



Procura distrettuale della Repubblica di Bologna

Ufficio del Procuratore della Repubblica - Giuseppe AMATO

Al Signor Questore	BOLOGNA
Al Signor Comandante Provinciale dei Carabinieri	BOLOGNA
Al Signor Comandante Provinciale della Guardia di Finanza	BOLOGNA
Al Signor Comandante Provinciale del Corpo Forestale di	BOLOGNA
Al Signor Comandante delle Polizia locale di (con richiesta di inoltro ai comandi della Provincia)	BOLOGNA
Ai Signori Aggiunti e Sostituti Procuratore della Repubblica	SEDE
Ai Signori Responsabili le Sezioni di polizia giudiziaria	
 <u>e, per conoscenza:</u>	
Al Signor Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello	
Al Signor Presidente del Tribunale	BOLOGNA
Al Signor Presidente della Sezione Gip/Gup del Tribunale	

Oggetto: La disciplina delle sostanze stupefacenti. Problematiche operative e linee di indirizzo.

Anche a fronte di talune prese di posizioni critiche circa la “gestione” da parte delle forze di polizia e della magistratura degli illeciti in materia di sostanze stupefacenti, ritengo di dover sviluppare qualche considerazione utile per una corretta applicazione della disciplina sanzionatoria penale delle sostanze stupefacenti, sì da poter confortare l’agire di tutti, come sempre ispirato dal più pieno rispetto della normativa che si è chiamati ad applicare.



La disciplina sanzionatoria penale.- La disciplina sanzionatoria penale delle sostanze stupefacenti, contenuta nel dpr 9 ottobre 1990 n. 309, va ricostruita avendo riguardo:

- da un lato, agli esiti della **sentenza della Corte costituzionale 25 febbraio 2014 n. 32** [che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'articolo 77, comma 2, della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti-legge – degli articoli 4-bis e 4-vicies ter del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, come convertito con modificazioni dall'articolo 1 della legge 21 febbraio 2006 n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del dpr 9 ottobre 1990, n. 309];
- dall'altro, all'intervento correttivo ed integrativo del legislatore, principalmente realizzato con il **decreto legge 23 dicembre 2013 n. 146, convertito dalla legge 21 febbraio 2014 n. 10** [che ha apportato modifiche al fatto di lieve entità di cui all'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990, trasformandolo in reato autonomo e riducendone le pene edittali] e, poi, con il **decreto legge 20 marzo 2014 n. 36, convertito dalla legge 16 maggio 2014 n. 79** [che ha ulteriormente ridotto le pene per il fatto di lieve entità e confermato, dopo l'intervento della Corte costituzionale, la scelta di distinguere dal punto di vista sanzionatorio le droghe "pesanti" dalle droghe "leggere"].

Tale disciplina è allora così sintetizzabile, distinguendo tra i fatti illeciti "non lievi" e i fatti illeciti "lievi".

I fatti "non lievi".- Norma cardine del sistema sanzionatorio penale è l'articolo 73 del dpr n. 309 del 1990, il cui testo vigente è quello derivante dalla declaratoria di incostituzionalità. Si torna [*rectius*, si rimane] a dover applicare le fattispecie incriminatrici contenute, rispettivamente, nei commi 1 e 4 dell'articolo 73 del dpr n. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche del 2006, avendo riguardo, rispettivamente, ai fatti riguardanti le droghe "pesanti" [tabelle I e III] e i fatti relativi alle droghe "leggere" [tabelle II e IV].

Il ritorno alla disciplina *ante* 2006, determina che per le droghe "pesanti" [tabelle I e III] devono applicarsi le sanzioni della reclusione da otto a venti anni e della multa da euro 25822 a euro 258.228 (articolo 73, comma 1, del dpr n. 309 del 1990); mentre per le droghe "leggere" [tabelle II e IV], devono applicarsi le sanzioni della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 5.164 a euro 77.468.

Per le droghe "pesanti" il ritorno alla previgente disciplina del 1990 si risolve in un aggravamento sanzionatorio quanto alla pena della reclusione: infatti, la Fini – Giovanardi aveva rideterminato la pena stabilita nel comma 1 dell'articolo 73 stabilendo nella misura da "sei a venti anni di reclusione". Ora, come si è visto, si torna alla pena della reclusione da "otto a venti anni".

I fatti "lievi".- Quanto al "reato autonomo" del fatto di "lieve entità", di cui all'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990, la relativa disciplina sanzionatoria è rinvenibile ora nel disposto dell'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990, come da ultimo modificato dal decreto legge n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014.

La sanzione è stata ulteriormente ridotta, rispetto al precedente intervento realizzato con il decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 2014: dalle pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000, si passa alle pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1032 a euro 10.329.



Non si distingue, stavolta, diversamente che per i fatti “non lievi”, tra droghe “pesanti” e droghe “leggere”: per entrambe è previsto lo stesso trattamento sanzionatorio.

Le tabelle: droghe “pesanti” e droghe “leggere”.- Come anticipato, con il decreto legge n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014, il legislatore torna alla distinzione tra “droghe pesanti” [tabelle I e III] e “droghe leggere” [tabelle II e IV]¹, con il superamento della tabella unica delle sostanze vietate introdotta con la legge Fini-Giovanardi.

E’ la ragione, per cui oggi si hanno due reati distinti a seconda della qualità della sostanza stupefacente: il reato di cui al comma 1 dell’articolo 73, in caso di condotta relativa a “droghe pesanti” [tabelle I e III] [vi sono ricomprese la cocaina, l’eroina, l’*ecstasy*] e il reato di cui al successivo comma 4, in caso di condotta relativa a “droghe leggere” [vi sono ricomprese, per esempio, l’*hashish* e la *marijuana*].

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

Discorso diverso vale in caso di “fatto di lieve entità”: poiché – come si è accennato- non si distingue tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” [per entrambe è previsto lo stesso trattamento sanzionatorio], nel caso in cui venga ipotizzato il “fatto lieve”, la condotta che abbia ad oggetto contestualmente droghe di natura e tipo diversi configura [diversamente che nell’ipotesi di fatti “non lievi”] un unico reato.

**

La disciplina del reato di “lieve entità”.- Si impone qualche riflessione suppletiva in ordine al “fatto di lieve entità” (articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990). E’ il tema su cui si sono incentrate le “polemiche” con riferimento all’esercizio dei poteri “cautelari” da parte delle forze dell’ordine e/o della magistratura.

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

Con il decreto legge n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014, si conferma la natura giuridica del fatto di lieve entità come “reato autonomo”.

Ma si interviene anche sulla disciplina sanzionatoria, che viene ulteriormente ridotta, nei termini sopra riportati [reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1032 a euro 10.329].

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



**

Qui interessa soffermare l'attenzione solo sugli effetti che la riduzione del trattamento sanzionatorio riverbera sulla disciplina della libertà personale.

La libertà personale.- La riduzione del massimo edittale della pena della reclusione, da cinque a quattro anni, determina che per il delitto di "lieve entità" di cui all'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990 **non si può più disporre la custodia cautelare in carcere** (cfr. articolo 280, comma 2, del Cpp).

Residua la sola possibilità della custodia carceraria nell'ipotesi della trasgressione alle prescrizioni inerenti a misura cautelare graduata (articolo 280, comma 3, del Cpp).

L'arresto in flagranza.- Per quanto attiene, poi, le determinazioni della polizia giudiziaria, per il reato di cui all'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990 **è espressamente esclusa la possibilità di procedere all'arresto obbligatorio in flagranza** (cfr. articolo 380, comma 2, lettera h), del Cpp, come da ultimo modificato dalla legge n. 10 del 2014).

Residua solo la possibilità di procedere, alle condizioni di legge, all'arresto facoltativo in flagranza ex articolo 381 del Cpp.

Peraltro, risulta coerente con il sistema che, allorquando si apprezzi la configurabilità del fatto di lieve entità, il soggetto responsabile **venga semplicemente denunciato a piede libero**. Infatti, per poter procedere all'arresto facoltativo, occorre che sussistano le condizioni dettagliate nel comma 4 dell'articolo 381 del Cpp (gravità del fatto ovvero pericolosità del soggetto), ma tali condizioni, oggettive e/o soggettive, paiono "concettualmente" pressochè non configurabili in presenza di un fatto che sia ritenuto di lieve entità.

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

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

**

Se questo è il sistema, per corrispondere al meglio alle esigenze di sicurezza e di prevenzione, nel rispetto delle norme, **non resta che operare una attenta considerazione – da parte della p.g. procedente e poi da parte del pubblico ministero- in ordine all'effettiva configurabilità del "fatto lieve" nella fattispecie concreta.**



Solo se ed in quanto sussista il “fatto di lieve entità” si hanno i rilevati limiti alla applicazione delle misure cautelari e, prima, all’esercizio del potere di arresto da parte della polizia giudiziaria.

Laddove venga escluso il “fatto di lieve entità”, l’arresto in flagranza è invece obbligatorio
[cfr. articolo 380, comma 2, lettera h), c.p.p.]

**

Si vogliono allora sviluppare ulteriori considerazioni utili, per gli operatori e i magistrati, al fine di potere individuare la ricorrenza dei presupposti per la sussistenza o no del “fatto lieve” ex articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990.

Ciò soprattutto ai fini delle prime determinazioni in punto di denuncia a piede libero ovvero di arresto in flagranza.

I “presupposti” del reato di lieve entità. - La norma dell’articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990, attualmente vigente, secondo il testo introdotto da ultimo dal decreto legge n. 36 del 2014, convertito dalla legge n. 79 del 2014, è rimasta immutata sotto il profilo strutturale rispetto al passato.

Quindi, nella “ricostruzione” della nuova fattispecie autonoma di reato sono utilizzabili gli stessi parametri che caratterizzavano la previgente previsione di circostanza attenuante. Il fatto di “lieve entità”, cioè, deve essere apprezzato considerando i mezzi, le modalità e le circostanze dell’azione nonché la qualità e quantità delle sostanze stupefacenti.

Può quindi riproporsi l’ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, che vale tuttora per cogliere il *proprium* anche della nuova fattispecie di reato.

I principi cardine, come è noto, sono quelli della “**valutazione congiunta**” dei parametri normativi (cfr., tra le tante, Sezione VI, 5 marzo 2013, Gallo) e della rilevanza ostativa anche di un solo parametri quando risulti “esorbitante” e cioè chiaramente dimostrativo della “non lievità” del fatto (cfr., anche qui tra le tante, Sezione VI, 17 febbraio 2013, Serafino).

La valutazione congiunta, infatti, consente di apprezzare, in modo equilibrato, il fatto in tutte le sue componenti, senza peraltro trascurare le connotazioni particolari che assumono, nel concreto, i singoli parametri di riferimento.

E, in questa prospettiva, poichè la valutazione congiunta non può essere altro che una “adeguata comparazione” tra parametri di riferimento di “peso” sostanzialmente analogo, ne deriva che l’oggettiva “esorbitanza” negativa di uno di questi non può essere annullata nell’apprezzamento congiunto, giacchè altrimenti la valutazione discrezionale rimessa al giudice finirebbe con il risolversi in un arbitrio soggettivo.

Se non ci fosse però spazio per una valutazione “a tutto tondo” del fatto incriminato, si correrebbe il rischio di applicazioni della disciplina inaccettabili, o per difetto o per eccesso.

Da un lato, perché una valutazione rigorosa dei singoli parametri, non reconsiderati nella loro combinazione complessiva, porterebbe, di fatto, ad una rarissima applicazione della fattispecie attenuata di reato, con la conseguente perdita di uno strumento importante concesso al giudice per mitigare un sistema sanzionatorio, quale quello tratteggiato dall’articolo 73 del dpr n. 309/90, improntato a notevole rigore.



Dall'altro, perché, per converso, si potrebbe giungere a ravvisare il reato "attenuato" sulla base dell'attribuzione di rilevanza positiva ad uno solo dei parametri, *ex se* considerato come apparentemente dimostrativo della non gravità del fatto, pur in presenza di altre connotazioni dello stesso fatto che, laddove non trascurate, porterebbero ad un giudizio di segno diverso, ossia di non lievità della condotta.

Fatto lieve e quantità della droga.- La "valutazione congiunta", in questa prospettiva, ha notevole rilievo soprattutto per collocare ed apprezzare nella giusta dimensione il parametro della "quantità" della sostanza stupefacente che, spesso, isolato dal contesto, porterebbe a conseguenze incongrue.

E' ovvio, infatti, che un quantitativo "ponderalmente esorbitante" non può che condurre ad un giudizio di gravità della condotta e, quindi, alla negazione del fatto "lieve", senza che neppure occorra prendere espressamente in esame gli altri parametri normativi.

Peraltro, in presenza di quantitativi non così importanti (ma tuttavia "non minimali"), l'apprezzamento congiunto potrà e dovrà consentire di ravvisare la fattispecie meno grave, laddove gli altri parametri consentano di svalutarne la portata negativa (si pensi all'ipotesi in cui la condotta complessiva, per la sua rudimentalità, non si appalesi realmente pericolosa; ovvero a quella in cui la personalità del reo, magari anche tossicodipendente, consenta di propendere per una destinazione parziale della droga all'uso personale; ovvero, ancora, alla condotta di destinazione a terzi caratterizzata dalla mancanza del fine di lucro: cessione effettuata per favore, per liberalità o per restituzione).

Per converso, in presenza di quantitativi modesti, nulla esclude, in astratto, che possa e debba escludersi la lievità del fatto, in ragione della "negatività" degli altri parametri (si pensi all'ipotesi di una condotta di spaccio comunque organizzata e professionale ovvero ad una condotta posta in essere da recidivo specifico).

Quantità: indicazioni operative.- In ogni caso, vogliamo fornire qualche indicazione concreta in ordine al parametro della quantità, ossia stabilire in ottica esemplificativa quale quantità di droga possa essere ritenuta configurare il fatto di lieve entità.

Sono indicazioni che vanno sempre apprezzate nell'ambito della rilevata disamina "complessiva" dell'episodio, ma che certamente possono essere di valido aiuto per una determinazione immediata, così da garantire una uniformità di indirizzo.

Tale ragionamento è stato sviluppato prendendo in considerazione gli approdi della giurisprudenza sulla circostanza aggravante della "quantità ingente" *ex* articolo 80, comma 2, del dpr n. 309 del 1990.

E' di rilievo la sentenza delle Sezioni unite 24 maggio 2012, Proc. gen. App. L'Aquila in proc. Biondi, secondo cui la circostanza aggravante dell'ingente quantità di sostanza stupefacente, prevista dall'articolo 80, comma 2, del dpr 9 ottobre 1990 n. 309, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a "2000 volte" il valore massimo in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al dm 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata².



Così, seguendo i principi dettati dalle Sezioni unite, per la ravvisabilità dell'aggravante la quantità pura di sostanza stupefacente (principio attivo) non può essere inferiore a 2000 volte la quantità massima detenibile [Q.M.D.], ossia il valore massimo di riferimento per l'apprezzamento delle condotte detentive costituenti reato, espresso in mg., determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al dm 11 aprile 2006.

Ciò significa, in concreto, che il giudice dovrà, innanzitutto, individuare la quantità di principio attivo contenuto nella sostanza sottoposta a sequestro, moltiplicandone il peso (lordo) per la relativa percentuale di principio attivo e dividendo, infine, il risultato per 100.

Per i derivati della *cannabis* (*hashish* e *marijuana*), per esempio, tale soglia è fissata in kg. 1 di principio attivo, valore che si ottiene moltiplicando per 2000 la quantità massima detenibile [Q.M.D.], pari a mg. 500 [e non 1000, come peraltro inesattamente, hanno "calcolato" le stesse le Sezioni unite, che, probabilmente, nella citata sentenza Biondi, non hanno tenuto conto che il dm 4 agosto 2006, che aveva aumentato da mg. 500 a mg. 1000 il quantitativo massimo detenibile, è stato annullato dal TAR Lazio, Sezione III, sentenza 21 marzo 2007 n. 2487].

Analoga operazioni può farsi facilmente per le altre sostanze.

Il principio sviluppato dalle Sezioni unite è esportabile ai fini che interessano, cosicché può utilizzarsi il calcolo per proporzionalmente parametrare il quantitativo rilevante per stabilire la sussistenza del "fatto lieve".

Il parametro da utilizzare per le droghe "pesanti" è quindi quello di "20" [20 volte la QMD stabilita nel dm 11 aprile 2006]. Si utilizza il parametro doppio di "40" per le droghe "leggere" [*hashish* e *marijuana*] per aggiornare il portato della decisione delle Sezioni unite al sistema tabellare indotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, con il ritorno alla distinzione droghe "pesanti" [tabelle I e III] e droghe "leggere" [tabelle II e IV]

Per rendere ancora più fruibile l'indicazione operativa, il calcolo è stato fatto **anche avendo riguardo al "quantitativo lordo", che è quello immediatamente apprezzabile dagli operanti.**

A tal fine si è parametrata l'operazione alle percentuali di principio attivo che statisticamente sono le più frequenti.

Si torna però a dover ribadire che l'apprezzamento corretto non può essere solo basato sul dato quantitativo [salve situazioni limite in eccesso o in difetto]. Resta **doverosamente** lo spazio di valutazione discrezionale piena dell'operante della polizia giudiziaria e del magistrato.

La indicazione operativa di cui *infra* nella proposta tabella non può che essere considerata **un mero parametro orientativo**, proposto per corrispondere a plurime istanze di indicazioni operative che pervengono dalle forze dell'ordine e dai magistrati.

² Fino a che non venga rimeditato – in ipotesi- dalle stesse Sezioni unite, il principio stabilito conserva tuttora validità, nonostante talune perplessità giurisprudenziali: cfr, per esempio, Sezione III, 27 maggio 2015, Gavagna, secondo cui detto principio interpretativo a seguito della modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del decreto legge 20 marzo 2014 n. 36, convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014 n. 79, che ha fatto seguito alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, imporrebbe una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'aggravante, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, difficilmente compatibile con un'interpretazione tendenzialmente solo aritmetica e, dunque, automatica di tale aggravante.



IPOTESI OPERATIVA (condotte previste e punite dal comma 5 dell'art. 73 del dpr n.-309 del 1990; reato di "lieve entità")	SOSTANZA STUPEFACENTE			
	Eroina	Cocaina	Derivati della Cannabis (Hashish/ Marijuana)	Ecstasy (MDMA)
Specularmente a quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione con la Sentenza 20.09.2012, n. 36258 per l'individuazione dell'"ingente quantità" ex art. 80, comma 2, del Testo Unico d.P.R. 309/90 (2000 volte la Q.M.D.) è ragionevole apprezzare <u>in un multiplo pari a 20 volte la Q.M.D.</u> il limite quantitativo idoneo a discriminare, sotto il profilo ponderale, i fatti reato previsti dal comma 1 dell'art. 73 da quelli di cui al comma 5 del medesimo articolo del citato Testo Unico. Per i derivati della cannabis, siccome inclusi tra le droghe "leggere", il moltiplicatore è <u>raddoppiato a 40.</u>	Principio attivo espresso in grammi			
	(Q.M.D. 0,250 x 20) 5	(Q.M.D. 0,750 x 20) 15	(Q.M.D. 0,500 x 40) 20	(Q.M.D. 0,750 x 20) 15
Ad orientamento delle attività di competenza, si fornisce una proiezione, meramente esemplificativa, dei quantitativi di sostanza lorda potenzialmente in grado di contenere le soglie di principio attivo espresse nella riga precedente, calcolate utilizzando, quale valore percentuale di riferimento, la concentrazione media rintracciabile nelle "dosi di strada" delle principali sostanze stupefacenti.	Sostanza lorda espressa in grammi /nr.compresse			
	(concentrazione 15%) 34	(concentrazione 45%) 32	(concentrazione 10%) 200	(max 150 mg x compressa) 100



**

Gli altri parametri di valutazione che la norma valorizza e che qui si vogliono approfondire sono rappresentati dai **mezzi e dalle modalità** e dalle **altre circostanze dell'azione**.

Minore rilievo, almeno ai fini dell'immediate valutazioni sulla libertà personale da parte della polizia giudiziaria, ha invece il parametro della **qualità della sostanza**. Infatti, se a tal fine rileva la maggiore o minore purezza della sostanza, trattasi di apprezzamento difficilmente sviluppabile nell'immediato, quando agli operanti è di fatto consentito avvalersi del solo *narcotest* o di altri test speditivi che non consentono una verifica approfondita sul *quantum* di percentuale di purezza della sostanza.

**

Mezzi e modalità della condotta.- Tra i mezzi e le modalità dell'azione rientra l'apprezzamento circa il **carattere episodico o non episodico** dell'illecito commercio di sostanze stupefacenti posto in essere dal soggetto.

La questione è in effetti controversa.

Da un lato vi è una giurisprudenza secondo cui per consentire la configurabilità della fattispecie di cui al comma 5 dell'articolo 73 del dpr n. 309/90 la condotta criminosa deve essere caratterizzata dagli attributi della modestia e rudimentalità, indici di un'attività illecita discontinua, non professionale e non organizzata, pertanto non gravemente incisiva e pericolosa per la diffusione della droga.

Detto altrimenti, l'attenuante può essere concessa solo in presenza di una modesta attività di spaccio, svolta senza strutture organizzate e di cui, spesso, è responsabile un soggetto che è anche consumatore (c.d. consumatore-piccolo spacciatore) (cfr. tra le tante Sezione VI, 29 marzo 2000, Pantaleo, dove, con chiarezza, ci si sofferma sulla necessità di avere riguardo alla portata, vasta o modesta, dello spaccio, alla professionalità o all'occasionalità con cui lo stesso viene esercitato, alla rete organizzativa su cui si può contare o all'improvvisazione alla quale ci si deve, di volta in volta, affidare, all'efficienza o alla rudimentalità dei mezzi usati).

Secondo altre decisioni, invece, anche lo spaccio continuativo può essere astrattamente definito di lieve entità ove, tenuto conto della quantità e qualità delle sostanze cedute e dell'eventuale sussistenza di altre componenti relative alle modalità ed ai mezzi di condotta, sia da ritenere che esso abbia inciso in modo ridotto sull'interesse protetto (cfr. Sezione VI, 8 marzo 1995, Salmi Ben); analogamente, si ritiene che può non assumere valenza negativa, ai fini della concessione dell'attenuante in questione, la destinazione a terzi dello stupefacente neppure quando essa abbia alla base un'attività continuativa di spaccio: e ciò argomentandolo dall'articolo 74, comma 6, del dpr n. 309/90, che, col suo riferimento ad un'associazione costituita per commettere «fatti descritti dal comma 5 dell'art. 73», renderebbe illogico ammettere la lievità del fatto relativamente ad un reato associativo e negarla per tutti gli episodi che costituiscono attuazione di quel programma (tra le altre Sezione VI, 25 ottobre 2001, Carella).

A fronte del rilevato contrasto giurisprudenziale, una soluzione coerente può essere trovata, ancora una volta, tenendo conto che, ai fini dell'applicazione della fattispecie attenuata, devono valutarsi «complessivamente» tutte le circostanze indicate nell'articolo 73, comma 5, del dpr n. 309 del 1990, onde evitare che solo taluno dei profili del «fatto» possa venire occasionalmente in rilievo,



pervenendo ad un fuorviante giudizio di lieve o non lieve offensività, non rispondente all'effettivo disvalore della vicenda.

All'esito di questo giudizio, esemplificando, il dato della non occasionalità dello spaccio, pur di per sé non ostativo alla concessione del fatto lieve, potrebbe essere negativamente valorizzato se accompagnato dalla considerazione degli utili significativi in concreto conseguiti, della natura delle sostanze stupefacenti trattate e del circuito criminoso sul quale l'attività di spaccio risulti innestata, risultandone magari supportata e rinvigorita.

Al contrario, all'esito dell'apprezzamento congiunto dei diversi parametri di valutazione, il dato della non occasionalità dell'attività di spaccio potrebbe essere trascurato per il rilievo positivo attribuito agli altri aspetti, oggettivi e soggettivi, della condotta: per esempio, potendosi ravvisare l'ipotesi meno grave allorché si accerti che la cessione a terzi, pur abituale e reiterata, abbia avuto ad oggetto sempre quantitativi di droga complessivamente modesti; ovvero allorché la condotta di spaccio, pur abituale e reiterata, sia stata posta in essere rudimentalmente, senza strutture organizzative indicative della pericolosità del soggetto.

**

L'indicazione operativa che ci si sente di voler formalizzare è, quindi, quella di considerare l'eventuale non occasionalità della condotta [specie se commessa da un recidivo specifico] alla luce delle complessive circostanze della vicenda, legittimandosi l'esclusione della "lievità" del fatto, nonostante il numero modesto di dosi "spacciati" di volta in volta, allorquando risulti l'inserimento del soggetto nell'ambiente dei traffici illeciti ovvero allorquando risulti presente una struttura organizzata, dimostrata, per esempio, dalle modalità di approvvigionamento e di custodia ovvero da quelle di contatto con gli acquirenti.

**

Le altre circostanze dell'azione.- Nell'ambito delle (altre) «**circostanze dell'azione**» rilevano, **residualmente, tutte le altre situazioni idonee a qualificare il disvalore penale del fatto non rientranti nelle altre categorie.**

Tra queste, indubitabilmente e per non svuotare di contenuto la formula della legge (i mezzi e le modalità, infatti, "assorbono" dal punto di vista oggettivo ogni profilo della condotta incriminata), rientrano anche **le circostanze relative alla persona del colpevole: la finalità dell'attività delittuosa** (cessione senza fini di lucro, paragonata alla finalità di lucro che invece caratterizza normalmente le attività di diffusione della droga sul mercato), **la condizione soggettiva del reo** (il fatto che questo sia tossicodipendente o tossicodipendente-spacciatore, anziché, come di norma, esclusivamente spacciatore), **la mancanza di precedenti specifici** in materia di sostanze stupefacenti (la recidiva può rilevare ostativamente, infatti, solo se "specificata", mentre i precedenti penali di diversa natura non possono "giocare" per escludere il "fatto lieve", ma piuttosto potranno e dovranno rilevare ai fini della dosimetria della pena, della concessione delle attenuanti generiche e, in generale, del giudizio di comparazione delle circostanze).

A favore della necessaria rilevanza ai fini dell'eventuale concessione dell'attenuante *de qua* anche di elementi di ordine soggettivo, relativi alla personalità del colpevole ed alla finalità della sua condotta, milita nonostante l'apparente preclusione derivante dal tenore letterale della norma, l'autorevole interpretazione fornita dalla **Corte costituzionale** [sentenza 11 luglio 1991 n. 333; nonché, successivamente, sentenza 27 marzo 1992 n.133], secondo la quale tra le «circostanze



dell'azione» menzionate nella disposizione in esame sono da ricomprendere anche le «condizioni soggettive» tutte, e quindi anche le finalità della condotta tenuta dall'agente.

Vero è piuttosto che le **"circostanze soggettive"** per avere rilievo ai fini della concedibilità o meno dell'attenuante **devono pur sempre avere un'«immediata correlazione» con l'attività criminosa in contestazione.**

Così, per esempio, **la recidiva che può assumere rilievo sarà solo quella specifica** nei reati in materia di sostanze stupefacenti la cui eventuale contestazione può consentire di qualificare come non lieve una condotta che, per essere stata posta in essere da un pregiudicato specifico, appare sintomatica di un'attività delinquenziale professionale nello spaccio della droga [valgono in proposito le considerazioni che si sono sviluppate sopra a proposito del carattere episodico o non episodico dell'attività di spaccio]; per converso, non può giocare un ruolo diretto per escludere il fatto lieve **una pregressa personalità criminosa non specifica**, che invece potrà essere valutata ai fini della dosimetria della pena, della concessione delle attenuanti generiche e, in generale, del giudizio di comparazione delle circostanze.

Nella medesima prospettiva, sembra da **escludere che il mero stato di incensuratezza dell'imputato possa rilevare sempre positivamente** ai fini della concessione dell'attenuante *de qua*: piuttosto, perché l'eventuale condizione di incensurato possa giocare un ruolo nel giudizio sulla sussistenza del «fatto lieve» occorre procedere ad una valutazione caso per caso, verificando, in concreto, se tale condizione riverberi i propri effetti, «in via immediata e diretta», sul disvalore dell'attività illecita, concernente gli stupefacenti, oggetto di contestazione.

Analogamente, **lo stato di tossicodipendenza** del reo può venire preso in considerazione ai fini della concessione dell'attenuante *de qua* solo se ed in quanto si accerti un rapporto diretto tra tale stato e la condotta imputata il tossicodipendente che fornisce il mercato illecito degli stupefacenti, ma non c'è alcun automatismo: infatti, il tossicodipendente spacciatore, che si comporta, cioè, come un qualsiasi altro spacciatore non tossicodipendente, non può meritare per ciò solo il riconoscimento dell'ipotesi meno grave solo perché il ricavato o parte del ricavato della vendita è da lui destinato all'acquisto dello stupefacente di cui quotidianamente ha bisogno; di tale condizione soggettiva, semmai, il giudice potrà tenere conto nella concreta determinazione della pena.

**

Ne deriva quest'ultima indicazione operativa: è utile soffermare l'attenzione sia sulla personalità del soggetto, quando questa riverberi i propri effetti sulla gravità della condotta [recidiva specifica, in grado di dimostrare il coinvolgimento strutturato del soggetto nel mercato illecito e la continuatività dell'attività illecita], sia sulle motivazioni della condotta [valorizzando negativamente sia la finalità di lucro sia il fatto che non si tratti di tossicodipendente "indotto" cioè a smerciare per soddisfare il proprio fabbisogno personale].

Piuttosto, per aiutare lo sforzo ricostruttivo della fattispecie da parte della polizia giudiziaria, che non dispone nell'immediato l'ausilio delle verifiche sui precedenti penali della persona, aggiungo una ulteriore considerazione.

La polizia giudiziaria è ben possibile che soffermi l'attenzione – dandone opportuna indicazione nella denuncia e/o nel verbale di arresto- sui precedenti specifici di polizia



Infatti, se specifici, non è dubitabile che anche questi pregiudizi possano contribuire a qualificare il fatto, specie in quanto reiterato ed abituale, in termini di gravità, a prescindere dai quantitativi di volta in volta “trattati”.

E' conclusione del resto in linea con la giurisprudenza che, ai diversi, ma analoghi, fini dell'apprezzamento del “rischio di recidiva” ai fini dell'adozione delle misure cautelari personali [articolo 274, lettera c), c.p.p.], ammette rilievo anche alle mere pendenze giudiziarie [cfr., *ex pluribus*, Sezione VI, 16 ottobre 2008, Mansour]

L'aggravante dello spaccio davanti all'università.- Una ultima riflessione si impone su un tema molto attuale, quello della configurabilità o no dell'aggravante di cui all'articolo 80, comma 1, lettera g), del dpr n. 309 del 1990 [l'aver offerto o ceduto sostanze stupefacenti o psicotrope all'interno o in prossimità di scuole di ogni ordine o grado, comunità giovanili, caserme, carceri, ospedali, strutture per la cura e la riabilitazione dei tossicodipendenti] nell'ipotesi di **spaccio avvenuto all'interno o in prossimità della sede universitaria.**

La risposta [con il conforto di importanti decisioni del Giudice di Bologna: cfr. di recente, Tribunale di Bologna, Sezione del riesame n. 950/2016] è senz'altro **positiva**.

Depongono in tal senso ragioni di natura teleologica, ma anche inequivoche indicazioni letterali.

Sotto il primo profilo, rileva la finalità della fattispecie, che risiede nell'esigenza di tutelare e preservare dal fenomeno della diffusione degli stupefacenti comunità notoriamente più aggredibili, perché frequentate da persone potenzialmente a rischio di fronte al pericolo droga, o per la giovane età o per particolari condizioni soggettive.

Del resto, nelle suddette comunità il rilevato pericolo si manifesta particolarmente evidente, in quanto l'elevato numero delle persone presenti e la concentrazione delle stesse rappresentano le condizioni per un allargamento «a macchia d'olio» del contatto con la droga.

Or bene, non è dubitabile che tale finalità ricorre in presenza di condotte di spaccio in zona universitaria, in ragione della ricorrenza nei confronti degli studenti, potenziali clienti, delle esigenze di particolare tutela di cui si è detto.

Sotto il secondo profilo, anche a non considerare che la nozione di “scuola” non può non ricomprendere anche l'università, rileva assorbentemente il fatto che l'università è una [la] tipica “comunità giovanile” cui la norma si riferisce.

La ricorrenza dell'aggravante non è ovviamente di per sé concettualmente incompatibile con il fatto di lieve entità, ma nell'apprezzamento congiunto di cui si è detto costituisce argomento che può deporre, riflettendosi sulle “modalità” e “circostanze” dell'azione, nel senso della gravità della condotta, tale da far escludere la ricorrenza dell'ipotesi attenuata.

Qualora il fatto commesso non sia quindi ritenuto lieve, proprio per la ricorrenza dell'aggravante, ne derivano spazi sia per l'**arresto obbligatorio in flagranza** sia per l'**applicabilità della misura custodiale**.

Resta solo da precisare che per la configurabilità dell'aggravante *de qua* sia necessaria l'effettiva offerta o cessione della sostanza stupefacente all'interno o in prossimità dei luoghi indicati dalla



stessa norma, dovendosi così escludere che questa possa ravvisarsi rispetto ad una condotta di mera detenzione [Sezione VI, 3 giugno 2003, Di Comun]: in tal senso, del resto, è l'inequivoca formulazione letterale della norma, che non consente ovviamente interpretazioni estensive. Per l'effetto, l'aggravante non potrà contestarsi rispetto ad una condotta di detenzione pur finalizzata allo spaccio, e quindi all'offerta e/o alla cessione, quando tali ultime condotte non si siano verificate.

Ma resta ancora da precisare che **nel caso in cui si ravvisino i presupposti dell'aggravante in questione la competenza è del tribunale in composizione collegiale** [articolo 33 *ter* c.p.p.], onde nel caso di arresto in flagranza non può procedersi ai sensi e per gli effetti dell'articolo 558 c.p.p., con la presentazione diretta.

**

Sono considerazioni che valgono come direttive operative per l'Ufficio requirente e la polizia giudiziaria, impregiudicato, come è ovvio che sia, le autonome determinazioni dell'Ufficio giudicante, cui la presente è rimessa solo per doverosa conoscenza.

Ringrazio per l'attenzione.

Bologna, 3-11-2016

IL PROCURATORE DISTRETTUALE
Giuseppe Amato