favore del condannato con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. cod. proc. pen. e solo in caso di mancato accordo, ovvero di pena concordata ritenuta incongrua, provvede autonomamente ai sensi degli artt. 132- 133 cod. pen. (Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015 - dep. 15/09/2015, Marcon, Rv. 264858).

La valutazione ed il nuovo calcolo della pena non è soggetto ad alcun automatismo, nel senso che se

il giudice era partito dal minimo, il giudice dell'esecuzione non sarà tenuto a partire necessariamente dal nuovo minimo, in quanto mutato il quadro di riferimento il giudice deve poter riesercitare tutto il potere discrezionale conferitogli dagli artt. 132 e 133 c.p.

**CASS. PEN., SEZ. UN., SENT. 26 FEBBRAIO 2015 (DEP. 28 LUGLIO 2015), N. 33040, PRES. SANTACROCE, REL. FIDELBO, RIC. JAZOULI**

*"E' illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/90 come modificato dalla legge n. 49/2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32/2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità.*

*Nel patteggiamento l'illegalità sopraggiunta della pena determina la nullità dell'accordo e la Corte di cassazione deve annullare senza rinvio la sentenza basata su tale accordo".*

#### PARTE SECONDA

#### L'APPLICAZIONE DELLE NORMA NELLA RISOLUZIONE DI CASI CONCRETI

#### PREMESSA

Richiamata sinteticamente quella che è stata la storia dell'art. 73 dpr 309/90 ed attraverso quali interventi si è giunti alla disciplina attualmente applicabile, è possibile ora passare ad esaminare alcune decisioni della Corte di Cassazione, chiamata negli ultimi anni a risolvere tutta una serie di controversie interpretative sorte a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014

Tutti i principi giurisprudenziali fino ad allora elaborati sono stati sottoposti a vaglio circa la loro validità anche dopo le profonde trasformazioni della disciplina attuata nel 2014.

Si cercherà di esporre i diversi casi concreti seguendo l'ordine proprio delle disposizioni normative di riferimento, in modo che il quadro di insieme, che ci si auspica possa risultare all'esito, sia quello di una quanto più aderente descrizione di come l'art. 73 dpr 309/90 sia oggi applicato nelle aule di giustizia.

Per prima cosa a fronte di una accertata condotta materiale l'interprete dovrà porsi il problema di come collocare tale condotta nel novero delle diverse fattispecie contemplate dagli art. 73 e 75 dpr 309/90 ovvero se addirittura ne rimanga al di fuori dall'ambito di applicazione.

Le soluzioni astrattamente configurabili con riferimento ad una certa condotta possono essere almeno le seguenti:

- A) Condotta che non integra nè l'illecito penale e neanche l'illecito amministrativo
- B) Condotta che non integra illecito penale, ma è suscettibile di rilievi amministrativi (art. 75 dpr 309/90)
- C) Condotta che integra astrattamente l'illecito penale ma presenta una minima offensività tale da potersi escludere la punibilità ai sensi dell'art. 131 bis c.p.p.
- D) Condotta che integra il delitto di cui all'art. 73 comma 5 dpr 309/90 (detenzione da 6 mesi a 4 anni)
- E) Condotta riconducibile al fatto non lieve di cui all'art. 73 comma 1 dpr 309/90 (se droghe cd pesanti) oppure all'art. 73 comma 4 dpr 309/90 (se droghe leggere), con una cornice edittale che va nel primo caso da 8 a 20 anni e nel secondo caso da 2 a 6 anni, oltre alla multa, prevista per tutte le fattispecie.
- F) Condotta riconducibile alla fattispecie aggravata di cui all'art. 80 dpr 309/90

#### 1)

#### CONDOTTA CHE NON INTEGRA L'ILLECITO PENALE E NEANCHE QUELLO AMMINISTRATIVO

Per prima cosa, a fronte di una determinata condotta, tra quelle contemplate dall'art. 73 dpr 309/90 (detenzione, cessione, offerta ecc..) l'operatore del diritto dovrà porti il problema se rientri nell'ambito di applicazione del dpr 309/90, circostanza che evidentemente presuppone che tale condotta abbia ad oggetto una sostanza stupefacente".

Pacificamente la natura stupefacente o meno di una certa sostanza dipende dalla previsione legale. Si tratta di una nozione normativa e non naturalistica, nel senso che non basta che una certa sostanza di origine naturale o sintetica produca effetti stupefacenti o psicotropi perchè sia applicabile la normativa in questione.

Sul punto la giurisprudenza della Corte non patisce flessioni ed è stato più volte deciso che **“non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge, perché la nozione di sostanza stupefacente ha natura legale, nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegate al T.U. sugli stupefacenti”** (Cass. Sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, cit.; in senso conforme, cfr. tra le altre, Cass. Sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, Ndreu e altri; Sez. IV, 18 aprile 2005, n. 20907, Hassan; Cass. Sez. VI, 23 giugno 2003, n. 34072, Hassan Osman).

#### 1.1) L'ACCERTAMENTO IN CONCRETO DELLA NATURA DI STUPEFACENTE – NECESSITÀ DELLA PERIZIA

**Per accertare la natura di stupefacente di una sostanza non è necessaria la perizia** o un accertamento tecnico da svolgersi secondo le disposizioni di cui agli artt. 359-360 cpp, essendo all'uopo sufficiente il materiale probatorio costituito da dichiarazioni dell'imputato, indagine con narcotest "et similia". (Fattispecie relativa a narcotest effettuato su Ketamina). (Sez. 6, Sentenza n. 43226 del 26/09/2013, Hu, Rv. 257462).

In tema di traffico si sostanze stupefacenti, durante le indagini preliminari ed ai fini della valutazione degli indizi gravi di colpevolezza necessari **per l'applicazione di una misura cautelare, non occorre una formale perizia sulla qualità della sostanza**, essendo sufficiente allo scopo il narcotest eseguito dalla sezione narcotici della polizia. (Sez. 6, Sentenza n. 44789 del 30/09/2003, Trobiani, Rv. 227732).

Ai fini della convalida dell'arresto in flagranza per il reato di detenzione di stupefacente non è necessario il preventivo esame del "narcotest", indispensabile, invece, per qualificare la gravità indiziaria ai fini dell'emissione della misura cautelare. (Sez. 4, Sentenza n. 3380 del 15/12/2009, dep. 2010, Tomassini, Rv. 246417).

Più in generale:

In tema di stupefacenti, **il giudice non ha alcun dovere di procedere a perizia o ad accertamento tecnico per stabilire la qualità e la quantità del principio attivo di una sostanza drogante, in quanto egli può attingere tale conoscenza anche da altre fonti di prova acquisite agli atti.** (Sez. 4, Sentenza n. 22238 del 29/01/2014, Feola, Rv. 259157).

#### 1.2) LA QUESTIONE DELLE CD SMART DRUGS (CASS. SEZ UN 18.10.2012 N 47604)

Tale punto riveste un interesse molto attuale in relazione al dibattito che si sta sviluppando in ordine alle cd. **smart drugs** cioè una serie di sostanze, di origine sia naturale sia sintetica, che vengono assunte perché consentono di migliorare le capacità cognitive (come per es. la memoria e la capacità di apprendimento) ma presentano anche **effetti allucinogeni** ed altri dannosi, ancora sconosciuti.

Il termine “smart drugs” significa **“droghe furbe”** perché si tratta di sostanze che, al momento attuale, sono in libera vendita, poiché non rientrano nelle tabelle legislative che proibiscono l'uso di sostanze stupefacenti e psicotrope, anche se non mancano problemi di classificazione. A questo proposito, un richiamo concreto viene dai “semi di canapa” che sono venduti per collezionismo negli *smart shops*

perché non contengono il principio attivo della cannabis ma possono essere coltivati illegalmente per sviluppare le piante.

Il dilagare del fenomeno, anche grazie alla capacità diffusiva della rete internet, ha indotto alcune Procure della Repubblica a cercare di porre rimedio, richiamando la diversa fattispecie di **istigazione all'uso di sostanze stupefacenti di cui all'art 82 dpr 309/90** al fine di operare sequestri e sottoporre a procedimento penale coloro che attraverso la rete internet ovvero all'interno degli smart shops pubblicizzavano e vendevano semi o altri oggetti utili alla coltivazione di sostanze stupefacenti.

La tematica ha pertanto assunto interesse, in quanto sul punto si sono registrati posizioni diverse da parte dei Giudici poi chiamati a pronunciarsi sulla legittimità delle iniziative della polizia giudiziaria e delle Procure.

Sul punto, ad esempio, si segnala una sentenza di merito che ha annullato un'ordinanza di custodia cautelare emessa per violazione dell'art. 82 dpr 309/90 precisando che *"la mera messa in vendita o anche la pubblicazione su siti internet della vendita di cose propedeutiche alla coltivazione di piante stupefacenti non integra la condotta di istigazione all'uso di sostanze stupefacenti"* (**Trib. Ferrara, sez riesame, ord. 3.12.08.**

Anche la Cassazione in numerose pronunce anche successive ha confermato che per aversi istigazione all'uso di sostanze stupefacenti non basta la mera pubblicità, ma occorra che la condotta sia idonea a conseguire l'effetto di indurre i destinatari delle esortazioni all'uso di tali sostanze, anche se in concreto poi non avvenga.

Non erano tuttavia mancate pronunce di segno contrario, cosicché sono dovute intervenire le sezioni unite della Cassazione a comporre i contrasti giurisprudenziali, statuendo (**Cass. Sez. Un. 18.10.2012 n. 47604**) che la condotta di chi si limiti a rendere nota al pubblico l'esistenza di una sostanza stupefacente, veicolano un messaggio non persuasivo e privo dello scopo immediato di determinare all'uso di sostanze stupefacenti, integra l'illecito amministrativo di propaganda pubblicitaria di sostanze stupefacenti (art. 84 dpr 309/90) e non il reato di istigazione all'uso di sostanze stupefacenti di cui all'art. 82 del predetto decreto. Ai fini della configurabilità di tale reato occorre che l'induzione sia posta in essere pubblicamente attraverso esaltazioni delle loro qualità, prospettando benefici derivanti dal loro uso e convincimenti, anche subliminali, oppure attraverso minacce o intimidazioni.

**Ancora Cass. 22.2.2012 n. 6976** ha ribadito tali concetti, precisando ulteriormente che la vendita di semi di cannabis, di per sé:

- non integra neppure il tentativo punibile del delitto di coltivazione di sostanze stupefacenti, a meno che alla vendita dei semi si accompagnino ulteriori condotte partecipative, come fornire istruzioni su come procedere alla coltivazione ovvero fornisce materiali necessari nella consapevolezza del loro utilizzo a tali scopi.

**1.3) LA QUESTIONE DEL NANDROLONE E DELLE NUOVE DROGHE (cass. sez. Un, n. 29316 del 26/02/2015 - dep. 09/07/2015, De Costanzo, Rv. 264265)**

Come già detto, per potersi applicare la disciplina in materia di stupefacenti occorre che la condotta si riferisca ad una sostanza contenente un principio attivo che sia ricompreso nella nozione legale di stupefacente e che, pertanto, alla data del fatto risulti annoverato nelle tabelle contenenti il catalogo delle sostanze stupefacenti.

E' altrettanto noto che successivamente all'approvazione della Legge Fini - Giovanardi del 2006 le due tabelle ivi previste erano state costantemente aggiornate con l'inserimento nella I° tabella di tutta una



serie di nuove sostanze. Tra queste il cd **Nandrolone, uno steroide anabolizzante inserito, con affetto dal 9 luglio 2010, nella tabella I e nella tabella II, sez. A delle sostanze stupefacenti e psicotrope.**

Tra le motivazioni si legge che tale sostanza è stata inserita tra gli stupefacenti su richiesta della "Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive" e su parere positivo dei competenti organi consultivi del Ministero della salute. Per tale sostanza infatti sono stati accertati concreti pericoli di indurre grave dipendenza psichica.

La sentenza della Corte **Costituzionale n. 32/2014** più volte citata ha determinato una problematica interpretativa posto che la decisione risulta espressamente riferita anche alle tabelle annesse alla legge dichiarata incostituzionale e, deve ritenersi, alle successive modificazioni delle stesse attraverso la progressiva inclusione nel catalogo delle sostanze droganti di nuovi stupefacenti. **Le tabelle annesse al testo unico originario, invece, devono ritenersi vigenti, in quanto mai validamente abrogate. Ma nelle tabelle del 1990 il nandrolone non era annoverato tra gli stupefacenti.**

Il legislatore è subito corso ai ripari rispetto al vuoto di tutela che si è venuto a determinare in quanto con il **decreto legge 20 marzo 2014 n. 36 convertito nella legge 16 maggio 2014 n. 79** ha risistemato la classificazione tabellare, riproducendo la distinzione tra droghe a basso e ad alto impatto che caratterizzava il testo unico nella versione originaria, ma al contempo reintroducendo le sostanze "abolite" dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale. In particolare dal 2006 al 2014 il Governo mediante successivi decreti aveva progressivamente integrato le 2 tabelle della legge Fini Giovanardi giungendo ad inserire oltre 450 nuove sostanze droganti per la maggior parte di derivazione sintetica, nel 2014 con la legge 79 il Legislatore ha riproposto il contenuto delle tabelle dichiarate invalide con l'aggiunta delle sostanze psicotrope di nuova creazione.

All'art. 2 del decreto legge 36/2014 era stato anche dettato un regime transitorio, stabilendosi che a decorrere dall'entrata in vigore del decreto legge **continuano** a produrre effetto gli atti amministrativi adottati fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014".

Le critiche che erano immediatamente seguite circa una presunta violazione dei principi di diritto intertemporale in virtù dei quali con la declaratoria di illegittimità costituzione delle disposizioni della legge Fini-Giovanardi avrebbero dovuto riprendere efficacia le sole tabelle antecedenti al 2006, da applicarsi quindi dal 2006 fino al 2014.

In sede di conversione del decreto 36/2014 il legislatore ha sostituito la parola "continuano" con quella di "**riprendono**", proprio per fugare ogni dubbio sulla volontà del legislatore di introdurre una disciplina retroattiva. Nell'ottica del legislatore, con tale formula, si intendeva sostenere la possibilità di limitare l'efficacia caducatoria della sentenza 36/2014 limitatamente al periodo compreso tra la pubblicazione della citata sentenza della Corte Costituzionale (5 marzo 2014) e l'entrata in vigore del decreto legge 36/2014 (21 marzo 2014), quindi soltanto 16 giorni.

Sul punto sono però intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che hanno affermato che a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità degli artt. 4 bis e 4 *vicies* ter del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, pronunciata con sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, **deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore di detta legge e fino all'entrata in vigore del D.L. 20 marzo 2014, n. 36, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla citata legge n. 49 del 2006.** Nella fattispecie concreta esaminata, riferita alla sostanza "nandrolone", la Suprema Corte ha chiarito che la novella del 2014, reinserendo nelle tabelle le sostanze introdotte con la disciplina incostituzionale, per rimediare all'intervenuta caducazione "ex tunc" delle fattispecie aventi ad oggetto tali stupefacenti, ha creato nuove incriminazioni alle

quali deve applicarsi il principio di irretroattività della legge penale. (cass. sez. Un, n. 29316 del 26/02/2015 - dep. 09/07/2015, De Costanzo, Rv. 264265; cass. Sez. 6, n. 7 del 02/12/2015 - dep. 04/01/2016, Stvorecz, Rv. 265744). La Cassazione ha chiarito che la struttura dell'incriminazione in materia di stupefacenti «dà luogo ad una fattispecie penale parzialmente in bianco nei casi in cui la specificazione del precetto avviene per effetto di fonti secondarie come i decreti ministeriali di cui si discute. Si tratta di un metodo che, specialmente per ciò che attiene all'aggiornamento delle tabelle che qui interessa, non reca violazione del principio di legalità espresso dall'art.25 Cost., giacché corrisponde all'esigenza di pronto adeguamento della normativa al divenire scientifico e criminologico, cui la legge potrebbe non essere in grado di far fronte con la tempestività e puntualità dovute».

Ne discende che secondo la Suprema Corte, non ha alcuna rilevanza il fatto che il legislatore nel decreto legge poi convertito abbia utilizzato le espressioni “continuano” o “riprendono” in quanto il problema di cui si discute può trovare soluzione unicamente nel principio costituzionale del divieto di retroattività delle norme penali incriminatrici.

Ne è conseguita l'enunciazione del principio di diritto secondo cui deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore della legge Fini Giovanardi del 2006 abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore della legge 49 del 2006.

In conseguenza di ciò dovrà essere richiesta l'archiviazione delle notizie di reato per tali fatti i cui procedimenti versino nella fase delle indagini preliminari ovvero se già esercitata l'azione penale il giudice dovrà pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p.

Qualora invece sia già intervenuto un giudicato dovrà essere richiesto l'intervento del giudice dell'esecuzione nei limiti però in cui il rapporto esecutivo non sia già esaurito per avvenuta espiazione.

## 2

### CONDOTTA CHE NON INTEGRA L'ILLECITO PENALE MA INTEGRA L'ILLECITO AMMINISTRATIVO

Una volta risolto positivamente il quesito se la sostanza oggetto della condotta sia o meno ricompresa nella nozione legale di "stupefacente" e dunque che si versi nell'ambito di applicazione della relativa disciplina del dpr 309/90, uno degli aspetti di più frequente trattazione nell'ambito dei procedimenti in materia di stupefacente è rappresentato **dal discrimine tra fattispecie penale di cui all'art. 73 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 75 del predetto decreto.**

#### 2.1. L'art. 75 dpr 309/90

Sulla questione e sulla relativa soluzione, ancora una volta, la menzionata sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014 ha avuto effetti diretti.

Come si è detto nella Parte I, tra gli effetti della pronuncia della Corte costituzionale vi è stato anche quello di demolire l'impianto della legge Fini-Giovanardi laddove distingueva tra condotte punibili a prescindere da ogni valutazione circa la destinazione all'uso personale (comma 1) e condotte non punibili ove la finalità dell'uso esclusivamente personale fosse dimostrata (indicate nel comma 1 bis dell'art. 73 come riformulato nel 2006).

Le condotte non punibili ove dirette all'uso personale erano quelle di **importazione, esportazione, acquisto, detenzione e ricezione a qualunque titolo**. Diversamente le condotte di **coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione, vendita offerta o messa in vendita, cessione, distribuzione, commercio, trasporto, invio, spedizione e consegna** non erano sottoposte alla condizione negativa di punibilità della mancata destinazione all'uso personale. **Si trattava di**

**condotte dirette all'accrescimento del mercato del narcotraffico e dunque ontologicamente incompatibili con la destinazione ad uso personale.**

Eliminati i commi 1 e 1 bis dell'art. 73 del testo unico come modificato dalla Legge Fini-Giovanardi le condotte finalizzate all'uso personale sembravano tornare ad essere inopinatamente penalizzate.

Ad evitarne la punizione non sembrava sufficiente l'art. 75 del testo unico che, immune da censure di costituzionalità nella definizione delle condotte amministrativamente (e non penalmente) rilevanti faceva riferimento al comma 1 bis dell'art. 73, ovvero ad una norma inefficace perché incostituzionale.

Non a caso si è registrata nella giurisprudenza di merito una pronuncia orientata nel senso di ritenere penalmente rilevante anche la detenzione per uso personale (**G.u.p. Trib. Avellino, 26 marzo 2014**).

La deriva interpretativa (plausibile) è stata immediatamente scongiurata dalla Corte di cassazione che ha precisato come *“non sembra tuttavia potersi ipotizzare che con il ripristinato regime penalistico anteriore alla riforma del 2006 si sia prodotto il paradossale effetto di una attuale sopravvenuta punibilità anche dell'uso personale (consumo non terapeutico) di sostanze stupefacenti, pur già pacificamente esclusa -del resto- dalla giurisprudenza nella vigenza del sistema oggi fatto rivivere dalla Corte Costituzionale”* (**Cass. Sez. VI, 9 aprile 2014, n. 19263, Iaglietti**).

Per scongiurare ogni ulteriore discussione è intervenuto tempestivamente il legislatore con il **decreto d'urgenza n. 36 de 2014, poi convertito con la legge n. 79**. La tecnica utilizzata non è stata quella di ulteriormente manipolare il comma 1 dell'art. 73 risorto nella sua versione originaria, ma di intervenire sull'art. 75 introducendo un comma 1 bis che di fatto ha replicato (con qualche non del tutto irrilevante differenza) il contenuto normativo del comma 1 bis della legge del 2006, ovvero il comma che disciplinava le condotte punibili solo qualora la sostanza non fosse destinata all'uso personale.

Nei primi commenti dottrinali, si è osservato che i parametri per l'apprezzamento della finalità di uso personale (superamento dei limiti tabellari e modalità di presentazione delle sostanze) sono evocati non più in termini di alternatività, come nel caducato comma 1-bis dell'art. 73 (in cui i predetti parametri erano separati dalla disgiuntiva “ovvero”), bensì in termini cumulativi, avuto riguardo alla congiunzione “nonché” utilizzata nel testo vigente. Da tale modifica, in astratto, potrebbe desumersi che il legislatore abbia voluto ridurre l'ampiezza della discrezionalità valutativa del giudice, richiedendo - per ritenere provato l'uso personale - sia il mancato superamento dei limiti, sia l'insussistenza di modalità allarmanti quanto alla presentazione delle sostanze. In senso contrario (ovvero nel senso di una valenza tuttora meramente indiziaria dei parametri in questione), è possibile far leva sul fatto che lo stesso comma 1 bis utilizza l'espressione “si tiene conto”, che è *“identica a quella utilizzata nell'art. 133 c.p., che indica come è noto i criteri dei quali il giudice deve far uso per commisurare in concreto la pena - operazione, quest'ultima, discrezionale per eccellenza* Sulla base di questa lettura, il mero superamento dei limiti indicati dai decreti non escluderà che il giudice possa comunque attribuire rilievo prevalente agli altri criteri indicati dalla norma per ritenere la finalità di uso personale; così come, per converso, il mancato superamento dei limiti potrà non ostare alla condanna dell'imputato, qualora - ad es. - le modalità di confezionamento separato della sostanza evidenzino in concreto la finalità di spaccio perseguita da chi sia trovato in possesso di pur modesti quantitativi di sostanza. Semplicemente, il giudice - chiamato a “tener conto” di quanto stabilito nei decreti in parola - avrà l'onere di illustrare in motivazione perché ritenga di non ritenere decisiva la circostanza del superamento, o del mancato superamento, dei limiti suddetti”.

**In conclusione: seppure in modo contorto si è di fatto nuovamente introdotto il sistema del doppio binario; si è cioè scelto di distinguere condotte soggette alla condizione mancata destinazione all'uso personale e condotte punibili a prescindere dalla destinazione della sostanza. Il che rende particolarmente rilevante il tema della qualifica del fatto: dato che l'inquadramento della condotta tra quelle che soggiacciono alla verifica della destinazione apre delle possibilità di assoluzione non previste per le altre condotte.**

Altro problema è poi quello dell'applicazione concreta dei parametri indicati nell'art. 75 comma 1 bis per aversi detenzione ad uso personale

**a) Superamento della soglia indicata dal Ministero** come quantità massima detenibile di principio attivo. La quantità massima detenibile (QMD) si configura come un criterio concepito normativamente per determinare la compatibilità del principio attivo detenuto con una detenzione per finalità solo personale.

Per determinare la QMD occorre eseguire la moltiplicazione tra la Dose Media Singola ed un moltiplicatore normativamente previsto e variabile da sostanza a sostanza

**Così per l'eroina la D.S.M è 25 gr ed il moltiplicatore è 10. Quindi QMD = 25x10 = 250 grammi**

**Così per la cocaina la D.S.M. è 150 gr ed il moltiplicatore è 5. Quindi QMD = 150x5= 750**

**Così per la cannabis la D.S.M è 25 mg ed il moltiplicatore è 20. Quindi QMD = 25 x20 = 500**

**Cass. Sezione VI 17.11.2015 n. 543** ha stabilito che nonostante l'intervento della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale e la abrogazione dell'impianto normativo della Legge Giovanardi-Fini la espressa reintroduzione nel nuovo art. 75 comma 1 bis di riferimenti alla Quantità massima Detenibile ha fatto sì che si possano ritenere tuttora mantenuti in vita i criteri basati sulla moltiplicazione di cui si è detto sopra.

Pacifico è peraltro l'orientamento della Cassazione in ordine alla non attribuibilità di alcun valore di presunzione neanche relativa del dato ponderale sopra indicato ai fini della distinzione tra detenzione per uso esclusivamente personale e detenzione a fini di spaccio. L'onere della prova spetta sempre al Pubblico ministero.

**2) Il confezionamento frazionato.** Il ritrovamento di un determinato quantitativo di sostanza stupefacente ha un valore indiziario diverso a secondo che la sostanza sia frazionata o meno in dosi. Si è detto che se un soggetto detiene ad esempio 10 grammi di cocaina in una unica busta si può ritenere che ciò possa deporre per un acquisto avvenuto per uso personale, mentre gli stessi dieci grammi suddivisi in dieci involucri distinti sono più verosimilmente destinati alla vendita al minuto.

Proprio da tale esempio si evidenzia la scarsa significanza di tale parametro.

**3) Altre circostanze dell'azione:** quali ad esempio lo **stato di tossicodipendenza** dell'imputato ha una sicura valenza ai fini della decisione se una detenzione sia a fini personali o di spaccio. E' anche frequente la cosiddetta "finalità mista" cioè il tossicodipendente che detenga in parte per consumo proprio ed in parte per spacciare (con i cui proventi procacciarsi successivamente altro stupefacente). In tali casi la Cassazione giustamente afferma che il Giudice non abbia l'onere di discernere quale sostanza fosse destinata a terzi e quali al consumo proprio, potendo in ogni caso pronunciare condanna, salvo il caso in cui si possa operare una distinzione certa (l'imputato ha dipendenza solo da hashish e detiene in parte tale sostanza ed in parte cocaina di cui non ha mai fatto uso).

**4) Altre circostanze** alle quali la giurisprudenza ha dato un qualche peso sono ad esempio **il reddito**, nel rapporto tra risorse disponibili e valore dello stupefacente possono desumersi importanti considerazioni in ordine al fatto che il soggetto non abbia acquistato lo stupefacente per esclusivo uso personale;

5) il **luogo di rinvenimento della sostanza**, ad esempio si è ritenuto più verosimilmente destinata a consumo personale la droga detenuta in casa rispetto a quella detenuta fuori casa (comportando un rischio inutile). Anche tale elemento da solo è poco significativo se non accompagnato da altri elementi (es detenzione nel cavo orale, particolari accorgimenti per l'occultamento, osservazione del soggetto vicino a tossicodipendenti etc);

6) rilevante ricorso è fatto per escludere l'uso personale la **dotazioni di strumenti utili al taglio ed al peso**.

Così individuati in termini generali le questioni poste dal rapporto tra l'art. 73 e l'art. 75 dpr 309/90, si segnalano due interessanti questioni strettamente connesse a tale tema e che meritano di essere menzionate qui oggi in quanto spunto per recenti interventi della Corte di Cassazione:

- **L'uso di gruppo di sostanze stupefacenti**

- **La coltivazione di sostanze stupefacenti.**

In tali due ambiti si sono fronteggiati opposti orientamenti in ordine alla riconducibilità del fatto nell'ambito della rilevanza penale ovvero soltanto amministrativa.

## **2.2. L'Uso di gruppo di sostanze stupefacenti**

Sul tema della punibilità o meno dell'uso di gruppo di sostanze stupefacenti si è assistito, dall'entrata in vigore del t. u. sugli stupefacenti di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990 ad oggi, ad un ampio dibattito giurisprudenziale, al quale solo recentemente è stata data una conclusione ad opera di una pronuncia delle **Sezioni Unite del 2013 (Cass. Penale, sez. un., 31/01/2013, n. 25401)**, confermata due anni più tardi da una pronuncia dei giudici della III Sezione Penale sui medesimo argomento (**Cass. Penale, sez. III, 09/01/2015, n. 532**).

Tale dibattito può nello specifico, venir suddiviso in diversi momenti distinti:

### **1) testo originario degli artt. 73 e 75 dpr 309/90 (1990-1993)**

Il testo originario dell'art. 73 del t.u. prevedeva un reato a condotta plurima che puniva la coltivazione, la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la raffinazione, la vendita, l'offerta, il trasporto e la detenzione di sostanze stupefacenti in assenza di autorizzazione.

Il seguente art. 75 del t.u. prevedeva invece che, qualora tre di queste condotte - l'importazione, l'acquisto e la detenzione - fossero state messe in atto dall'agente al solo scopo di fare un uso personale delle sostanze, le stesse avrebbero integrato gli estremi di un illecito penale o di un illecito amministrativo in base al superamento o meno del criterio quantitativo della dose media giornaliera. Nella vigenza di questa disposizione, il c.d. uso di gruppo si riteneva sempre configurabile come concorso nel reato, sia nel caso in cui per esso si intendessero l'acquisto congiunto da parte di più soggetti di una sostanza stupefacente per fame uso personale e la detenzione, indivisa o meno, di una quantità necessaria al fabbisogno di tutti, sia nel caso in cui fosse solo un soggetto ad acquistare, a seguito del mandato degli altri, sostanze stupefacenti destinate al consumo personale suo e dei mandanti, tra essi successivamente ripartite (Cass. Penale, sez. VI, 19/09/1992, n. 900; Cass. Penale, sez. VI, 22/04/1992, n. 7230; Cass. Penale, sez. IV, 04/22/1991, n. 9552).

### **2) testo modificato dal dpr 5 giugno 1993 n. 171 all'esito dell'esito referendario (1993-2006)**

Successivamente, ad opera dell'esito referendario del 1993, fu eliminata dall'art. 75 t. u. la limitazione quantitativa della dose media giornaliera, lasciando così che le tre condotte ivi

contemplate venissero sempre configurate come illeciti amministrativi quando avessero come finalizzazione il consumo personale, indipendentemente dalla quantità detenuta.

Alla luce di tale modifica si sono formati due distinti orientamenti:

Un primo orientamento sosteneva che l'art. 75, riferendosi specificamente all'uso personale, lasciasse trasparire il sotteso intento del legislatore di circoscrivere l'illecito amministrativo soltanto alla persona del "consumatore", e che l'uso di gruppo, implicando la sua pur parziale cessione della droga a terzi, non poteva considerarsi rientrante tra le ipotesi di uso personale (Cass. Penale, sez. VI, 25/05/1994 n. 2441). Il coinvolgimento degli altri soggetti del gruppo veniva inteso come conferente alla detenzione un carattere ultra-individuale, tale da dover fare apprezzare penalmente tale condotta (Cass. Penale, sez. I, 06/11/1995, n. 5548).

L'orientamento opposto affermava, al contrario, che l'acquisto congiunto o su mandato e la codetenzione di sostanze stupefacenti destinate all'uso personale di ciascuno dei detentori non fossero espressamente previsti dalla legge come reato (Cass. Penale, sez. VI, 04/11/1996, n. 1324). Tale codetenzione rappresentava, secondo questo orientamento, una situazione di fatto unitaria, caratterizzata da un rapporto intimo tra soggetti codetentori di quote ideali, e dalla quale quindi non sarebbe potuto derivare un concorso nel reato di detenzione a fine di spaccio.

Laddove infatti l'acquisto e il possesso di gruppo di sostanze stupefacenti fossero stati fin dall'inizio mossi dall'unico scopo di un utilizzo personale ad opera dei vari interessati, sarebbe stato irrilevante il successivo atto concreto di divisione, il quale non avrebbe costituito una vera e propria cessione, bensì una semplice operazione materiale mediante la quale ognuno poteva conseguire il possesso del quantitativo destinato sin dall'inizio al proprio uso personale (Cass. Penale, sez. VI, 05/11/1996 n. 6994). Al contrario, affinché la condotta di acquisto e possesso di sostanze stupefacenti da parte di più soggetti venisse configurata come concorso, si riteneva necessaria la dimostrazione concreta ed inequivocabile che la detenzione fosse finalizzata sin dall'inizio all'attività di spaccio all'interno del gruppo dei codetentori o nei confronti di terzi (Cass. Penale, sez. VI, 18/04/1997 n. 1620).

A risolvere il contrasto è stata la nota **sentenza Cass Sez. Unite 18.7.1997 Iacolare del 1997**, nella quale fu affermato il principio secondo il quale **"non sono punibili, e rientrano quindi nell'area dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 del t.u., l'acquisto e la detenzione di sostanze stupefacenti destinate all'uso personale che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse anche di soggetti diversi dall'agente, purché sia certa dall'inizio l'identità dei medesimi e sia manifesta la loro volontà di procurarsi le sostanze destinate a proprio consumo"**. Secondo la Cassazione, sarebbe irrilevante distinguere tra l'ipotesi di acquisto contestuale da parte di più soggetti, che insieme detengono e poi suddividono la sostanza, e l'ipotesi in cui un componente di un gruppo acquista anche per conto degli altri e poi suddivide la sostanza. Ciò che rileva, invece, è la dimostrazione dell'esistenza di un preventivo incarico all'acquisto dato dal gruppo ad uno dei partecipanti, in vista della futura materiale divisione e apprensione fisica della quota di ognuno. In questo caso l'acquirente per conto di altri sarebbe null'altro che la *longa manus* degli altri componenti il gruppo ed il successivo frazionamento non potrebbe essere considerato alla stregua di una cessione.

### **3) testo modificato dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Legge Fini Giovanardi). (2006-2014)**

Il dibattito, solo temporaneamente sopito, riprese nuovamente a seguito dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49 agli artt. 73 e 75. In particolare fu

introdotto il comma 1-bis all'art. 73, il quale, alla lett. a), puniva *"chiunque, senza autorizzazione importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: [...] sostanze stupefacenti che per quantità [...] ovvero per modalità di presentazione [...], ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale"*.

Secondo un primo orientamento il nuovo testo legislativo, mediante l'introduzione dell'avverbio **"esclusivamente"** avrebbe reso penalmente rilevante il consumo di gruppo, rendendo la previsione dell'uso personale ancora più restrittiva (Cass. Penale, sez. II, 06/05/2009 n. 23574). In quest'ottica, la novella avrebbe voluto contrastare tutte le forme di diffusione degli stupefacenti, ivi compreso l'acquisto finalizzato all'uso collettivo (Cass. Penale, sez. III, 20/04/2001 n. 35706). In sostanza si riteneva che l'introduzione dell'avverbio "esclusivamente" voleva significare la punibilità di qualunque condotta che potesse in qualche modo prevedere un pur parziale consumo da parte di terzi

Tale interpretazione restrittiva fu oggetto di critiche da parte di un orientamento opposto, il quale sosteneva la perdurante validità, anche a seguito delle modifiche apportate dalla Legge n. 49 del 2006, della precedente interpretazione consolidata dalla sentenza Iacolare del 1997 (Cass. Penale, sez. VI, 26/01/2011 n. 8366). Secondo questo orientamento, l'introduzione dell'avverbio "esclusivamente" all'interno dell'art. 73, c. 1-bis del t.u. non poteva avere portata innovativa nei confronti della fattispecie penale, dato che al fine di far ritenere superato il diritto vivente, sarebbe stata necessaria un'indicazione esplicita e non equivoca, dotata di un grado di determinatezza sufficiente ad indicare chiaramente il diverso preteso percorso interpretativo (Cass. Penale, sez. VI, 27/02/2012 n. 17396; Cass. Penale, sez. VI, 12/01/2012 n. 3513; Cass. Penale, sez. VI, 27/04/2011 n. 21375).

Il nuovo contrasto giurisprudenziale fin qui illustrato ha trovato una soluzione, più recentemente, ad opera delle Sezioni Unite in una sentenza del 2013, nella quale è stata chiaramente espressa la preferenza della giurisprudenza di legittimità per il secondo orientamento, così confermando in sostanza quanto era stato affermato nella sentenza Iacolare del 1997 ed eliminando ogni dubbio sull'interpretazione dell'avverbio "esclusivamente" contenuto nella modifica apportata dalla Legge n. 49 del 2006 all'art. 75, c. 1-bis. Nel caso di specie, alla Cassazione spettava dover dichiarare la punibilità o meno del consumo in comune di eroina da parte di due soggetti, a seguito e a causa del quale uno dei due soggetti era deceduto. Al soggetto sopravvissuto era stato contestato il reato di cui all'art. 73 t.u. e, utilizzando quest'ultimo come presupposto, il reato di cui all'art. 586 Cp **(Cass. Penale, sez. un., 31/01/2013, n. 25401)**.

Con la sentenza, il consumo di gruppo di sostanze stupefacenti, sia nell'ipotesi di acquisto congiunto, che in quella di mandato all'acquisto collettivo ad uno dei consumatori, non è penalmente rilevante, ma integra l'illecito amministrativo sanzionato dall'art. 75 t. u., a condizione che:

- a) l'acquirente sia uno degli assuntori;
- b) l'acquisto avvenga sin dall'inizio per conto degli altri componenti del gruppo;
- c) sia certa sin dall'inizio l'identità dei mandanti e la loro manifesta volontà di procurarsi la sostanza per mezzo di uno dei compartecipi, contribuendo anche finanziariamente all'acquisto.

#### **4) Sentenza della Corte costituzionale 32/2014 e di 36/2014 poi convertito nella legge 79/2014 (2014- 2018).**

Come più volte ricordato la declaratoria di incostituzionalità ha determinato la caducazione ex tunc dell'art. 73 comma 1 bis dpr 309/90 ulteriormente quindi legittimando l'orientamento espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2013. **Ad ulteriormente rafforzare l'indirizzo assunto dalla Cassazione è intervenuto il decreto legge 36/2014 poi convertito nella Legge 79/2014 che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 75 dpr 309/90 per cui la destinazione ad uso personale della sostanza stupefacente potrà essere desunto dal mancato superamento della quantità di sostanze stupefacente dei limiti massimi indicati mediante Decreto del**



**Ministero della Salute, dalle modalità di presentazione avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato e da altre circostanze dell'azione.**

Va detto che è pacifico come **la prova dell'uso di gruppo debba essere fornita dall'indagato/imputato** essendosi in presenza di una situazione di non punibilità riconducibile ad una causa di giustificazione. L'acquisto in comune dello stupefacente detenuto da uno solo dovrà essere dimostrata (contributi finanziari di altri, il preventivo mandato da parte di soggetti determinati).

La giurisprudenza degli ultimi anni sembra essere allineata all'orientamento inaugurato nel 2013 dalle Sezioni unite.

Pare utile citare due sentenze recenti che hanno fatto applicazione dei suddetti principi a specifici casi concreti.

**Cass Sez. 3, Sentenza n. 6871 del 08/07/2016 Ud. (dep. 14/02/2017 ) Rv. 269148**

**ha sancito che:**

**"In tema di stupefacenti, deve essere esclusa in radice, a favore del fornitore, l'ipotesi del "consumo di gruppo" quando questi assuma, insieme con il cessionario, parte della sostanza ceduta, in quanto tale ipotesi comporta la netta separazione tra la condotta di chi vende, sempre penalmente rilevante, e quella di chi acquista e detiene sin da subito per conto del gruppo, perché solo nei confronti di quest'ultimo è ipotizzabile la non punibilità della successiva condotta di consegna materiale, in favore degli altri componenti (acquirenti) del gruppo, della porzione di sostanza di propria pertinenza idealmente detenuta sin dal momento dell'acquisto.**

In tale caso non essendoci un mandato preventivo, il fatto che il cedente consumi lo stupefacente da lui fornito insieme all'acquirente non esclude che si sia in presenza di un fatto penalmente rilevante, indipendentemente dalla circostanza che la condivisione dello stupefacente avvenga in cambio di denaro o per amicizia.

Altro caso interessante è quello risolto da **Cass. 6 dicembre 2017, n. 54807** in un caso in cui un certo soggetto aveva acquistato dello stupefacente a nome di più appartenenti ad un gruppo specifico al fine di consumarlo, solo, con tali soggetti in maniera paritaria, ma, successivamente, all'insaputa del soggetto acquirente originario "delegato" all'acquisto collettivo, avevano finito per partecipare – al momento della consumazione – ulteriori individui non appartenenti al gruppo d'acquisto. Il dato nel caso di specie risultava pacifico in quanto erano state acquisite tutte le telefonate contenente il mandato all'acquisto, l'organizzazione del festino nel corso del quale doveva essere consumato lo stupefacente e le recriminazioni successive circa la presenza di più persone rispetto al previsto che avevano fatto sì che lo stupefacente procurato dal soggetto poi indagato era risultato insufficiente per tutti.

L'indagato era stato condannato in primo e secondo grado proprio in ragione del fatto che era stata ritenuta mancare una delle condizioni per potersi parlare di uso di gruppo.

Nella sentenza citata invece la Corte di Cassazione, ricostruito il fatto storico attraverso le emergenze processuali (dalla lettura delle conversazioni captate emerge che l'imputato era stato incaricato dell'acquisto di "crack" da parte di poche persone con le quali poi assumere insieme lo stupefacente la sera del fatto e che si era esplicitamente risentito con uno degli amici con i quali era stata organizzata la festa che aveva, a sua insaputa, coinvolto un numero di persone maggiore, facendo "tutta una festa", tanto che la droga era risultata poca.

Dunque l'imputato, certo all'origine dell'identità dei componenti del gruppo con i quali avrebbe dovuto consumare lo stupefacente in maniera paritaria (sei o sette tiri a testa) la sera del fatto, si era trovato in una situazione diversa, da lui non voluta, per avere altri esteso l'"invito" a più persone, e proprio per la sua mancata partecipazione morale al "festino", nel senso di una manifesta disapprovazione del consumo del "crack" con persone in numero superiore rispetto a quelle

preventivate, la cassazione escludeva la punibilità della condotta, annullando senza rinvio la sentenza della Corte di Appello perché il fatto non costituisce reato.

### 2.3 La coltivazione di sostanze stupefacenti

La coltivazione non autorizzata di piante da stupefacenti è punita, secondo l'ordinamento italiano, dall'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (Testo Unico sugli Stupefacenti), là dove prevede, tra le altre condotte di reato elencate, anche quella di chiunque coltiva senza autorizzazione piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti o psicotrope.

Per **coltivazione** si intendono **tutte le attività che vanno dal dissodamento del terreno, alla messa a dimora delle piante o dei semi, alle cure ed al governo** che devono essere continuamente appresentate alla pianta durante il ciclo vegetativo fra cui l'irrigazione e la concimazione.

Il **momento consumativo della coltivazione** si verifica quando il **seme abbia germogliato e cessa con la raccolta**, che rientra invece più propriamente nella fattispecie di produzione.

Sulla rilevanza penale della condotta di coltivazione, all'indomani dell'entrata in vigore della legge Fini Giovanardi si erano profilati due filoni interpretativi:

- Il primo riteneva che la coltivazione fosse sempre condotta punibile ai sensi dell'art. 73 dpr 309/90, posto che non vi era alcun richiamo alla coltivazione nell'art. 75 del medesimo D.P.R. n. 309/1990 (disciplinante un illecito solo amministrativo per le condotte di cui all'art. 73 cit.). Di conseguenza si riteneva che il legislatore avesse voluto affermare che le condotte di coltivazione e fabbricazione avevano sempre rilevanza penale a prescindere dalla destinazione anche ad uso solo personale della sostanza stupefacente ricavata.
- Il secondo invece riteneva che, anche dopo le modifiche normative intervenute con la legge cd. "Fini-Giovanardi" (d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con modifiche in legge 21 febbraio 2006, n. 49), individuava una nozione di "**coltivazione domestica**" per uso personale (distinta da quella penalmente rilevante della "**coltivazione in senso tecnico-agrario**"), ritenendo comunque la condotta di coltivazione non estranea all'ambito concettuale della "**detenzione**", quindi anch'essa sottoposta al canone di rilevanza penale della "destinazione ad uso non personale";

Il contrasto è stato risolto con dalla sentenza **Sez. U, n. 28605 del 24/4/2008, Di Salvia**, affermandosi che, ai fini della punibilità della condotta di coltivazione di piante stupefacenti, da un lato, è **irrelevante la destinazione o meno ad uso personale**, dall'altro, tuttavia, è indispensabile la verifica da parte del giudice **sulla offensività in concreto della condotta**, riferita all'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile.

Le Sezioni Unite vollero, dunque, affiancare un opportuno e più ampio ragionamento sulla stessa punibilità della coltivazione, sulla scia dell'interpretazione costituzionalmente orientata che negli anni il giudice delle leggi ha proposto con riferimento alla fattispecie di coltivazione di piante stupefacenti, più volte oggetto di dubbi di costituzionalità, sottoposti al suo vaglio.

Richiamando in particolare, tra le altre, le sentenze n. 360 del 1995, n. 296 del 1996 e n. 265 del 2005 della Corte costituzionale, le Sezioni Unite, partendo dal concetto che la condotta di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti integra un **tipico reato di pericolo presunto**, connotato dalla necessaria offensività della fattispecie criminosa astratta (sentenza n. 360 del 1995), hanno aderito all'opzione del giudice delle leggi secondo cui il principio di offensività – in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa ("nullum crimen sine iniuria") – opera su due piani.

Da un lato, tale principio si declina rispetto alla previsione normativa: il legislatore deve dar luogo a fattispecie che esprimano **in astratto** un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un

bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto); dall'altro, il principio di offensività deve sovrintendere l'applicazione giurisprudenziale (**offensività in concreto**), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato.

**Da tali premesse Sez. U, Di Salvia, in ossequio al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, ha stabilito, come detto, che spetta al giudice verificare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata, sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, risultando in concreto inoffensiva.** Inoltre, le Sezioni Unite mettono in luce un ulteriore atteggiamento interpretativo, di non poche conseguenze pratiche quanto alle ricadute sulla punibilità effettiva delle singole fattispecie: secondo la citata sentenza, infatti, la condotta è "inoffensiva", soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante è a tal fine il grado dell'offesa), sicché, con riferimento allo specifico caso della coltivazione di piante, **la "offensività" non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.**

La Corte Costituzionale, con la decisione del **9 marzo 2016, pubblicata nella motivazione il 23 maggio 2016 ha nuovamente dichiarato la legittimità della tecnica di costruzione normativa riferita al reato di coltivazione di stupefacenti.**

Gli argomenti utilizzati per dichiarare l'infondatezza ripropongono sostanzialmente quanto già può dirsi patrimonio interpretativo del giudice costituzionale.

La differente disciplina prevista per il consumo personale di colui che coltiva, fabbrica o produce sostanze stupefacenti – rispetto a colui il quale, invece, acquista, detiene, importa, esporta o riceve a qualsiasi titolo – è frutto, secondo la Corte costituzionale, della **complessiva "strategia" del legislatore, volta, da un lato, a distinguere la posizione del mero assuntore (ritenuta una forma di disadattamento sociale cui far fronte con misure prevalentemente terapeutiche) da quella del fabbricante, del produttore e del venditore,** che, invece, effettivamente mettono in pericolo i numerosi beni protetti alla base delle ragioni di incriminazione; dall'altro, ad evitare che tale strategia differenziata si traduca in un fattore agevolativo della diffusione della droga tra la popolazione, fenomeno che – in assonanza con le indicazioni provenienti dalla normativa sovranazionale – è ritenuto meritevole di contrasto a salvaguardia della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché a fini di tutela delle giovani generazioni» (sentenza n. 333 del 1991 e n. 360 del 1995).

Da qui, nascono, dunque, secondo la Corte costituzionale la ragionevole previsione legislativa di condizioni e limiti di operatività del regime differenziato.

Il legislatore ha negato rilievo alla finalità dell'uso personale sia alle condotte con essa logicamente incompatibili, perché implicanti la "circolazione" della droga («vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo») sia a quelle condotte apparentemente cd. "neutre" che hanno, tuttavia, la capacità di accrescere la quantità di stupefacente esistente e circolante, agevolandone così indirettamente la diffusione («coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina»).

Ed è questo, secondo la Corte costituzionale, il tratto saliente che, nella visione del legislatore, vale a diversificare la coltivazione – come pure la produzione, la fabbricazione, l'estrazione e la raffinazione della droga – dalla semplice detenzione (e dalle altre condotte "neutre" a carattere "non produttivo"), conferendo ad essa una maggiore pericolosità, che giustifica la sancita irrilevanza della finalità di consumo personale.

Infine, la **Corte costituzionale riafferma la validità del consolidato canone ermeneutico, fondato sul duplice piano di operatività del principio di offensività** - quello astratto e quello concreto - al fine di decidere della rilevanza penale di una determinata condotta, con il monito al giudice comune di "allineare" la figura criminosa della coltivazione di piante produttive di sostanze stupefacenti al canone dell'offensività in concreto, nel momento interpretativo ed applicativo; si rammenti, peraltro,

che tale monito risulta sostanzialmente analogo alle affermazioni della pronuncia n. 360 del 1995 C. cost. ed a quelle, pacifiche in tal senso, della giurisprudenza di legittimità.

In tema di reati riguardanti le sostanze stupefacenti, la condotta di coltivazione costituisce di per sé reato, a prescindere dalla finalità cui è preordinata, **ciò in quanto, nel caso della coltivazione, manca il nesso di immediatezza con l'uso personale**, rientrando nella discrezionalità del legislatore anche la scelta di non agevolare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti, per uso personale (**Cassazione penale, sezione IV, sentenza 21 settembre 2017, n. 43465**).

Una carrellata di recenti pronunce sul tema dimostrano come la giurisprudenza sia tuttora molto restrittiva nell'escludere la minima offensività del fatto utile ad escludere il reato di coltivazione di sostanza stupefacente:

“Ai fini della punibilità della coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, l'offensività della condotta consiste nella sua **idoneità a produrre la sostanza per il consumo, sicché non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza**, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, cosicché **l'offensività deve essere esclusa soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della capacità ad esercitare, anche in misura minima, effetto psicotropo**. (Sez. 3, Sentenza n. 23881 del 23/02/2016, Damioli, Rv. 267382).

Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, l'offensività della condotta non è esclusa dal **mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali**, neppure quando risulti l'assenza di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, se gli arbusti sono **prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti**, in quanto il "coltivare" è attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico. (In applicazione di tale principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione pronunciata in una fattispecie relativa a coltivazione di piante di marijuana in fase di iniziale fioritura e dunque prive di principio attivo). (**Sez. 6, Sentenza n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974**).

Ai fini della configurabilità della condotta di coltivazione di piante stupefacenti, **non è sufficiente l'accertamento della loro conformità al tipo botanico** previsto e della loro attitudine futura a giungere a maturazione e produrre sostanza stupefacente, dovendosi invece verificare l'offensività in concreto della condotta, intesa come prova della effettiva ed attuale capacità a produrre un effetto drogante rilevabile nell'immediatezza. (Fattispecie in cui la S.C. ha annullato con rinvio la pronuncia di merito, constatata la mancata verifica della quantità di principio attivo ricavabile da nove piantine di "cannabis indica" non giunte a maturazione). (Sez. 6, Sentenza n. 2618 del 21/10/2015, dep. 2016, Marongiu, Rv. 265640).

### 3

#### CONDOTTA CHE INTEGRA L'ILLECITO PENALE

Qualora nessuno degli argomenti sopra trattati consenta, nel caso concreto, di poter ipotizzare una linea difensiva utile a sottrarre la condotta dall'ambito del penalmente illecito, ci si dovrà allora confrontare con l'art. 73 dpr 309/90, ivi rinvenendo gli elementi utili a consentire il miglior trattamento sanzionatorio possibile per l'indagato/imputato.

#### 3.1. Art. 73 dpr 309/90 e particolare tenuità del fatto

Come è noto l'art. 1 d.lgr 16.3.2015 n. 28, mediante l'inserimento nel codice penale dell'art. 131 bis, ha previsto l'istituto della particolare tenuità da cui deriva la non punibilità per i reati per i quali è

prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, quando per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma c.p., **l'offesa è di particolare tenuità e la condotta non abituale.**

La collocazione nella parte generale del codice penale implica la volontà del legislatore di non limitarne la portata a determinate tipologie di reato, come anche bene evidenziato dal fatto che è espressamente prevista una limitazione in termini negativi (sia per tipologie che per pena edittale), cosicché può sostenersi che l'istituto è applicabile per ogni fattispecie di reato per la quale non vi sia un'espressa esclusione.

L'ultimo comma dell'art. 131 bis c.p. prevede l'applicabilità dell'istituto anche quando il legislatore abbia già previsto la particolare tenuità del fatto o del danno come circostanza attenuante.

Venendo al tema che ci riguarda l'applicazione dell'istituto è evidentemente limitato alle fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 dpr 309/90, in ogni altro caso rimanendosi al di sopra dei limiti di pena previsti. In giurisprudenza è stata ammessa quindi la possibilità di applicare l'istituto in caso di ipotesi di cessione di stupefacente compiute con modalità rudimentali e connotate da assoluta occasionalità e con un minimo superamento del valore soglia drogante della dose ceduta.

#### **Cass. Sez. III sentenza 24.7.2017 n. 36616**

Con sentenza dell'11 giugno 2015 la Corte di Appello di Torino ha confermato l'impugnata sentenza del 3 giugno 2014 del Tribunale di Torino, con la quale l'imputato era stato condannato alla pena di mesi due di reclusione ed Euro 600,00 di multa per il reato di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5, concesse le attenuanti generiche oltre alla riduzione del rito.

Avverso la predetta decisione l'imputato, tramite il proprio difensore, ha proposto ricorso per cassazione con un motivo di impugnazione, lamentando la mancata applicazione della previsione di cui all'art. 131-bis c.p., laddove la Corte territoriale aveva disatteso la richiesta in proposito formulata assumendo l'esistenza di plurime denunce per reati inerenti agli stupefacenti.

La corte di Cassazione ha accolto il ricorso, rilevando come la Corte di Appello avesse disatteso la richiesta di applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto assumendo che a carico del richiedente vi erano plurime denunce, sotto diverse generalità ed in forza dei precedenti dattiloscopici, per reati inerenti agli stupefacenti, e ciò dal mese di settembre 2006 al mese di luglio 2007.

Ciò posto, la Cassazione evidenziava come sotto il profilo del "comportamento non abituale" la norma postula che questo si determini per il fatto che **l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.**

All'evidenza non si rientra quindi, in primo luogo, nelle ipotesi di esclusione obbligatoria della valutazione di particolare tenuità.

La decisione non deve però trarre in inganno, perché se si va poi a leggere la motivazione si può agevolmente verificare come la Cassazione abbia richiamato un proprio precedente sullo stesso tema.

#### **(Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266591).**

In tale sentenza è stata ravvisata l'abitualità, ostativa all'applicazione dell'istituto, quando l'autore, prima, ma anche successivamente, al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame (il giudice può fare riferimento non solo alle condanne irrevocabili ed agli illeciti sottoposti alla sua cognizione - nel caso in cui il procedimento riguardi distinti reati della stessa indole, anche se tenui - ma anche ai reati in precedenza ritenuti non punibili ex art. 131-bis c.p.).

In particolare, è stato così annotato che:

a) **"la norma intende escludere dall'ambito della particolare tenuità del fatto comportamenti "seriali"...**

b) il riferimento alla commissione di "più reati della stessa indole" consente di dire che non si parla di più condanne, ma di reati.

c) l'abitudine si concretizza in presenza di una pluralità di illeciti della stessa indole (dunque almeno due) diversi da quello oggetto del procedimento nel quale si pone la questione dell'applicabilità dell'art. 131-bis. In breve, il terzo illecito della medesima indole dà legalmente luogo alla serialità che osta all'applicazione dell'istituto...

d) La pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza; come ad esempio nel caso in cui il procedimento riguardi distinti reati della stessa indole, anche se tenui" (così complessivamente, in motivazione, Sez. U n. 13681 cit.).

Proprio richiamando tale proprio precedente, la Corte di Cassazione nel decidere il caso che ci occupa ha affermato che la Corte di Appello di Torino si era limitata alla verifica circa l'esistenza di mere "denunce" ormai risalenti, in ordine al cui destino nulla è stato aggiunto o chiarito. Neppure è stato allegato se sia stato dato corso ad un procedimento penale, ed ancor meno se vi sia stato un accertamento giudiziale in proposito (tanto più che, dato il tempo ormai trascorso, le vicende avrebbero dovuto trovare la loro definizione). Certamente non può ravvisarsi, allo stato, la sicura esistenza di clausole ostative, tenuto conto dell'opzione esegetica adottata dalla Corte territoriale. Per tale ragione l'annullamento è stato disposto con rinvio.

### **3.2. Il fatto di lieve entità – Art. 73 comma 5 dpr 309/90**

La Corte di cassazione, immediatamente dopo la novella derivata dalla modifica del comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 ad opera del d.l. n. 146 del 2013 (convertito poi con modifiche nella legge n. 10 del 2014), si è determinata nel senso di riconoscere alla nuova fattispecie **natura di figura autonoma di reato e non più di circostanza attenuante**. (Sez. 6, n. 14288 del 8 gennaio 2014, Cassanelli, Rv. 259057) Sez. 3, n. 11110 del 25/2/2014, Kiogwu, Rv. 258354; Sez. 6, n. 5143 del 16/1/2014, Skiri, Rv. 258773; Sez. 6, n. 9892 del 28/1/2014, Bassetti, Rv. 259352; tra le più recenti: Sez. 4, n. 36078 del 6/7/2017, Dubini, Rv. 270806; Sez. 4, n. 30238 del 10/5/2017, Tontini, Rv. 270190; Sez. 6, n. 45694 del 28/9/2016, Zuccaro, Rv. 268293.

### **3. I caratteri della condotta e la giurisprudenza di legittimità.**

La natura di reato autonomo della fattispecie di lieve entità in materia di stupefacenti non ha mutato i caratteri ermeneutici di riferimento per la sua individuazione.

Nessuna modifica di disciplina, infatti, è intervenuta in ordine agli elementi della condotta che sin dalla prima sua formulazione ne hanno identificato il "dna" costitutivo.

Tale affermazione risulta, peraltro, oggetto di pronunce chiare della Suprema Corte, rese all'indomani delle modifiche normative di cui al d.l. n. 146 del 2013.

La sentenza **Sez. 6, 28/1/2014, n. 9892, Bassetti, Rv. 259352** ha assai opportunamente chiarito, già nelle primissime applicazioni della disciplina innovata, come l'avvenuta trasformazione della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, da circostanza attenuante ad ipotesi autonoma di reato non ha comportato alcun mutamento nei caratteri costitutivi del fatto di lieve entità, che continua ad essere configurabile nelle ipotesi di "**minima offensività penale**" della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio.

Conformemente a tale pronuncia si sono espresse anche **Sez. 4, n. 15020 del 29/1/2014, Bushi, Rv. 259353; Sez. 3, 30/5/2014, n. 27480 e Sez. 4, 25/2/2014, n. 29260; Sez. 3, n. 27064 del 19/03/2014,**

**Fontana, Rv. 259664**, in un caso in cui è stato ritenuto illegittimo il riconoscimento del fatto di lieve entità per avere il giudice attribuito rilievo decisivo soltanto alla condizione di tossicodipendente dell'imputato, senza considerare i precedenti penali specifici e il quantitativo non modesto di sostanza stupefacente detenuta).

Nel merito, le sentenze citate confermano i presupposti di configurabilità rilevati da risalente orientamento di legittimità che riposa oramai da tempo sulle autorevoli affermazioni delle **Sezioni Unite, n. 35737 del 24/6/2010, Rico, Rv. 247911**, che ha enunciato il principio secondo cui la fattispecie di lieve entità (all'epoca circostanza attenuante speciale), di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990, può essere riconosciuta **solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta**, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione) e declinano il criterio che potremmo definire dell'**indice negativo assorbente**, in base al quale, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio. In base a tale impostazione, i caratteri che rendono una condotta "di lieve entità" ai sensi del comma quinto devono essere **tutti rilevati e devono tutti convergere** a delineare una "minima offensività penale" e vanno analizzati tendenzialmente in modo complessivo, contestuale e coerente.

Tuttavia, più recentemente in alcune pronunce sembra che la Cassazione stia cercando di superare il criterio dell'**indice negativo assorbente**, al contrario cercando di valorizzare il giudizio complessivo degli elementi indicatori del fatto di lieve entità, superando il carattere ostativo riconosciuto alla eventuale cifra negativa di uno solo di essi, ma il percorso appare ancora in una fase di non compiuta chiarezza e l'impostazione tradizionale è essa stessa egualmente seguita.

E' per questo, probabilmente, che la Cassazione, nella consapevolezza delle difficoltà e diversità interpretative in concreto, ha voluto sottolineare in alcune pronunce il profilo contenutistico del giudizio sulla "lieve entità", che si traduce in un forte richiamo all'**obbligo di idonea motivazione**. Recentemente **Sez. 6, n. 45694 del 28/9/2016, Zuccaro, Rv. 26829** ha affermato che, qualora il dato ponderale sia, in sé, compatibile tanto con le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 quanto con quella autonoma, "lieve", di cui al comma quinto del medesimo articolo, il giudice deve in motivazione specificare quali altri elementi consentano di qualificare il fatto nell'una o nell'altra ipotesi di reato.

Il richiamo ad una motivazione che dia conto della valutazione complessiva degli indicatori di lieve entità e della loro valenza si comprende ancor meglio andando a verificare la declinazione in concreto dei predetti **indici negativi assorbenti** e della loro operatività da parte della Corte di cassazione.

Gli orientamenti che si possono tracciare non sempre sono tra loro coerenti.

Tentando una loro analisi, si evidenzieranno di seguito alcune questioni più frequenti e problematiche.

### **3.1. (Segue): Il dato quantitativo.**

In relazione al grado di valorizzazione del dato quantitativo all'interno del giudizio complessivo sulla lieve entità del fatto, costituisce tesi più volte affermata quella che ritiene non configurabile la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, pur in assenza di altri indici ostativi, se il quantitativo di sostanza supera un ragionevole limite, tale da configurare **pericolo di accumulo**.

Ci si è interrogati, pertanto, sulla necessità di delineare caratteri omogenei di valutazione del fatto dal punto di vista quantitativo (un progetto molto articolato è quello messo in campo dalla Corte d'appello di Venezia dal 2011 in poi per gli uffici del distretto attraverso l'analisi delle sentenze emesse dal Tribunale, arrivando ad individuare per le droghe pesanti grammi 5 di principio attivo come soglia al di sotto della quale vi è sempre V comma, 10 grammi di principio attivo al di sopra del quale è invece sempre applicato il primo comma, mentre per quantitativi compresi tra i 5 ed i 10 grammi di principio attivo è richiesta una valutazione più complessiva di tutti gli elementi del caso concreto).

Non certo semplice appare la possibilità di definire un valore-soglia per la fattispecie di lieve entità



(come invece la Cassazione ha fatto per l'aggravante dell'ingente quantità con la sentenza Sez. U, n. 36258 del 2475/2012, Biondi, Rv. 253150), poiché un tale meccanismo, nel caso dell'ipotesi del comma quinto dell'art. 73 t.u.s., dipende non solo dalla quantità ma da una pluralità coordinata di fattori, ciascuno dei quali può conferire maggior rilievo all'altro.

### **3.2. (Segue): Precedenti penali, reiterazione e non occasionalità delle cessioni, “piccolo spaccio”.**

Mentre il dato quantitativo viene analizzato di volta in volta per verificare se siano raggiunti determinati limiti oltre i quali non può configurarsi la “minima offensività”, si ritiene abbastanza diffusamente che la fattispecie di lieve entità non possa essere legittimamente esclusa in ragione dei (soli, *ndr*) precedenti penali specifici dell'imputato (così Sez. 6, n. 21612 del 29/9/2014, Villari, Rv. 259233).

Quanto alla **reiterazione delle condotte di reato nel tempo ed alla pluralità e non occasionalità di esse**, una tesi, maggioritaria nelle pronunce di legittimità più recenti, ritiene che il fatto di lieve entità non possa essere escluso per la reiterazione nel tempo di una pluralità di condotte di cessione della droga, giacché in tal modo si prescinde dalla necessaria valutazione di tutti i parametri dettati in proposito dall'art. 73, comma quinto, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (**così recentemente Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, Rv. 270562** con cui si è annullata la sentenza che aveva escluso l'ipotesi di cui all'art.73, comma quinto, valorizzando esclusivamente la reiterazione nel tempo delle cessioni ed omettendo di compiere una valutazione globale ed unitaria dei diversi indicatori della lieve entità del fatto. La Corte di cassazione, in tale pronuncia, ha anche affermato l'insussistenza di qualsiasi preclusione derivante dalle modalità organizzate della condotta, elemento idoneo ad escludere l'ipotesi del fatto lieve soltanto qualora siano dimostrativi di una significativa potenzialità offensiva).

Sempre in tema di reiterazione, organizzazione e non occasionalità delle condotte di cessione, un'ipotesi peculiare riguarda il fenomeno noto nella prassi giudiziaria come “piccolo spaccio”, e cioè un'attività di spaccio continuativa e reiterata, pur se di minor portata ed anche se organizzata.

In relazione a tale specifica condotta, un orientamento che sta acquistando sempre maggior credito nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato la possibilità di configurare la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 anche nel caso di “piccolo spaccio”, non essendo il fatto di lieve entità di per sé incompatibile con lo svolgimento di attività di spaccio di stupefacenti non occasionale, ma inserita in un'attività criminale organizzata o professionale.

In tal senso si sono espresse **Sez. 6, n. 28251 del 9/2/2017, Mascali, Rv. 270397**; Sez. 6, n. 48697 del 26/10/2016, Tropeano, Rv. 268171; Sez. F, n. 39844 del 13/8/2015, Bannour, Rv. 264678; Sez. 6, n. 39374 del 3/7/2017, El Batouchi, Rv. 270849.

L'orientamento ricollega l'affermazione al dato normativo costituito dall'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 che, con il riferimento ad un'associazione costituita per commettere fatti descritti dal quinto comma dell'art. 73, comma 5, cit., rende evidente che è ammissibile configurare come lievi anche gli episodi che costituiscono attuazione del programma criminoso associativo.

La sentenza rappresenta, altresì, la sostanziale difformità dell'orientamento in questione con la tesi, autorevole ma risalente, di Sez. U, n. 9148 del 31/5/1991, Parisi, Rv. 187931, secondo cui, invece, l'ipotesi lieve sarebbe incompatibile con l'attività di spaccio esercitata in modo continuativo, con professionalità o con organizzazione di mezzi anche rudimentali.

Secondo la sentenza Mascali, l'orientamento più moderno cui si aderisce è riuscito ad individuare una *nozione realistica* di “piccolo spaccio”, riferendo il comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. 309/1990 (anche) a quelle attività di carattere abituale o professionale realizzate da figure secondarie nella catena della commercializzazione della droga - spesso tossicodipendenti o consumatori abituali - e facendo riferimento anche alla redditività dell'attività di spaccio, così riconoscendo che la vendita al dettaglio di piccole quantità può giustificare sia la reiterazione delle condotte vietate, sia l'esigenza di un minimo di organizzazione, senza che ciò faccia venir meno l'ipotesi lieve.

Possono ritenersi espressione di tale indirizzo anche Sez. 6, n. 41090 del 18/7/2013, Airano, Rv. 256609 e Sez. 6, n. 15642 del 27/1/2015, Rv. 263068, Driouech, secondo cui il “piccolo spaccio”

configura un'ipotesi di lieve entità quando descrive una condotta sì reiterata di spaccio, ma una complessiva minore portata dell'attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro, nonché guadagni limitati e la detenzione di una provvista per la vendita che, comunque, non sia superiore - tenendo conto del valore e della tipologia della sostanza stupefacente - a dosi conteggiate a "decine"

In altre pronunce si legge un atteggiamento interpretativo meno disponibile, in concreto, a ravvisare l'ipotesi lieve in presenza di un'attività reiterata nel tempo di spaccio, pur ammettendosene la possibile configurabilità in astratto.

In una sentenza si è esclusa la configurabilità del fatto di lieve entità in un caso di cessioni ripetute di singole quantità modiche, o non accertate, di droga, ciascuna delle quali costituisca manifestazione effettiva di una più ampia e comprovata capacità dell'autore di diffondere in modo non episodico, né occasionale, sostanza stupefacente, in una fattispecie in cui si è ritenuta adeguatamente motivata l'esclusione, da parte del giudice di merito, dell'ipotesi lieve, in ragione della capacità degli imputati di diffondere in modo non episodico né occasionale sostanza stupefacente in un determinato contesto territoriale, desunta dall'intensità del traffico, dalla pluralità di sostanze vendute, dalla sussistenza di una rudimentale organizzazione dell'attività criminale, da una numerosa e fedele clientela acquisita, e da incassi ingenti (così Sez. 4, n. 40720 del 26/4/2017, Nafia, Rv. 270767).

### **3.3. (Segue): La diversa tipologia di sostanze.**

Altro elemento che è stato ritenuto rilevante ai fini di escludere la fattispecie di lieve entità è quello della **diversa tipologia di sostanze** oggetto della condotta.

Sul punto, peraltro, la giurisprudenza di legittimità è divisa.

Secondo una tesi **il fatto di lieve entità non è in ogni caso configurabile nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia**, a prescindere dal dato quantitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell'agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dalla norma incriminatrice (in tal senso, Sez. 3, n. 47671 del 9/10/2014, Cichetti, Rv. 261161, in una fattispecie relativa alla detenzione di 91 grammi di "hashish" e di 181 pasticche di "ecstasy"; conf. Sez. 4, n. 6624 del 15/12/2016, Bevilacqua, Rv. 269130; Sez. 3, n. 26205 del 05/06/2015, P.M. in proc. Khalfi, Rv. 264065).

Anche Sez. 3, n. 32695 del 2015, Genco, cit. può iscriversi in tale orientamento, avendo individuato l'indice negativo assorbente, ostativo alla configurazione della fattispecie di lieve entità, nella diversità qualitativa delle sostanze detenute per la vendita, indicativa dell'attitudine della condotta a rivolgersi ad un cospicuo e variegato numero di consumatori.

Altra tesi, invece, ritiene che **il dato della diversa tipologia di sostanze detenute per la cessione non sia necessariamente preclusivo rispetto alla configurabilità della fattispecie di lieve entità**, qualora le peculiarità del caso concreto siano indicative di una complessiva minore portata dell'attività svolta dallo spacciatore.

Sono espressione di tale orientamento Sez. 6, n. 46495 del 19/09/2017, Rachadi, Rv. 271338; Sez. 4, n. 49153 del 13/07/2017, Amorello, Rv. 271142 (in una fattispecie in cui la Corte sussistere l'ipotesi di lieve entità nella condotta di cessione al minuto di modesti quantitativi di stupefacente, pur se di diversa qualità, in un arco temporale circoscritto, di circa tre mesi); Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, Rv. 270562, cit.; Sez. 4, n. 22655 del 04/04/2017, Ben Ali, Rv. 270013; Sez. 4, n. 22654 del 04/04/2017, Rhimi, Rv. 269946; Sez. 6, n. 14882 del 25/01/2017, Fonzo, Rv. 269457; Sez. 4, n. 48850 del 03/11/2016, Barba, Rv. 268218; prima della novella del 2013/2014, in tal senso cfr. anche Sez. 6, n. 6574 del 10/1/2013, Mallo, Rv. 242247 che ha ritenuto il vizio di motivazione nel caso in cui si escluda il fatto lieve soltanto evidenziandosi la diversità delle sostanze stupefacenti detenute.

Anche Sez. 6, n. 48697 del 26/10/2016, Tropeano, Rv. 268171, cit. ha ritenuto il dato qualitativo non ostativo di per sé (anche se riferito ad una sola, particolare, tipologia di sostanza stupefacente) alla configurabilità dell'ipotesi lieve di cui al comma quinto dell'art. 73 t.u.s.

Qualora non sia possibile neppure ipotizzare la applicabilità della fattispecie autonoma dell'art. 73 comma 5 dpr 309/90 allora, alla specifica condotta risulteranno applicabili le sanzioni previste dai commi 1 e 3 dell'art. 73 dpr 309/90 a seconda della natura della sostanza stupefacente.

### **PARTE TERZA CENNI AD ULTERIORI QUESTIONI**

#### **4.1 L'ingente quantità – art. 80**

Avendo individuato i criteri che dovrebbero indirizzare nella valutazione se un fatto rientri nella fattispecie base dell'art. 73 dpr 309/90 ovvero nella fattispecie della lieve entità, occorre ora invece verificare i confini tra la fattispecie base e quella autonomamente prevista dall'art. 80 comma 2 cioè la fattispecie che punisce condotte aventi ad oggetto "ingenti quantità di stupefacenti".

In particolare recentemente la Giurisprudenza si è dovuta occupare del problema se siano tuttora validi i principi giurisprudenziali in materia di ingente quantità di stupefacente (ex art. 80, comma 2, d.P.R. 309/1990) in conseguenza delle mutate previsioni sanzionatorie in subjecta materia e, più in generale, del modificato quadro normativo di riferimento ai fini della determinazione della destinazione illecita dello stupefacente.

Il tema è stato affrontato recentemente (cfr. in particolare Sez. 4, Sentenza n. 49619 del 12/10/2016, Palumbo).

Si è osservato in allora che la più volte evocata giurisprudenza a Sezioni Unite del 2012 (sentenza Sez. U, n. 36258 del 24/05/2012, Biondi) «interveneva nell'ambito di un quadro normativo affatto diverso dall'attuale, ossia in epoca antecedente alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge Fini-Giovanardi». In specie si è rilevato che «il decreto del Ministro della Salute in data 11 aprile 2006, richiamato dall'art. 73 del D.P.R. 309/1990 nella versione antecedente la detta pronuncia d'incostituzionalità, aveva fornito indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale, delle sostanze elencate nella tabella I del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, ai sensi dell'articolo 73, comma 1-bis del detto Testo Unico».

Le Sezioni Unite della Corte, con la citata sentenza n. 36258 del 24/05/2012 (Rv. 253150), hanno stabilito il principio secondo il quale l'aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata.

E' in seguito intervenuto il ben noto mutamento del quadro normativo di riferimento (conseguente in particolare alla citata sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato illegittimi gli artt. 4-bis e 4-vicies ter della L. n. 49 del 2006; e al D.L. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni nella L. 16 maggio 2014, n. 79, entrata in vigore in data 21 maggio 2014); e ciò ha posto all'attenzione della giurisprudenza di legittimità il problema della permanenza o meno della validità del criterio stabilito dalle Sezioni Unite ai fini dell'aggravante de qua.

1.2. Sul punto, si sono registrati due diversi indirizzi.

Un primo orientamento (espresso ex multis dalle sentenze Sez. 3, n. 1609 del 27/05/2015, dep. 18/01/2016, Gavagna, Rv. 265810, e Sez. 3, n. 12532 del 29/01/2015, Castelletti e altro, Rv. 263001) ritiene che l'impostazione accolta dalle Sezioni Unite dovrebbe ritenersi superata, in quanto essa si

rapporta al sistema tabellare che il D.L. n. 272 del 2005, art. 4-vicies ter, convertito con modificazioni nella L. n. 49 del 2006 (c.d. legge Fini- Giovanardi), aveva introdotto nel testo unico degli stupefacenti, sostituendo alle originarie quattro tabelle che distinguevano le droghe leggere (tabelle 2 e 4) dalle droghe pesanti (tabelle 1 e 3) un'unica tabella relativa a tutte le sostanze stupefacenti e psicotrope droganti. A seguito della già citata sentenza 32/2014 della Corte Costituzionale, il legislatore ha modificato il sistema tabellare che ne era conseguito, introducendo con il D.L. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni nella L. 16 maggio 2014, n. 79, quattro nuove tabelle in ordine a tali sostanze. Perciò la determinazione dei presupposti per l'applicazione della aggravante della ingente quantità non può prescindere da questa diversa impostazione normativa: invero, il nuovo quadro legislativo formatosi, che smentisce la ratio della normativa vigente all'epoca dello sviluppo giurisprudenziale di cui sopra, appare difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque "automatica" dell'aggravante dell'ingente quantità.

Viceversa, secondo un secondo e diverso indirizzo espresso in altre decisioni, cui in questa sede si aderisce, la Corte si è espressa in senso affermativo (vds. fra le altre Sez. 6, n. 543 del 17/11/2015, dep. 2016, Pajo, Rv. 265756; Sez. 6, n. 44596 del 08/10/2015, Maggiore, Rv. 265523; Sez. 6, n. 6331 del 04/02/2015, Berardi, Rv. 262345; e la già citata Sez. 4, n. 49619 del 12/10/2016, Palumbo e altro, Rv. 268624), sul rilievo che i criteri elaborati dalle Sezioni unite, con la ridetta decisione n. 36258/2012, per l'applicazione della aggravante della ingente quantità mantengono una loro validità, nella misura in cui possono essere utilizzati come meri criteri orientativi, individuati a seguito di una indagine condotta su un numero cospicuo di sentenze di merito.

### PARTE TERZA CENNI AD ULTERIORI QUESTIONI

**È APPLICABILE L'AGGRAVANTE EX ART. 80, COMMA 1, LETT. G), D.P.R. 309/1990 AL TRAFFICO DI SOSTANZE STUPEFACENTI NEI PRESSI DELL'UNIVERSITÀ?**

**CASS., SEZ. VI, SENT. 14 FEBBRAIO 2017 (DEP. 1 GIUGNO 2017), N. 27458, PRES. ROTUNDO, REL. FIDELBO, RIC. P.M. IN PROC. MAARAFI**

Con la sentenza in commento, la sesta sezione penale della Corte di Cassazione esclude la configurabilità dell'**aggravante ad effetto speciale ex art. 80, comma 1, lett. g), d.P.R. 309/1990[1]** al **traffico di sostanze stupefacenti avvenuto nei pressi dell'Università**.

Tuttavia per non incorrere in errori bisogna andare a leggere la sentenza, perché la sola massima potrebbe risultare forviante.

Nella vicenda sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità, l'imputato veniva tratto in arresto dalla polizia giudiziaria perché colto nell'atto di **vendita di un modesto quantitativo di cocaina** dal peso lordo di 1.73 grammi verso un corrispettivo di denaro non identificato, *nei pressi dell'area universitaria*. Il reato, correttamente ipotizzato nell'ipotesi lieve di cui all'articolo 73, **comma 5**, d.P.R. 309/1990, in ragione della modesta entità della sostanza stupefacente rinvenuta e delle modalità dell'avvenuta cessione[2], veniva, secondo il primo giudice, **erroneamente contestato con l'aggravante** di cui sopra in quanto **non riconducibile l'università né alla categoria di "scuole di ogni ordine e grado" né a quella "delle comunità giovanili"**.

Il gip aveva evocato il principio di tassatività per dire che non era consentita una analogia in malam partem, anche perché la *ratio* dell'aggravante in questione consiste nel **rafforzare** la tutela penale nei confronti di quelle condotte illecite poste in essere proprio in presenza di **collettività ritenute particolarmente vulnerabili** perché maggiormente esposte alle insidie dello spaccio di droga a causa della giovane età ovvero dei luoghi frequentati, in cui è più facile la diffusione degli

stupefacenti (scuole, comunità giovanili, caserme, ospedali e strutture per la cura dei tossicodipendenti). Situazione che invece non appare riferibile alle università

5. In verità, osserva la Suprema Corte, contrariamente a quanto in precedenza affermato dal primo giudice, l'estrema genericità dell'espressione "comunità giovanili" *potrebbe giustificare il riferimento anche all'università, così come sostenuto dal pubblico ministero ricorrente, senza per questo ricorrere al ragionamento analogico.* Ciononostante, nel caso in questione, ciò che impedisce l'applicazione all'imputato dell'aggravante in commento è costituito, essenzialmente, dalla **nozione di "prossimità"** contenuta nel testo dell'art. 80. Si sostiene, conseguentemente, che l'espressione designi quelle **aree esterne rispetto alle strutture tipizzate, che devono essere ubicate nelle immediate vicinanze e, proprio per questo, abitualmente frequentate dagli utenti istituzionali, siano essi studenti, militari o pazienti: in altri termini, tra i luoghi indicati e le aree di prossimità deve sussistere un rapporto di relazione immediata, altrimenti non si giustificerebbe nemmeno la previsione dell'aggravante, riferita, appunto, alla oggettiva localizzazione della cessione o dell'offerta dello stupefacente alle persone che frequentano tali luoghi.** Sotto questo profilo, a giudizio dei giudici di legittimità, i fatti contestati all'imputato dalla pubblica accusa non sarebbero sufficienti ad integrare tali caratteri, atteso che l'imputazione si riferisce genericamente alla cessione di cocaina "*commessa in via [...], angolo [...], in prossimità dell'area universitaria*", mentre il verbale di arresto riferisce semplicemente che il fatto è avvenuto *nei pressi dell'ingresso dei [...].* Tali considerazioni portano a ritenere evidente che il concetto di prossimità sia stato inteso in senso molto ampio, facendosi generale riferimento alla zona universitaria che nel centro di Bologna occupa interi quartieri, laddove invece si è sostenuto che *la nozione di prossimità va intesa, rigorosamente, come contiguità fisica e posizionamento topografico dell'agente dedito allo spaccio (o all'offerta) in un luogo che consente l'immediato accesso alle droghe per le persone che lo frequentano.* Concludendo sul punto, la Suprema Corte ritiene che il riferimento del tutto vago alla "zona universitaria", accompagnata dalla puntualizzazione che i fatti si sono svolti all'ingresso di giardini pubblici, non consente di ritenere concretamente che la cessione dello stupefacente da parte dell'imputato sia avvenuta "in prossimità" di una "comunità giovanile", anche a voler intendere come tale un'area universitaria.

Dunque olendo formulare qualche breve considerazione sulla pronuncia in esame, appare necessario sottolineare come la **Suprema Corte, contraddicendo quanto affermato dal G.I.P. di Bologna, ammetta la possibilità di ricomprendere l'istruzione universitaria nell'ampio concetto di comunità giovanile tipizzato all'art. 80, comma 1, lett. g), d.P.R. 309/1990.**

A parere di chi scrive, questo **mutamento di prospettiva** rispetto al precedente grado di giudizio si mostra decisamente **condivisibile.** In primo luogo, l'esclusione delle zone universitarie dalle aree tipizzate nell'articolo in questione, sulla base di un'argomentazione per lo più letterale, appare eccessivamente restrittiva, alla luce in particolare della *ratio* dell'aggravante in commento, che mira a rafforzare la tutela penale nei confronti di quelle condotte illecite poste in essere proprio in presenza di collettività ritenute particolarmente *vulnerabili* perché maggiormente esposte alle insidie dello spaccio anche in ragione della giovane età.

In secondo luogo, la stessa si presenta convincente anche alla luce delle intenzioni del legislatore, il quale ha inteso delineare, con il termine comunità giovanile, semplicemente un *contesto collettivo omogeneo in cui i componenti siano presenti in forma non occasionale in determinati luoghi* (nozione che sembra dunque ricomprendere anche l'ambiente universitario). La lettura portata avanti dal primo giudice, infatti, poneva anche in questo caso alla base del proprio ragionamento una sterile interpretazione letterale del testo della norma che, appunto, non richiama direttamente l'istruzione universitaria: convalidare una siffatta impostazione comporterebbe un sensibile restringimento della portata della fattispecie nonché l'esclusione anche di altri contesti giovanili di vario tipo, frequentati da ragazzi potenzialmente inclini a cadere nell'uso di sostanze stupefacenti che, altresì, non siano *letteralmente* ricompresi nel testo dell'art. 80.

**Tuttavia, i giudici di legittimità rigettano il ricorso promosso dal Pubblico Ministero** escludendo l'applicabilità dell'aggravante al fatto in questione in quanto **non ritenuto integrato il concetto di "prossimità"** ai luoghi indicati dalla norma.

Nell'ordinanza si legge chiaramente che *l'imputazione si riferisce genericamente alla cessione di cocaina commessa in via [...], angolo [...], in prossimità dell'area universitaria*. Secondo la Suprema Corte, da tale provvedimento appare che il concetto di "prossimità" sia stato inteso in senso notevolmente ampio, facendo riferimento in via generale ed aspecifica alla zona universitaria, che nel centro di Bologna occupa interi quartieri, laddove, si sottolinea, la nozione di prossimità sia da intendere come *contiguità fisica e posizionamento topografico dell'agente dedito allo spaccio (o all'offerta) in un luogo che consente l'immediato accesso alle droghe alle persone che lo frequentano*. Nell'analizzare il **concetto di prossimità** ai luoghi tipizzati dalla norma, la Corte sembra dunque promuovere una **lettura molto rigorosa del termine**, escludendo ragionevolmente che lo stesso possa essere integrato da colui che casualmente venga colto, nei pressi dell'area universitaria, nell'attività di offerta di sostanze stupefacenti ai passanti, richiedendo invece il posizionamento *strategico* dell'autore in quei luoghi.

IVREA 20/4/18

  
IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA  
Dr. Antonio SMERIGLIO, Scel.