

QUESTIONE GIUSTIZIA



Il sasso nello stagno

Il “nuovo” V comma T.U. n. 309/1990: dal reato di quantità al reato di condotta?



di **Lorenzo Miazzi**

Consigliere Corte d'appello di Venezia

Una riflessione sulla portata della modifica legislativa su cui, forse, si è poco riflettuto

18 gennaio 2016

Forse si è poco riflettuto sulla portata della modifica legislativa del V comma dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990.

I commentatori si sono limitati a prender atto che nulla era cambiato nella descrizione della fattispecie (“*chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, e di lieve entità*”) e la discussione (breve e con poca suspense) si è accesa per poco solo sull'interrogativo se la nuova formulazione andasse a introdurre un nuovo reato autonomo al posto della circostanza aggravante¹.

Subito si è detto di sì².

Qualcuno poi si è interrogato sulle ricadute della novella in concreto, nei singoli casi, individuando la legge più favorevole: questione più complessa, con parecchi risvolti problematici.

Ma sul contenuto del "nuovo" reato nessun dubbio e si è ripresa l'elaborazione della giurisprudenza sul V comma come circostanza aggravante: "In tema di stupefacenti, la fattispecie del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990, anche all'esito della formulazione normativa introdotta dall'art. 2 del D.L. n. 146 del 2013, può essere riconosciuta solo nella ipotesi di minima offensività penale della condotta, desumibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati espressamente dalla disposizione (mezzi, modalità e 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".³

Forse è così, forse (anzi: certo) la descrizione del "fatto di lieve entità" è rimasta uguale; e però intorno tutto è cambiato. E questo non ha alcun significato?

Non si parla di intenzione del legislatore, che semplicemente non c'è. Perché il legislatore del nuovo V con il dl 143/2013 non aveva lo scopo di introdurre novità di sistema nella legge sugli stupefacenti ma di scarcerare detenuti in eccesso (non per niente la legge venne detta "svuotacarceri")⁴. E perché il legislatore della nuova legge che ha fatto rinascere il I e il IV comma della l. n. 132/1990 semplicemente non c'è, perché è stata la Corte Costituzionale a far rivivere la legge Jervolino-Vassalli. Perché, infine, il legislatore del nuovissimo V comma, quello della l. n. 49/2014, a sorpresa ha modificato il V comma probabilmente (è l'ipotesi più plausibile per un intervento altrimenti inspiegabile) preoccupato di adattare il reato autonomo alla rediviva disciplina del IV comma, e trovandosi una pena superiore per le droghe leggere nel V comma rispetto alla legge n. 162/1990, per evitare complicazioni e possibili ulteriori questioni ha piattato tutto il V comma sulle pene previste per le droghe leggere dalla legge del 1990.

Nello sconforto della presa d'atto dell'assenza di un legislatore che abbia a cuore il sistema, e in presenza di una legislazione caotica (ora per accumulo, ora per sottrazione, ma sempre senza un pensiero portante), non si è forse fatto sufficiente attenzione al quadro complessivo che tutto questo ha originato.

In altre parole: chi non sapesse come è successo tutto, cosa si troverebbe davanti? Quale ratio cercherebbe (o immaginerebbe di trovare) nel sistema della legge sugli stupefacenti?

Ebbene, nel comma 1 il legislatore distingue fra droghe pesanti e droghe leggere; distingue molto e tanto che la pena minima delle pesanti è più alta della massima delle leggere. Insomma, dice il legislatore: per quanta marijuana e hashish importi e distribuisca, non farai mai male e non offenderai (la salute pubblica e la pubblica sicurezza) mai come uno che detiene una rilevante ma non imponente quantità di eroina, o spacci in modalità organizzate singole dosi di cocaina.

Dunque, il legislatore sottolinea la distinzione fra droghe nell'ipotesi base del reato riguardanti stupefacenti. Non è un passaggio scontato. Premesso che la dichiarazione di illegittimità era basata su aspetti puramente formali/procedurali, il legislatore avrebbe potuto intervenire sanando la situazione e riproponendo pari pari la legge n. 49/2006, con un decreto legge (stavolta comprendente l'intervento sull'art. 73 sin dal testo del Consiglio dei ministri!). Esattamente come ha fatto con le sostanze contenute nelle tabelle emanate in forza della legge 49

(l'art. 3 DL n. 36/2014 prevede che "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto continuano (poi corretto in : riprendono) a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014...) avrebbe potuto disporre che "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto continuano/riprendono a produrre effetti le norme dichiarate illegittime dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014".

Non l'ha fatto e anzi ha modificato nuovamente gli articoli 13 e 14 in materia di tabelle stabilendo i criteri per la formazione delle cinque tabelle, di cui quattro sono richiamate dalle disposizioni sanzionatorie di cui all'art. 73: Tabelle I e III: droghe 'pesanti' e sostanze barbituriche equiparate; Tabelle II e IV: droghe 'leggere' e sostanze di corrente impiego terapeutico equiparate".

Dunque la distinzione fra droghe leggere e droghe pesanti è un pilastro della nuova disciplina.

2. Il comma V ora prevede un altro reato. Attenzione, non un'attenuante, non una modalità del fatto, ma un reato autonomo.

Come ci si è arrivati? In due passi. Il DL n. 146/2013 ha modificato il comma 5 dell'art. 73 t.u., prevedendo la reclusione da uno a cinque anni per i fatti di lieve entità, concernenti droghe 'pesanti' e 'leggere' senza distinzione. La riduzione della pena aveva lo scopo di favorire l'uscita e il non ingresso nel carcere di coloro che commettono fatti di droga di lieve entità; il quadro normativo di contesto era quello di un comma I che prevedeva un'ipotesi base indifferenziata per droghe pesanti e leggere. La riforma era quindi in coerenza con la normativa vigente.

La legge 16 maggio 2014, n. 79 di conversione del d.l. 36/2014, ha poi nuovamente modificato l'art. 73, co. 5 t.u., prevedendo la reclusione da sei mesi a quattro anni per droghe 'pesanti' e 'leggere'. Questo intervento però si inserisce in un contesto in cui l'ipotesi base era già differenziata fra droghe pesanti (I comma) e leggere (IV comma). E anche qui il legislatore - come ha fatto per le tabelle delle sostanze - avrebbe avuto la strada maestra di riproporre la disciplina della l. 162/1990 anche per il V comma. Strada maestra perché la modifica del 2013 era uscita indenne miracolosamente dall'intervento della Corte Costituzionale solo perché successiva alla l. 49/2006, ma ne condivideva l'impianto e la filosofia ed era in contraddizione con la legge del 1990. Che, per il V comma, ricordiamo, differenziava le pene anche per il fatto di lieve entità: da 1 a 6 anni per le droghe pesanti, da 6 mesi a 4 anni per le droghe leggere.

3. Cosa punisce ora il reato autonomo?

Punisce i fatti previsti dall'art. 73 (quindi sia I e che IV) che siano di lieve entità: e quindi le condotte di chi *“coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene”* le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle.

Si è già detto che la giurisprudenza ha stabilmente definito il fatto di lieve entità, come sopra ricordato. Ma è ancora valida senza distinguo questa giurisprudenza?

Riflettiamo.

Quando la cassazione ha stabilito i confini del V comma, non aveva importanza nell'elaborazione il tipo di droga, dato che sia con la legge n. 162/1990 che con la n. 49/2006 il fatto di lieve entità era lo specchio del fatto ordinario (prima perché aveva pene differenziate per tabella, come nel I e IV comma; poi perché il trattamento era lo stesso e droghe leggere e pesanti pari erano); e il fatto di lieve entità era una circostanza attenuante di quello che si poteva chiamare il reato-base. Soprattutto con la legge n. 49/2006 era evidente il carattere accessorio della fattispecie attenuata. Per questo la scala sanzionatoria era coerente e ininterrotta: da 1 a 6 anni e da 6 a 20 anni, senza soluzione di continuità. Stava al giudice individuare la pena graduando la gravità del fatto. Con queste premesse, era ovvio quindi che la preminenza andasse al dato quantitativo della sostanza vietata: è lo stesso reato, ma meno offensivo.

Invece adesso il fatto di lieve entità non è lo stesso reato dell'ipotesi "ordinaria" e non c'è più continuità sanzionatoria fra i due fatti-reato: rispetto alle droghe leggere c'è una forte sovrapposizione; rispetto alle droghe pesanti c'è una distanza abissale di 4 anni.

Mentre nel reato ordinario, distinto in I e IV comma, conta la sostanza, nel V la sostanza non conta più, non esiste. Quindi quando si parla di V comma non si parla più di un I o IV comma attenuato: altrimenti la cosa sarebbe irragionevole.

Quindi il fatto di lieve entità è qualcosa di diverso, è un reato di condotta e non di quantità e qualità (nel senso di tipo di sostanza). Se non conta più la qualità della droga, perché dovrebbe contare la quantità?

La giurisprudenza sinora prodotta va quindi non accantonata, ma riletta.

4. L'organizzazione del traffico e dello spaccio.

Un argomento molto sostenuto per ridurre la portata del V comma è che lo spaccio di strada presuppone un'organizzazione, di cui lo spacciatore di strada è l'anello ultimo ma imprescindibile della catena. Un anello consapevole e professionale, la cui attività non può essere considerata di "lieve" importanza.

Esempio forte di questa concezione è lo spaccio gestito dalla criminalità organizzata specialmente nelle regioni del Sud. Il boss del quartiere, il capo-famiglia o figure analoghe, destinano i luoghi dello spaccio nel quartiere, individuano e incaricano/autorizzano le famiglie o persone che possono spacciare, garantiscono gli approvvigionamenti e la struttura servente: vedette che avviano dell'arrivo delle forze dell'ordine, corrieri che portano la droga quando e dove serve etc.. Come considerare di "lieve entità" questa condotta, che non può essere isolata dal contesto organizzativo?

Si tratta di un'obiezione insuperabile, francamente. Mi è capitato di chiedere a un prestigioso pubblico ministero del Sud, che mi esprimeva questa concezione, cosa fosse per lui allora il V comma, e con perfetta coerenza mi ha risposto: "il V comma non esiste" perché il "soldato, il picciotto che cede la dose al consumatore è una rotella dell'ingranaggio ed è l'ingranaggio che va valutato organicamente". Visione ineccepibile e coerente, ripetto. Eppure...

Eppure il V comma esiste, e se non si vuole disapplicare una previsione di legge, occorre individuare il fatto cui corrisponde.

Se avesse ragione il pubblico ministero del Sud, evidentemente il V comma non avrebbe pratica applicazione, se non in maniera episodica e straordinaria rispetto al fenomeno degli stupefacenti. Ogni spaccio di strada in Italia infatti presuppone un'organizzazione, che - se si vuole - dal produttore in Sudamerica o Medio Oriente e si snoda attraverso venditore, importatore, medio trafficante, sino allo spacciatore di strada. Da questo schema fuoriescono solo situazioni marginalissime. Penso al "coltivatore diretto" di cannabis che destina il surplus della produzione, in gran parte destinata al consumo personale, alla vendita diretta della marijuana ad amici e conoscenti a loro volta consumatori. Oppure al "piccolo chimico" che occasionalmente compra la sostanza col principio attivo in Olanda e confeziona a casa anfetamine da vendere in discoteca. O al turista che importa dal Sudamerica un po' di cocaina e la rivende agli amici. C'è forse qualche altra figura, ma non saprei descriverla non avendola mai incontrata nel lavoro.

È questo il V comma?

Se guardiamo all'intenzione del legislatore del 1990, del 2006, del 2014; se guardiamo alla produzione di giurisprudenza, non è così. Il fatto di lieve entità esiste, e il legislatore lo considero importante tanto da dedicarvi i ripetuti interventi (2 negli ultimi 2 anni); la giurisprudenza in vent'anni ne ha individuato i contorni ben oltre le marginali fattispecie sopra descritte. E quindi, nonostante la ineccepibilità della risposta data dall'autorevole pubblico ministero, occorre individuare secondo altri criteri (diversi dall'esistenza dell'organizzazione) il fatto cui corrisponde la fattispecie di reato, ora autonomo.

5. "I mezzi, la modalità, le circostanze dell'azione".

Ripartiamo allora dal dato normativo.

Quando il legislatore parla di mezzi modalità e circostanze dell'azione, dunque, non si riferisce al complesso organizzativo che sta a monte dell'azione incriminata, ma all'azione stessa, presa di per sé.

Quando lo spacciatore non predispone (lui stesso) una complessa struttura servente alla sua condotta di cessione, ma è la semplice pedina dell'ultima cessione, è la sua attività che viene in rilievo e che va esaminata. In questi casi, in genere, egli si limita a prendere in deposito una o più dosi, e a cederle a terzi; viene pagato a giornata o trattiene per quest'attività una parte del ricavato che è il suo "salario". Oppure egli acquista una piccola scorta, e col ricavato della vendita copre le spese e si tiene di guadagno (normalmente destinato all'acquisto di stupefacenti da consumare personalmente).

Quella appena descritta è un'attività marginale, senza professionalità, largamente fungibile. Infatti per quanti spacciatori di strada siano stati arrestati, la vendita è sempre continuata in tutte le piazze di spaccio. Rispetto a questa figura, poco rileva che spacci hashish, o cocaina, o eroina. Infatti spesso cede più o tutte queste sostanze. Ed è questo che sembra suggerire il legislatore con la riforma del V comma effettuata con la legge 79/2014.

A fronte di un quadro normativo disegnato (dalla Corte Costituzionale e dal legislatore del 1990) in modo chiaro (le droghe si distinguono in "pesanti" e "leggeri", il traffico di queste sostanze è assai diversamente punito data la loro diversa offensività e pericolosità, tanto che la pena massima del IV comma è inferiore alla pena minima del I comma), a fronte di questo il legislatore del 2014 - che come si è detto avrebbe potuto reintrodurre coerentemente il sistema sanzionatorio della legge 162/1990 (e nessuno credo avrebbe avuto da obiettare) - compie una scelta inaspettata: interviene confermando il reato autonomo e mantenendo l'indifferenza fra sostanze quando si tratta di fatto di lieve entità. D fatto poi equipara il trattamento sanzionatorio per lo spaccio di droghe pesanti a quello di droghe leggere previsto dalla legge 162/1990.

Al di là delle intenzioni del legislatore (non rinvenibili in alcun atto) il significato di quest'intervento nel contesto normativo è inequivoco: quando parliamo di "traffico" conta la sostanza: la condotta può essere la stessa (nell'ipotesi tipo: trattativa con le organizzazioni criminali del luogo di produzione, importazione attraverso automezzi o in altro modo, suddivisione e taglio, consegna ai trafficanti locali) ma se traffichi eroina o cocaina la legge ti punisce severissimamente. Se invece traffichi hashish o marijuana ti punisce con pena che è meno di un terzo della precedente.

Quando invece parliamo di piccolo spaccio, di cessione su strada, conta la condotta. La sostanza può essere diversa, puoi anche venderne di più tipi, puoi venderne di tutte le tabelle, ma se la condotta è la stessa (nell'ipotesi tipo: acquisto/ricezione dal medio trafficante e vendita al consumatore) anche la pena è la stessa. Una pena che non consente l'arresto, perché il fatto è di lieve entità.

In questa ottica dunque il piccolo spaccio non è più la forma attenuata del reato base, ma è un reato autonomo, diverso dal reato ordinario. Anzi è un fatto autonomo.

6. E l'organizzazione? C'è l'art. 74 comma 6.

Ci si deve giustamente chiedere come considerare allora l'organizzazione retrostante questa condotta, e se essa diventa del tutto indifferente.

La risposta è negativa. Se lo spacciatore è accorpato con i trafficanti e ha dato vita a un sistema stabile di approvvigionamento (con scorte superiori alle "decine" di cui parla la giurisprudenza), distribuzione e cessione della droga, la condotta finale rimane il fatto autonomo del V comma, ma l'organizzazione predisposta alle spalle dello spacciatore finale costituisce un'associazione per delinquere, anzi l'associazione per delinquere "per commettere i fatti del V comma" prevista dall'articolo 74 comma 6 del testo unico. Si tratta - a dire il vero - di un reato sinora assai poco contestato. Probabilmente perché più impegnativo da indagare e difficile da provare del semplice V comma; e perché era più facile - e si otteneva un più severo risultato sanzionatorio - contestare comunque il primo comma.

Ma questa norma sembra essere la disposizione "giusta", capace di temperare le esigenze di attribuire significato non marginale al V comma, identificando il reato autonomo nello spaccio di strada; e di non ignorare il contesto da cui lo spaccio si origina, permettendo anche l'arresto e l'irrogazione di pena da uno a 5 anni per i partecipi e da 3 a 7 anni per chi organizza, con un ulteriore aumento se l'organizzazione è articolata e coinvolge almeno 10 persone.

Senza scordare che se si prova che lo spacciatore di strada è coinvolto anche nel "traffico" a monte e quindi partecipa delle operazioni di importazione e distribuzione dei grossi quantitativi, anche a lui saranno contestabili il I e IV comma dell'articolo 73 e l'articolo 74 comma I, quale partecipe dell'associazione a delinquere.

Questa interpretazione nuova del V comma sembra essere quella capace di tenere insieme le novità legislative, la elaborazione della giurisprudenza, la realtà di fatto del fenomeno criminale, risolvendo almeno in parte le difficoltà contraddizioni cui ora va incontro il giudice di merito ogni qualvolta si trova a giudicare uno di questi fatti.

1[□] Sez. U, **Sentenza n. 35737** del 24/06/2010 Ud. (dep. 05/10/2010): “Anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-bis, L. n. 49 del 2006, l'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva.”

2[□] Sez. 6, **Sentenza n. 2295** del 15/10/2013 Ud. (dep. 20/01/2014): “La fattispecie prevista dal comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, così come modificata dall'art. 2, comma primo, lett. a) del D.L. n. 146 del 2013, costituisce un'autonoma ipotesi di reato e non più una circostanza attenuante e di conseguenza non sono più applicabili, nei suoi confronti, i criteri di bilanciamento delle circostanze previste dal comma quarto dell'art. 69 cod. pen.”. A questa sono seguite decine di sentenze conformi.

3[□] E' una massima potremmo dire tralaticia, qui ripresa da Sez. 3, **Sentenza n. 23945** del 29/04/2015.

4[□] Si stima un riflesso nell'immediato di qualche migliaio di scarcerazioni, che nel tempo si è consolidato (a differenza degli effetti dell'indulto).