

La disciplina degli stupefacenti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale

abstract

The authors analyze the many substantive and procedural issues arising from the judgment n. 32/2014 of the Constitutional Court, telling the regulatory framework and doctrinal previously in force, as well as the recommendations made by the Court's legitimacy immediately following.

keywords

Drugs - Constitutional Court - Offensiveness.

abstract

Gli Autori scandagliano le numerose problematiche sostanziali e processuali scaturite dalla sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale, dando conto del quadro normativo e dottrinale prevalente, oltre che delle indicazioni scaturite dalla giurisprudenza di legittimità immediatamente successiva.

parole chiave

Stupefacenti - Corte Costituzionale - Offensività

sommario

1. La disciplina degli stupefacenti nella recente evoluzione legislativa: cenni introduttivi. - **2.** L'assimilazione delle droghe leggere a quelle pesanti. Profili di illegittimità costituzionale. - **3.** I profili di problematica compatibilità con la riserva di legge. - **4.** La c.d. soglia drogante introdotta dalla l. n. 49/2006. - **5.** Le fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990: elementi di dubbia compatibilità con il principio di offensività. - **6.** L'ipotesi di "coltivazione domestica" e le problematiche in punto di offensività. - **7.** La "lieve entità" del fatto *ex art.* 73, c. 5: circostanza attenuante o titolo autonomo di reato? - **8.** L'atteso intervento della Corte Costituzionale e la pronuncia n. 32/2014. - **9.** Le ricadute della pronuncia costituzionale nella giurisprudenza di merito e di legittimità: i fatti commessi sotto il vigore della legge n. 49/2006. - **10.** Il mancato intervento sull'art. 73, c. 5, d.P.R. n. 309/1990, come modificato dalla l. n. 10/2014. - **11.** Il nuovo intervento legislativo: il d.l. 20 marzo 2014, n. 36 e la modifica delle tabelle. Le prime ricadute giurisprudenziali. - **12.** Conclusioni.

1. La disciplina degli stupefacenti nella recente evoluzione legislativa: cenni introduttivi

La disciplina degli stupefacenti è stata, nel corso degli anni, soggetta a numerosi interventi legislativi, a partire dalla prima l. n. 396 del 1923, che conteneva non solo una prima definizione di sostanza stupefacente, ma anche la repressione del commercio di tali sostanze, sino ai giorni d'oggi, con l'intervento della Corte costituzionale, e precisamente la sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014, al quale ha fatto seguito il d.l. n. 36/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 79 del 16 maggio 2014.

Volendo ripercorrere il panorama normativo in materia, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla legge n. 685/1975, la quale ha introdotto per la prima volta il concetto di "modica quantità", prevedendo che, qualora la detenzione di sostanza stupefacente non superasse un determinato limite, una soglia di riferimento, non vi era punibilità; in altre parole, il concetto di "modica quantità" era inteso quale causa di non punibilità¹.

La legge del 1975 nasceva con l'importante innovazione della non punibilità dell'uso personale di stupefacenti purché la relativa detenzione fosse contenuta nei termini di "modica quantità" (art. 80, c. 2)².

Tale concetto però venne messo in discussione stante la sua genericità, in quanto tale limite non era quantizzato ed il legislatore, per la valutazione, doveva fare ricorso a due criteri di distinzione, uno di carattere oggettivo, basato sulle proprietà tossiche delle sostanze, e l'altro di carattere soggettivo, in relazione alle condizioni psico-fisiche del detentore. Tali criteri permettevano la distinzione a seconda che la sostanza stupefacente detenuta fosse riservata all'uso esclusivamente personale o destinata a terzi.

Proprio l'aleatorietà del concetto di "modica quantità" condusse ad un necessario riordino della disciplina che si ebbe nel 1990 con il d.P.R. n. 309/1990 (testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e

* Pur nella comune riflessione, i paragrafi da 1 ad 11 sono stati redatti da Annalisa Pastore; il paragrafo 12 è stato redatto da Luigi Levita.

¹ In tale senso MANTOVANI, *Ideologia della droga e politica anti-droga*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 369.

² RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990, p. 143 ss.

sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

Tale t.u., all'art. 73, prevedeva un reato a condotta plurima³, che puniva chi «senza l'autorizzazione 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, fuori dalle ipotesi previste dagli artt. 75 e 76, sostanze stupefacenti o psicotrope».

La distinzione delle sostanze stupefacenti si basava su un sistema elencativo, previsto agli artt. 13 e 14, e precisamente con l'introduzione di tabelle di riferimento che classificavano le c.d. droghe leggere (di cui alle tabelle II e IV) e le c.d. droghe pesanti (di cui alle tabelle I e III). Anche il regime sanzionatorio previsto era differente a seconda del tipo di droga; in tal modo, le droghe pesanti (eroina, cocaina, etc.), erano punite con la reclusione da otto a venti anni e con la multa da lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni; mentre le droghe leggere (hashish, marijuana, etc.), con la reclusione da due a sei anni e la multa da lire dieci milioni a lire centocinquanta milioni. Inoltre, veniva abbandonato il concetto di "modica quantità" ed introdotto un ulteriore parametro di riferimento denominato "dose media giornaliera", quantificato dal Ministero della Salute mediante decreto: tale concetto, indicava il confine tra rilevanza penale ed amministrativa della detenzione di sostanza stupefacente per uso personale non terapeutico. In tal modo, si sarebbe parlato di illecito penale unicamente in caso di superamento di un parametro di tipo "oggettivo-quantitativo", corrispondente appunto alla c.d. dose media giornaliera; ricadendo, in caso contrario, la condotta – limitata all'uso personale di stupefacenti – nell'area meno grave dell'illecito amministrativo.

Si denunciò, però, l'incostituzionalità di tale previsione normativa che fondava il discrimine del penalmente rilevante non sul tipo di condotta ma sulla "dose media giornaliera" sì da violare alcuni principi fondamentali quali quello di uguaglianza⁴, di necessaria offensività⁵ e di legalità⁶.

Proprio per tali ragioni, nel 1993 si celebrò un *referendum* abrogativo, che condusse all'eliminazione del concetto di dose media giornaliera e correlativamente, si determinò un mutamento della struttura della norma incriminatrice di cui all'art. 73 t.u., giacché

³ Cass. pen., sez.un., 31 gennaio 2013, n. 25401.

⁴ Che non consente di riservare al consumo giudizialmente accertato lo stesso trattamento riservato per lo spaccio, cosicché il consumatore trovato in possesso di un milligrammo in più del previsto è sottoposto allo stesso trattamento dello spacciatore.

⁵ Che vieta la punizione di fatti privi di concreta pericolosità per beni altrui.

⁶ Dei comportamenti punibili, la cui determinazione non può essere sostituita da una certezza illegalmente determinata da un atto amministrativo.

divenne elemento costitutivo delle condotte descritte, la destinazione a terzi delle sostanze stupefacenti detenute o acquistate, destinazione non più presunta in ragione della quantità di sostanza detenuta, ma concreta, provando la finalità di cessione a terzi da parte del detentore. Mentre, precedentemente, bastava verificare il superamento del quantitativo-soglia, a seguito del *referendum*, rilevava l'intenzione, di chi detiene ed acquista stupefacenti, di cedere la sostanza a terzi.

Successivamente, tale disciplina venne nuovamente modificata con la l. n. 49/2006 (Legge Fini-Giovanardi), con radicale modifica dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990, mediante l'eliminazione non solo della distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, ma anche attraverso la modifica del sistema elencativo previsto agli artt. 13 e 14, riducendo le tabelle a due, e di conseguenza il regime sanzionatorio.

Come è noto, prima del *referendum* abrogativo del 1993, il d.P.R. n. 309/1990, utilizzava un criterio oggettivo-quantitativo per differenziare tra condotte di ricezione, acquisto e detenzione penalmente o solo amministrativamente rilevanti: costituivano, infatti, illecito amministrativo solo l'acquisto, l'importazione e la detenzione per uso personale, nel limite della "dose media giornaliera".

L'esito del *referendum* abrogativo, cui è stato dato formale applicazione con il d.P.R. n. 171/1993, ha comportato l'abrogazione delle norme, contenute nel t.u., che sanzionavano penalmente il procacciamento e la detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti ed in particolare dell'inciso, contenuto nell'art. 75, che escludeva la rilevanza penale della sola ricezione e detenzione di sostanze stupefacenti in dose non superiore a quella media giornaliera. A seguito di tali modifiche, l'acquisto per uso personale di stupefacenti era comportamento illegale ma in ogni caso penalmente irrilevante; correlativamente la norma incriminatrice contenuta nell'art. 73 t.u. andava interpretata nel senso che le condotte ivi descritte - limitatamente alla importazione, acquisto o illecita detenzione - erano riferite all'ipotesi in cui emergeva la destinazione ad uso di terzi, e non personale, delle sostanze stupefacenti detenute o acquistate.

L'eliminazione del limite quantitativo fisso non rese evidente la distinzione tra l'ipotesi sanzionata soltanto in via amministrativa e le fattispecie di rilevanza penale.

Nella giurisprudenza di legittimità, vennero elaborati alcuni criteri per la valutazione prognostica della destinazione della sostanza: venivano a tal fine considerate tutte le circostanze soggettive ed oggettive del fatto, con particolare riferimento agli indici sintomatici rappresentati dalla quantità, qualità e composizione della sostanza, di attrezzature per la pesatura o di mezzi per il confezionamento delle dosi.

Tali criteri vennero poi recepiti dal legislatore che, con il d.l. n. 272/2005, convertito con modifiche dalla

l. n. 49/2006, ha modificato in parte le disposizioni del d.P.R. n. 309/1990, come modificato a seguito del referendum del 1993.

2. L'assimilazione delle droghe leggere a quelle pesanti. Profili di illegittimità costituzionale

Un primo ed importante intervento della l. n. 49/2006 è stato l'introduzione degli artt. 4-*bis* e 4-*ter* che hanno novellato gli artt. 73 e 75 del d.P.R. n. 309/1990.

La novità introdotta è quella afferente l'assimilazione delle droghe leggere a quelle pesanti: tutte le sostanze vietate sono ormai ricomprese in un'unica tabella (la tabella I). Tale assimilazione ha determinato nell'art. 73 del t.u. la conseguente scomparsa delle due fattispecie di reato differenti, originariamente previste a seconda che la condotta incriminata avesse avuto ad oggetto appunto droghe pesanti o droghe leggere⁷.

In particolare, la l. n. 49/2006, ha parificato il trattamento sanzionatorio, dapprima differenziato, previsto per i reati aventi ad oggetto le droghe pesanti e le droghe leggere (rispettivamente indicate nelle previgenti tabelle I e III, II e IV). In particolare, vi è stato un aggravamento per le (*ex*) droghe leggere, passando da un minimo di due anni ed un massimo di sei anni di reclusione, ad una pena edittale che va da un minimo di sei anni ad un massimo di venti anni; viceversa, le condotte aventi ad oggetto le (*ex*) droghe pesanti hanno avuto un'attenuazione del trattamento sanzionatorio, passando da un minimo di otto anni ed un massimo di venti anni di reclusione ad una pena edittale minima di sei anni e massima di venti anni.

Tale decisione si spiegava analizzando le considerazioni espresse nella "relazione di accompagnamento" al disegno di legge governativo, al quale si è conformato, e precisamente, si affermò che tale distinzione non aveva ragione di esistere in quanto, i risultati della ricerca tossicologica, avevano dimostrato che nel corso degli anni numerosi principi attivi di alcune sostanze stupefacenti erano aumentati notevolmente.

Tale assimilazione, secondo il ragionamento della Corte di Cassazione, è stata frutto di una scelta discrezionale del legislatore basata sull'adesione ad una determinata opinione scientifica, cui ovviamente può opporsi, in modo legittimo, ma in termini tali da non determinare censure di irragionevolezza, la diversa opinione basata sulla non assimilabilità delle sostanze sotto il profilo della gravità degli effetti che queste sono in grado di determinare.

Inoltre, si è evidenziato che, per compensare l'oggettivo aggravamento del trattamento sanzionatorio per le *ex* droghe leggere, il legislatore ha comunque ridotto i minimi edittali dell'originaria formulazione dell'art. 73, il che dovrebbe consentire al giudice di applicare la sanzione in primo luogo con attenzione

proprio alla "natura" della sostanza oggetto della condotta incriminata⁸.

3. I profili di problematica compatibilità con la riserva di legge

La l. n. 49/2006, inoltre, ha distinto le condotte delittuose in due distinti commi (art. 73 cc. 1 e 1-*bis*) evidentemente per accentuare la distinzione tra quelle per le quali la rilevanza penale prescinde da ogni considerazione "finalistica" dell'oggetto materiale della condotta, ovvero la sostanza stupefacente, da quelle in cui la condotta è ritenuta penalmente rilevante solo se l'oggetto materiale non sia destinato esclusivamente ad uso personale, per le quali, necessita la prova concreta della destinazione di almeno parte della sostanza a terzi.

Anche nel nuovo sistema, peraltro, resta fermo il principio secondo cui la prova della sussistenza della destinazione della sostanza "*ad un uso non esclusivamente personale*" costituisce un elemento costitutivo del reato di cui all'art. 73 e, come tale, è a carico dell'accusa⁹. D'altra parte, l'accusa, nell'assolvere il suddetto onere probatorio, trova un supporto valutativo nei parametri "indiziari" indicati dalla norma: la "quantità della sostanza"; le "modalità di presentazione della sostanza" (peso lordo e frazionamento in dosi commerciali); le "circostanze dell'azione" (circostanze oggettive del sequestro; rinvenimento di sostanza da taglio; etc.).

A seguito di tale distinzione di condotte e della previsione dell'art. 73 c. 1-*bis*, si è posta la questione riguardo il rapporto tra legge e atto sub legislativo, nell'ambito del principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.

L'art. 73 c. 1 t.u. vieta, sotto minaccia di pena, di coltivare, produrre, fabbricare, etc., sostanze stupefacenti o psicotrope in assenza di autorizzazione; alcune sostanze stupefacenti o psicotrope sono individuate in tabelle allegate alla legge, per il cui completamento e aggiornamento l'art. 13 della stessa legge rinvia ad un decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

Allo stesso modo, anche il c. 1-*bis* dell'art. 73, vietando la «detenzione di sostanze stupefacenti che per quantità non sono destinate ad uso esclusivamente personale», rinvia la fissazione dei limiti quantitativi ad un decreto interministeriale¹⁰. In questo caso, ciò

⁸ AMATO, *La costituzionalità della parificazione delle sostanze stupefacenti e gli effetti sull'apprezzamento del fatto di "lieve entità"*, in *Cass. pen.*, 2009, 4.

⁹ In termini, *Cass. pen.*, sez. IV, 4 giugno 2004, n. 22968, secondo cui, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, non è la difesa a dover dimostrare l'uso personale della droga detenuta, bensì è l'accusa che, secondo i principi generali, deve dimostrare la detenzione della droga per uso diverso da quello personale.

¹⁰ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012.

⁷ *Cass. pen.*, sez. IV, 21 febbraio 1997, n. 20787.

che la legge demanda al potere esecutivo non è un'integrazione di tipo tecnico basata su elementi scientifici in un certo senso vincolanti, ma un potere "politico" altamente discrezionale. Pertanto la norma penale richiamata sarebbe incostituzionale, in quanto sottrae al Parlamento il potere "politico" di individuare precise fattispecie di reato e relative sanzioni, in contrasto con il principio di riserva di legge in materia penale¹¹.

4. La c.d. soglia drogante introdotta dalla l. n. 49/2006

Ulteriore tematica affrontata dalla giurisprudenza è quella relativa alla c.d. soglia drogante, ossia la quantità minima di principio attivo che deve essere presente nello stupefacente ceduto affinché tale dazione configuri un illecito penale.

La giurisprudenza ha cercato di fissare il quantitativo minimo, variabile a seconda del tipo di sostanza, sufficiente a determinare l'effetto drogante, per determinare un limite di punibilità della condotta di cessione quanto più omogeneo possibile. Accanto a sentenze che fissavano tale soglia, altre pronunce negavano valore al principio della "soglia drogante", ritenendo che la cessione di sostanza stupefacente dovesse essere punita sempre¹². Ogni cessione di stupefacenti era da considerarsi illecita, anche se non erano stati superati i limiti quantitativi per determinare l'effetto stupefacente. La *ratio* della disciplina del d.P.R. n. 309/1990 era da ricercare nella tutela della salute e sicurezza pubblica, pertanto gli unici casi di inoffensività della condotta erano quelli in cui la stessa si presentava inidonea in astratto ed in assoluto, mentre era impossibile assegnare tale inidoneità alla singola dose ceduta atteso che il concreto effetto drogante variava da persona a persona.

Le modifiche apportate dalla l. n. 49/2006 hanno sostenuto il principio di offensività poiché la previsione di limiti quantitativi per la rilevanza penale del fatto, sembra indicare una soglia minima al di sotto della quale la cessione non è punibile. Poco dopo l'entrata in vigore della riforma, la Cass. rimetteva la questione alle sez.un., rilevando che l'introduzione della "dose media giornaliera" prevista dal decreto ministeriale attuativo del c. 1-*bis*, non consentiva di ignorare il problema della lesione del principio di offensività nei casi di assenza di effetto drogante. Le Sezioni unite ribadivano la distinzione concettuale tra "dose media giornaliera" e "soglia drogante", precisando che il mancato superamento della prima non implica di per sé l'assenza dell'effetto drogante¹³.

La motivazione della sentenza afferma che il decreto del Ministero della Salute dell'11 aprile 2006, che ha indicato i limiti quantitativi massimi ai fini previsti dall'art. 73, c. 1-*bis*, t.u., individua la dose media sin-

gola «*intesa come la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente o psicotropo*», come base del calcolo per ritenere presunta la detenzione al fine di spaccio. Nel decreto medesimo è stato poi indicato, per ciascun tipo di sostanza stupefacente, la corrispondente dose media singola.

Per quanto detto, ogni volta che si accerti il superamento della dose media singola, la cessione si deve considerare reato.

5. Le fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990: elementi di dubbia compatibilità con il principio di offensività

È stata posta la questione della coerenza con il principio di offensività dell'intera disciplina penale dettata dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, nella parte in cui incrimina una serie di condotte a prescindere dalla circostanza che le stesse abbiano ad oggetto quantitativo di stupefacente al di sopra della c.d. soglia drogante.

In giurisprudenza è emerso l'orientamento secondo cui la cessione di sostanze stupefacenti contenenti un quantitativo di principio attivo che esclude l'efficacia drogante, non configura reato, in quanto l'azione è inidonea ad offendere l'interesse protetto, ovvero la salute psico-fisica di chi assume la sostanza¹⁴.

Sono però intervenute le Sezioni unite, che hanno ribaltato tale interpretazione affermando che, in mancanza di certezza scientifica per l'individuazione delle soglie droganti delle sostanze, l'ordinamento accoglie una nozione legale e non farmacologica di stupefacente, sicché l'interprete deve verificare che la sostanza ceduta coincida con quella indicata nelle tabelle ministeriali. Si è inoltre rimarcato che il bene protetto dalla norma non è solo la salute individuale, ma anche la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, tutti lesi anche per effetto della cessione di sostanze pure prive di efficacia drogante.

Tale posizione ha destato però numerose perplessità in dottrina.

È stata così prospettata la possibilità di un'interpretazione "teleologica" della fattispecie incriminatrice, fondata sul collegamento tra le disposizioni di cui agli artt. 13 e 14 t.u., da un lato, e l'art. 73 t.u., dall'altro; la lettura combinata delle citate previsioni, facendo riferimento agli effetti droganti delle sostanze stupefacenti e psicotrope, permetterebbe di inserire nella struttura della fattispecie astratta un elemento di tipo quantitativo, la cui concretizzazione è affidata all'apprezzamento del giudice: nell'individuazione del concetto di sostanza stupefacente o psicotropa teleologicamente orientata alla tutela della salute pubblica risulterebbe, pertanto, indefettibile la presenza di un principio attivo avente efficacia drogante¹⁵.

¹¹ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2012, p. 47 ss.

¹² Cass. pen., sez.un., 24 giugno 1998, n. 9973.

¹³ Cass. pen., sez.un., 29 novembre 2007, n. 47472.

¹⁴ Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 1659.

¹⁵ BARTOLI, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e "concezione realistica" del reato*, in *Dir. pen. processo*, 1999, p. 317 ss.

Inoltre, per essere oggetto della condotta tipica, le sostanze stupefacenti o psicotrope dovrebbero rispondere a due requisiti specifici: l'uno sostanziale (avere efficacia stupefacente o psicotropa) e l'altro formale (rientrare negli appositi elenchi tabellari), sicché soltanto qualora entrambe queste condizioni siano soddisfatte potrebbe parlarsi di sostanza rispetto alla quale le condotte descritte nell'art. 73 siano penalmente rilevanti¹⁶. In mancanza, dunque, non potrebbe dirsi integrata la fattispecie.

In tale prospettiva, la natura stupefacente o meno della sostanza non dipende tanto da una sua caratteristica astratta, quanto piuttosto dalla concreta efficacia del principio attivo in essa contenuto, determinando in tal modo l'effetto lesivo del bene giuridico presidiato.

6. L'ipotesi di "coltivazione domestica" e le problematiche in punto di offensività

A seguito della modifica referendaria del 1993, ed in particolare dell'abrogazione del trattamento differenziato previsto per la condotta di coltivazione, destinata a costituire in ogni caso illecito penale, rispetto alle altre ipotesi previste dal c. 1 dell'art. 73, sorsero dubbi circa la compatibilità degli artt. 75 e 73 t.u., rispettivamente con il principio di uguaglianza (*sub specie* di ragionevolezza e parità di trattamento *ex art. 3 Cost.*) ed il principio di offensività.

La Corte costituzionale¹⁷ si è pronunciata, vagliando la legittimità costituzionale:

dell'art. 75 t.u., come modificato a seguito del d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171 (*referendum* abrogativo), nella parte in cui non prevede che anche la coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti venga punita soltanto con sanzioni amministrative se finalizzata all'uso personale;

dell'art. 73 t.u., nella parte in cui prevede l'illiceità penale della condotta di coltivazione di piante indicate dall'art. 26 del medesimo t.u., da cui si estraggono sostanze stupefacenti o psicotrope univocamente destinate all'uso personale, indipendentemente dalla percentuale di principio attivo contenuta nel prodotto della coltivazione stessa.

La Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale.

In particolare, quanto alla pretesa violazione del principio di uguaglianza *sub specie* di ragionevolezza e parità di trattamento *ex art. 3 Cost.*, ha concluso per la non irragionevolezza della mancata previsione della condotta di coltivazione, quando destinata all'uso personale, tra quelle punite soltanto con sanzioni amministrative *ex art. 75*. Invero, la detenzione, l'acquisto e l'importazione di sostanze stupefacenti per uso

personale rappresentano condotte collegate immediatamente e direttamente all'uso stesso, il che rende non irragionevole un atteggiamento meno rigoroso del legislatore nei confronti del responsabile; nel caso della coltivazione manca, invece, questo nesso di immediatezza con l'uso personale e ciò giustifica un possibile atteggiamento di maggior rigore. A ciò va aggiunto che, nella detenzione, nell'acquisto e nell'importazione, il quantitativo della sostanza è certo e determinato e consente, valutato unitamente alle altre circostanze oggettive e soggettive della condotta, un giudizio prognostico sulla effettiva destinazione della sostanza.

Per converso, nella coltivazione non è apprezzabile *ex ante*, con sufficiente grado di certezza, il quantitativo di sostanza stupefacente estraibile dalle piante, onde la conseguente valutazione circa la futura destinazione, all'uso personale e/o di terzi, appare ipotetica e non affidabile. Il che si risolve in una maggiore pericolosità della condotta, fondata sul rilievo che questa è destinata ad accrescere il quantitativo di sostanza stupefacente presente sul mercato.

Quanto alla dedotta violazione del principio di offensività, la Corte, distingue l'accezione "astratta" del principio e la sua dimensione "concreta".

Riguardo all'offensività in "astratto", essa è rivolta al legislatore, il quale incrimina condotte lesive o pericolose di beni giuridici meritevoli di tutela, in particolare quello della salute, esposto a pericolo per effetto di condotte implicanti la produzione di nuove sostanze stupefacenti. Si evidenzia, infatti, che l'astratta pericolosità della condotta di coltivazione deriva anche dall'impossibilità di determinare a priori il prodotto stupefacente ricavabile, e la sua potenzialità diffusiva. Al contrario, l'offensività nella sua dimensione in "concreto" è rivolta al giudice, il quale opta per interpretazioni della norma incriminatrice, coerenti, per quanto possibile, con l'esigenza di un fatto concreto obiettivamente dotato di lesività quanto meno potenziale.

È bene precisare che, in questi casi, il discrimine con l'illiceità penale non è costituito dalla destinazione ad uso di terzi ma dall'inesistenza della ripetuta offensività in concreto.

In giurisprudenza, riguardo al principio di offensività ed alla possibilità se questo potesse fungere da criterio interpretativo, e limite, della disposizione incriminatrice *ex art. 73 t.u.*, si erano affermate tre tesi.

Secondo un primo e rigido orientamento, la previsione del t.u. non distingue a seconda della destinazione della coltivazione, integrandosi il reato anche in presenza di un numero esiguo di piantine, a prescindere dalla presenza di fattori qualitativi (grado di tossicità) e quantitativi.

In quest'ottica, la destinazione ad uso personale non potrebbe assumere alcun valore scriminante, sia perché difetterebbe il nesso di immediatezza della coltivazione con l'uso personale, sia perché non potrebbe

¹⁶ MUCCIARELLI, *Il nome delle cose: la determinazione della qualità stupefacente di una sostanza fra requisito di fattispecie, estremo di necessaria offensività e irrilevanza*, in *Foro ambr.*, 2000, 241 ss.

¹⁷ Corte cost. n. 360/1995, in *Foro it.*, 1995, I, 3083.

determinarsi *a priori* la potenzialità della sostanza stupefacente ricavabile.

Per un secondo, e meno rigido, orientamento, la realizzazione del delitto di coltivazione andrebbe esclusa soltanto in presenza di un dato quantitativo estremamente ridotto. Sebbene infatti il legislatore abbia, nelle sue previsioni, presunto una oggettiva pericolosità in fatto di coltivazioni di stupefacenti, la coltivazione di un solo esemplare di pianta proibita verrebbe a privare dei crismi della tipicità la condotta concreta.

Per un terzo orientamento, minoritario, infine, sarebbe stato necessario distinguere tra due forme di coltivazione. Sarebbe certamente punibile quella definita “tecnico-agraria”, caratterizzata da un elevato coefficiente organizzativo desumibile dal tipo di coltivazione posta in essere, dal tipo di semina e di governo della coltivazione, dalla disponibilità di attrezzi, strutture e sostanze da cui desumere un approccio chiaramente imprenditoriale nella coltivazione. Al contrario, la coltura c.d. domestica, effettuata in via approssimativa e rudimentale e i cui frutti sarebbero funzionali ad un utilizzo meramente personale, sarebbe equiparabile, sul piano del trattamento penale, alla mera detenzione e, come tale, non assumerebbe rilievo penale, attesa la destinazione ad uso personale della sostanza estraibile dalla pianta coltivata.

A dirimere il contrasto, nella vigenza dell'art. 73 riformato, sono intervenute le Sezioni unite con due pronunce “gemelle” (n. 28605 e n. 28606 del 2008), optando per il secondo orientamento.

La Corte ha richiamato, conformandosi, gli argomenti già esposti dalla Corte costituzionale e precisamente, ha fatto riferimento alla mancanza del nesso di immediatezza tra la coltivazione e l'uso personale ed all'impossibilità di determinare *ex ante* la potenzialità della sostanza drogante ricavabile dalla coltivazione. Inoltre, la condotta di coltivazione, anche dopo l'intervento normativo del 2006, non è stata richiamata dall'art. 73, c. 1-bis, né dall'art. 75, c. 1, d.P.R. n. 309/1990, ma solamente dal novellato art. 73, c. 1.

Alla luce del tenore letterario delle norme, quindi, sarebbe del tutto arbitraria la distinzione tra coltivazione in senso “tecnico-agrario” ovvero imprenditoriale e coltivazione “domestica”. Qualsiasi tipo di coltivazione è caratterizzato da un dato essenziale e distintivo rispetto alla fattispecie di detenzione, che è quello di contribuire ad accrescere la quantità di sostanza stupefacente esistente sul mercato, sì da meritare un trattamento sanzionatorio diverso e più grave.

Le Sezioni unite si soffermano quindi sul problema del rapporto tra la fattispecie di coltivazione ed il principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*), sostanzialmente recuperando l'insegnamento della Corte costituzionale; detto principio opera su due piani, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano, già in astratto, un contenuto lesivo (offensività in astratto), e dell'ap-

plicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad attribuire rilievo a quei soli fatti concretamente offensivi dell'interesse tutelato.

In ossequio al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, le Sezioni unite concludono sostenendo 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.

Dunque, sebbene la Corte abbia optato per l'orientamento più rigido esistente in materia, la stessa puntualizza la necessità di ricorrere al principio di offensività quale criterio fondamentale a cui il giudice deve far ricorso nell'applicazione concreta delle singole fattispecie incriminatrici.

7. La “lieve entità” del fatto ex art. 73, c. 5: circostanza attenuante o titolo autonomo di reato?

L'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, al c. 5, prevede un trattamento di minor rigore nelle ipotesi in cui i fatti siano di “lieve entità”, e cioè «per i mezzi, per le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze». L'attenuazione del trattamento sanzionatorio trovava applicazione sia con riguardo alle condotte di cui al c. 1 dell'art. 73 sia per quelle di cui al c. 1-bis della stessa disposizione.

La norma era stata introdotta per consentire al giudice di riequilibrare la severità delle scelte sanzionatorie operate con la riforma del 1990, comportanti l'applicabilità delle gravi pene previste dall'art. 73 alle fattispecie prima riconducibili al reato di spaccio di modiche quantità di stupefacenti ed alla detenzione per uso personale di quantitativi superiori al limite della dose media giornaliera, limite solo successivamente eliminato a seguito del *referendum* abrogativo del 1993¹⁸.

In origine la norma stabiliva una diversa misura della riduzione della sanzione edittale a seconda che le condotte avessero ad oggetto droghe c.d. pesanti o droghe c.d. leggere. Con il venir meno di tale distinzione, la quantificazione della pena venne rideterminata in una misura unica (reclusione da uno a sei anni e della multa da euro tremila ad euro ventiseimila), a prescindere cioè dalla tipologia delle sostanze stupefacenti, con la conseguenza pratica di un generalizzato inasprimento della risposta sanzionatoria.

La *ratio* della norma è stata ravvisata nell'esigenza di temperare il rigore sanzionatorio a cui sono soggette tutte le condotte previste dall'art. 73 in relazione ai fatti connotati da una ridotta dimensione offensiva. Al riguardo, la dottrina ha rilevato come si tratti di

¹⁸ PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994, p. 163.

un'ipotesi con la quale il legislatore ha perseguito l'obiettivo di trovare una via di mezzo tra le situazioni di cui agli artt. 75 e 76 sanzionate in via amministrativa e quelli di cui all'art. 73 sanzionati pesantemente come delitti.

Quanto alla natura della previsione di cui all'art. 73 c. 5, secondo la prevalente dottrina¹⁹ e giurisprudenza di legittimità, si tratta di una circostanza attenuante, ad evidente effetto speciale, e non di un titolo autonomo di reato, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità della sostanza) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva.

Del resto, che si tratti di una circostanza attenuante, si evince dalla stessa struttura della fattispecie che si fonda su di una specificazione, su una variante di intensità di corrispondenti elementi generali della fattispecie incriminatrice semplice, atteggiandosi dunque come un tipico elemento accidentale del reato che incide sulla "quantità criminosa" attenuando la responsabilità del colpevole.

Dalla riconosciuta natura di circostanza attenuante consegue, quale corollario, che l'attenuante in parola è soggetta al giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p. qualora concorrano circostanze di segno opposto. Trattandosi di una circostanza ad effetto speciale, nel caso di concorso con una circostanza aggravante, si applica la previsione dell'art. 69 c. 4 c.p., ossia l'obbligatorio giudizio di comparazione, e non la disposizione dell'art. 63 c. 3 c.p., che riguarda esclusivamente il concorso di circostanze omogenee.

In dottrina si riscontrano, peraltro, anche opinioni discordanti, nel senso di riconoscere alla previsione di cui all'art. 73 c. 5, natura di titolo autonomo del reato²⁰.

Con l'entrata in vigore, in data 24 dicembre 2013, del d.l. n. 146, (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), il legislatore ha disposto la sostituzione dell'art. 73, c. 5, t.u. con il seguente comma: «5. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, 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, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000*».

La disciplina della c.d. ipotesi di lieve entità è stata quindi novellata non solo attraverso la riduzione del massimo pena detentiva edittale, portata da sei a

cinque anni di reclusione, ma anche attraverso quella modifica che, già da una prima lettura, delinea una autonoma ipotesi di reato e non più una circostanza attenuante. L'opinione è sorretta sia dalla presenza della clausola di riserva (*"salvo che il fatto costituisca più grave reato"*) sia dalla nuova formulazione letterale laddove, in particolare, all'espressione *"si applicano le pene"* oggi corrisponde *"è punito"*, con riferimento ad *"uno dei fatti previsti dal presente articolo"*.

In precedenza, infatti, trattandosi di circostanza attenuante (del c.d. fatto di lieve entità), l'ipotesi lieve era soggetta al giudizio di comparazione con le aggravanti eventualmente contestate, di talché, in caso di ritenuta equivalenza, la pena veniva determinata sulla base della sanzione edittale prevista per le fattispecie di cui al primo comma dell'art. 73 (reclusione da sei a venti anni e multa da 26.000 ad 260.000 euro). La natura di autonoma ipotesi di reato, per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. n. 146/2013, comporta invece, in caso di riconoscimento di attenuanti e/o di aggravanti, l'applicazione dei criteri di cui agli artt. 63 e ss. c.p. con la conseguenza che, operando il giudizio di comparazione, la pena base sarà, in caso di equivalenza delle circostanze, quella prevista dalla nuova fattispecie (reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 3.000 ad euro 26.000).

Tra le altre conseguenze maggiormente rilevanti per effetto della nuova natura di fattispecie autonoma, vi sono quelle derivanti dai rapporti con le norme codicistiche in materia di prescrizione del reato, i cui termini risulteranno fortemente ridotti. Essendo infatti determinati, ai sensi dell'art. 157, cc. 2 e 3, c.p., sul massimo della pena edittale, senza tenere conto delle attenuanti (anche se ad effetto speciale)²¹, il termine di prescrizione si determinerà in 6 anni e non, come avveniva in precedenza, in 20 anni.

Il legislatore non è intervenuto, invece, per tipizzare l'elastica formula del fatto di "lieve entità", sebbene essa abbia formato in passato oggetto di contrastanti pronunce. Il quinto comma dell'art. 73 si riferisce, invero, ai fatti previsti nello stesso art. 73 che siano di "lieve entità" e ciò per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze.

Secondo un orientamento maggioritario, i presupposti su cui si fonda il giudizio di lieve entità del fatto devono essere apprezzati sulla scorta di una valutazione globale. Com'era stato affermato già prima del referendum abrogativo del 1993, perché possa configurarsi l'attenuante di cui all'art. 73 c. 5, è dunque necessario non solo che la quantità della sostanza stupefacente non superi la soglia della modica quantità, ma anche che il fatto presenti connotati tali da poter essere definito di lieve entità, vale a dire di minore offensività per la collettività.

¹⁹ AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2005, p. 149; AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991, p. 69.

²⁰ BARTONE - IAZZETTI - IZZO, *Stupefacenti e sostanze psicotrope*, Napoli, 1991, p. 34.

²¹ Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 4032.

Con riguardo ai mezzi e alle modalità, si osserva che si tratta di indici della portata oggettiva dell'attività svolta dall'agente, nel senso che questa deve connotarsi per la sua modestia e per il ristretto ambito del mercato di riferimento.

La qualità, invece, è il parametro concernente il basso tasso di principio attivo presente nella sostanza oggetto dell'attività incriminata, in quanto tale direttamente destinata a far fronte al diretto consumo degli aventi causa e, comunque, non suscettibile di ulteriori significativi tagli. Peraltro, per la Cass. è possibile attribuire rilievo non soltanto alla maggiore o minore purezza della sostanza, ma anche alla natura della stessa.

In ordine alla quantità della sostanza, infine, va rilevato come la disposizione in esame, benché sia rimasta formalmente invariata anche con a seguito del recente intervento legislativo, risente tuttavia, sul piano applicativo, della introduzione, nel c. 1-*bis* lett. a) dello stesso art. 73, del criterio di valutazione del quantitativo di sostanza stupefacente correlato ai limiti massimi di principio attivo individuati nel decreto ministeriale 11 aprile 2006.

A fronte di detti parametri di carattere oggettivo, si pongono le "circostanze dell'azione", nell'ambito del cui concetto la Corte costituzionale, con le due pronunce dell'11 luglio 1991, n. 333 e del 27 marzo 1992, n. 133, ha ricondotto anche le condizioni soggettive dell'agente, e dunque anche la sua personalità, specie se trattasi di soggetto tossicodipendente o comunque di emarginato sociale, e le finalità della sua condotta, delle quali pertanto dovrà tenersi conto per la configurabilità di tale ipotesi.

Inoltre, la riforma del 2006, modificando l'art 73 t.u. ha introdotto il c. 5-*bis*, a norma del quale, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione pena su richiesta delle parti, per le ipotesi di fatto di "lieve entità", può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie previste al c. 5 del medesimo articolo, la pena del lavoro di pubblica utilità, di cui all'art. 54 d.lgs. n. 274 del 2000.

La sostituzione con la pena del lavoro di pubblica utilità può avvenire solo a determinate condizioni: il soggetto interessato alla sostituzione della pena, vale a dire l'imputato, deve essere persona tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope; il giudice non deve ritenere che possa o debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena; l'imputato deve fare richiesta della sospensione della pena; deve essere sentito il pubblico ministero²².

Più recentemente, il d.l. n. 78/2013, convertito con modificazioni nella l. n. 94/2013, ha disposto, con l'art. 3, c. 1, l'introduzione del c. 5-*ter* all'art. 73. Si è trattato di un intervento finalizzato a consentire una più ampia fruizione del lavoro di pubblica utilità per il condan-

nato tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, sulla scorta della considerazione che, per questi soggetti, la richiesta prestazione lavorativa favorisca il processo risocializzativo senza vanificare le esigenze retributive. La novella tende dunque a dilatare l'ambito di operatività dell'art. 73, c. 5-*bis*, t.u. Il d.l. aveva esteso l'applicazione dell'istituto a tutti i reati commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, con esclusione, in ragione della loro più intensa gravità, di quelli elencati nell'art. 407, c. 2, lett. a) c.p.p. In sede di conversione in legge, la disposizione è stata limitata nella sua operatività: il lavoro di pubblica utilità potrà essere disposto «anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta». In secondo luogo, il diverso reato deve essere stato commesso dalla persona tossicodipendente o dall'assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale. Infine, il giudice deve avere inflitto una pena non superiore ad un anno di detenzione per reati diversi da quelli previsti dall'art. 407, c. 2, lett. a) c.p.p., ai quali sono stati aggiunti anche quelli contro la persona.

8. L'atteso intervento della Corte Costituzionale e la pronuncia n. 32/2014

Con la sentenza n. 32/2014 la Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della l. 21 febbraio 2006, n. 49».

Nel corpo della motivazione la Corte precisa che «una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate riprende applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 nel testo anteriore alle modifiche con queste apportate».

La "disapplicazione" nei processi delle norme dichiarate incostituzionali, attenendo a situazioni anteriori alla decisione della Corte, permette di postulare una sorte di retroattività degli effetti della pronuncia di incostituzionalità. In questo caso, si tratta di un'invalidità originaria delle norme oggetto della declaratoria di incostituzionalità: norme che la pronuncia della Corte costituzionale ha fatto venir meno *ex tunc*, con efficacia retroattiva, come se le norme annullate non fossero mai venute alla luce; ripristinando oltretutto in tale ambito la previgente disciplina, con la relativa distinzione giuridica e di pena tra droghe pesanti e leggere.

È possibile, sin da ora, rilevare che l'intervento demolitorio della Corte ha reintrodotta un regime sanzionatorio maggiormente gravoso per le c.d. droghe pesanti e, invece, più favorevole per le c.d. droghe leggere, il che impone l'attenta verifica della disciplina applicabile ai processi in corso.

La questione di legittimità era stata sollevata dalla Corte di Cassazione per violazione dell'articolo 77

²² OPILIO - PORTELLI, *La disciplina delle sostanze stupefacenti. L'illecito penale e amministrativo*, Padova, 2008.

Cost., perché nel 2006 furono inseriti nella legge di conversione del decreto molti emendamenti che, secondo la S.C., erano estranei all'oggetto e alla finalità del testo di partenza; in altre parole, secondo i giudici remittenti, mancherebbe il nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge, formato dal governo, e legge di conversione. La riforma, infatti, era stata attuata inserendo in un decreto-legge concernente le Olimpiadi invernali di Torino, con un maxi-emendamento al disegno di legge per la conversione, norme che il Parlamento stava esaminando da tempo, prive della minima coerenza con l'oggetto del provvedimento d'urgenza adottato dal Governo.

L'incostituzionalità sussisterebbe, sia per la carenza di coerenza interna della norma oggetto di valutazione rispetto alla più complessiva materia disciplinata da altre disposizioni del d.l. in cui la stessa è inserita, sia perché non sarebbe rinvenibile, nel caso di specie, il decisivo requisito della urgenza, che la norma costituzionale prevede espressamente e che, invece, sarebbe stato invocato, nella fattispecie, dal legislatore.

In relazione al primo dei due profili, sin qui trattati, si osserva che l'incoerenza dedotta, deriva da un evidente eccesso di potere in sede di legiferazione, rispetto alla delega originaria.

In buona sostanza il testo della legge di conversione è andato ben oltre i limiti che erano stati sanciti dalla legge delega.

La nuova architettura sanzionatoria, introdotta con la novella della l. n. 49 del 2006, appare, quindi, costituire elemento, assolutamente disomogeneo, se rapportato alla più ampia trama normativa.

La riforma del sistema della pene, così sancita, appare, infatti, all'evidenza, estranea *in toto* sia alle previsioni legislative concernenti le Olimpiadi invernali di Torino, – che apparivano, in rubrica, l'argomento principale e generale del d.l. n. 272/2005, – sia con quelle disposizioni di legge attinenti "i benefici previsti in favore di tossicodipendenti ed alcolodipendenti".

La Corte, quindi, con tale intervento, rileva in concreto un *deficit* legislativo, di necessità e di urgenza, che, in violazione del c. 2 dell'art. 77 Cost., lede irreversibilmente sul piano formale la norma in oggetto.

Un attento esame, quindi, delle condizioni storiche, all'interno delle quali è maturata la novella del 2006, permette alla Corte di affermare testualmente che «...nessun evento improvviso, straordinario poneva l'esigenza di una modifica per decreto».

Il riconoscimento dei presupposti di cui all'art. 77, c. 2, Cost., richiede un'intrinseca coerenza delle norme contenute nel d.l. dal punto di vista oggettivo e materiale, ovvero dal punto di vista funzionale e finalistico. L'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto interrompe il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo sull'urgenza a provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge.

È importante soffermarsi sui criteri da utilizzare per la soluzione dei problemi posti dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma penale.

Preliminarmente, la dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale non è riconducibile alla disciplina della successione delle leggi penali *ex art. 2 c.p.*, ma è soggetta ad una disciplina speciale che si ricava dall'art. 136 Cost., in base al quale «quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Nel caso in cui la dichiarazione di illegittimità riguardi una norma – tale è l'art. 73 della legge Fini-Giovanardi rispetto al precedente art. 73 della legge Iervolino-Vassalli – torna in vita la norma precedente, perché, proprio a causa della sua illegittimità, la norma dichiarata incostituzionale non è idonea a produrre effetti abrogativi.

A questo punto, però, è opportuno chiedersi se la vecchia norma, che torna ad essere applicata, sia più favorevole o no rispetto alla norma dichiarata incostituzionale.

Nel caso in cui la vecchia norma sia più favorevole, *nulla quaestio*; si applicherà quest'ultima. Nel caso, invece, in cui la norma ripristinata sia più sfavorevole la questione si complica, perché, dandole applicazione, si farebbero discendere dalla sentenza della Corte costituzionale effetti pregiudizievoli nei confronti dell'imputato, in contrasto con il principio di cui all'art. 25 co. 2 Cost. Sul punto la giurisprudenza della Corte ha concluso che gli effetti in *malam partem* di una decisione non impediscono di sindacare la legittimità di una norma²³. In ogni caso però, dalla dichiarazione di illegittimità, non possono derivare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato. Da ciò discende che, qualora la vecchia norma, tornata in vigore, contenga una disciplina più sfavorevole rispetto a quella dichiarata incostituzionale, sarà quest'ultima a dover trovare applicazione.

9. Le ricadute della pronuncia costituzionale nella giurisprudenza di merito e di legittimità: i fatti commessi sotto il vigore della legge n. 49/2006

Ai fini di individuare la norma applicabile a chi è ancora *sub iudice* per fatti commessi prima della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, ossia durante la vigenza della Legge Fini-Giovanardi, occorre considerare che: in relazione alle droghe "leggere", la disciplina ripristinata risulta più favorevole rispetto a quella incostituzionale: per questi casi è prevista, oltre alla multa, la reclusione da 2 a 6 anni, anziché da 6 a 20 anni; in relazione alle droghe "pesanti", invece, risulta essere più favorevole la norma incostituzionale: per questi casi è prevista, oltre alla

²³ Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160.

multa, la reclusione da 6 a 20 anni, anziché da 8 a 20 anni.

In relazione alle droghe “leggere”, nei confronti di chi abbia commesso il fatto durante la vigenza della Fini-Giovanardi, ma prima della pubblicazione della sentenza della Corte, sempre che il giudizio sia ancora pendente, il problema dell’individuazione della norma da applicare si risolve facilmente, in quanto si applicherà in ogni caso l’art. 73 nella versione della legge Iervolino-Vassalli, sicuramente più favorevole.

Il problema si complica in relazione alle droghe “pesanti”, rispetto alle quali si pone la questione degli effetti in *malam partem* derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità.

Sul punto nella sentenza n. 32/2014, la Corte, dopo aver osservato che “*gli eventuali effetti in malam partem di una decisione (...) non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata*” afferma essere “compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di incostituzionalità vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione delle leggi penali nel tempo *ex art. 2 c.p.*, che implica l’applicazione della norma più favorevole al reo”. Dunque, nel caso di reati concernenti le droghe “pesanti”, dovrà essere applicata la norma dichiarata incostituzionale, qualora da essa derivi un effetto più favorevole per l’imputato.

10. Il mancato intervento sull’art. 73, c. 5, d.P.R. n. 309/1990, come modificato dalla l. n. 10/2014

Come già anticipato, in seguito all’introduzione dell’art. 2, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, cd. decreto svuota carceri, l’art. 73 c. 5 d.P.R. n. 309/1990 configurerebbe un titolo autonomo di reato e non più una circostanza attenuante.

La stessa Corte di Cassazione, nel porsi il problema della nuova qualificazione giuridica della fattispecie aveva fatto notare come nella nuova formulazione vi fossero una serie di “indici sintomatici del proposito di qualificarla come un autonomo titolo di reato” tra cui veniva segnalato, in particolare, l’inserimento della clausola di sussidiarietà, prova, questa, del fatto che “l’ambito di applicazione della norma è segnato in negativo dalla configurabilità di un più grave reato”, espressione la quale apparentemente presuppone che il fatto considerato dal quinto comma dell’art. 73 costituisca esso stesso già un reato”.

Ad ulteriore conferma della tesi favorevole a riconoscere nella nuova disposizione un titolo autonomo di reato vi sarebbero due elementi d’indole obiettiva, integrati dalle dichiarazioni rilasciate, in sede politica, al momento della deliberazione del d.l. n. 146/2013, dalle quali si evince, per l’appunto, l’intenzione di configurare “una nuova ipotesi di reato in luogo della previgente circostanza attenuante”, nonché dalla relazione al disegno della legge di conversione del decre-

to, che espressamente qualifica, quella del riformulato d.P.R. n. 309/1990, art. 73, c. 5, come fattispecie autonoma di reato.

Chiarito, insomma, che non si è più di fronte ad una circostanza attenuante, è importante soffermarsi sulle conseguenze della recente pronuncia della Corte costituzionale relativa alla legittimità della legge Fini Giovanardi.

In altri termini, con particolare riguardo alla norma di cui al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, art. 2, occorre domandarsi se la stessa, nell’introdurre la fattispecie autonoma di reato di cui al “nuovo” d.P.R. n. 309/1990, art. 73, c. 5, debba ritenersi non più applicabile, perché “divenuta priva del proprio oggetto”, nella misura in cui rinvii a disposizioni caducate, ovvero se la stessa debba continuare ad avere applicazione, in quanto non presupponga la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies *ter* dichiarati costituzionalmente illegittimi.

Ebbene, hanno ritenuto i giudici che l’art. 73, c. 5, d.P.R. n. 309/1990, come modificato dall’art. 2 d.l. n. 146/2013, convertito con modificazioni nella l. n. 10/2014, 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 altre parole, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014, l’efficacia modificativa dell’art. 2 deve ritenersi intervenuta sull’unico testo (valido) del d.P.R. n. 309/1990, art. 73, c. 5, ossia sul testo previgente rispetto alla riforma giudicata costituzionalmente illegittima tornato *ipso iure* in vigore a seguito dell’intervento del giudice delle leggi.

È pertanto in tale prospettiva che pare potersi intendere il passaggio contenuto nella più volte richiamata sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, là dove afferma come «*gli effetti del presente giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il d.l. n. 146 del 2013, sopra citato, in quanto stabilita con disposizione successiva a quella qui censurata e indipendente da quest’ultima*».

11. Il nuovo intervento legislativo: il d.l. 20 marzo 2014, n. 36 e la modifica delle tabelle. Le prime ricadute giurisprudenziali

Con il decreto legge n. 36/2014, il Governo interviene da ultimo a colmare il vuoto normativo creato dalla “caducazione” delle norme dichiarate incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale. In particolare, il decreto è intervenuto a porre rimedio alla caducazione degli artt. 13 e 14 t.u., nonché delle tabelle contenenti l’elenco delle sostanze stupefacenti soggette al controllo del Ministero della salute.

Il nuovo decreto legge ha sostanzialmente ripristinato la disciplina normativa vigente alla data di pubblicazione della sentenza, reintroducendo nelle tabelle tutte le sostanze stupefacenti che vi erano state inserite dal 2006 ad oggi. Ciò in considerazione del fatto che, la pronuncia di incostituzionalità è fondata su di un vizio procedurale e non già sull'illegittimità sostanziale delle norme.

La novità introdotta con il d.l. n. 36/2014 riguarda il numero delle tabelle che non sono più due, come nella legge Fini-Giovanardi, bensì cinque. Nelle prime quattro sono elencate le sostanze stupefacenti e psicotrope poste sotto il controllo delle autorità nazionali ed internazionali; nella quinta sono indicati i medicinali a base di sostanze attive stupefacenti e psicotrope impiegate per l'uso terapeutico.

Detto ciò, è importante osservare che il decreto legge si giustifica in considerazione dell'urgente necessità di assicurare la continuità della sottoposizione al controllo del Ministero della salute delle predette sostanze ed il rispetto delle convenzioni internazionali.

*È evidente però che se la reintroduzione dell'elenco delle sostanze stupefacenti può assolvere a tali funzioni, gli stessi effetti non possono prodursi sul piano del diritto penale*²⁴.

Sotto questo profilo, il problema che si pone è quello della rilevanza delle condotte concernenti le sostanze stupefacenti che sono state inserite nelle tabelle dopo il 2006, ma che devono considerarsi rimosse con effetto *ex tunc*, per effetto della declaratoria di incostituzionalità.

Il d.l. n. 36/2014, reintroducendo nelle tabelle tutte le sostanze inserite tra il 2006 ed il 2014, ottiene il risultato di attribuire rilevanza penale ai fatti di reato concernenti tali sostanze "per il futuro"; ciò soltanto per i fatti commessi successivamente al 21 marzo 2014, ossia alla data dell'entrata in vigore dello stesso decreto.

Ma la disciplina contenuta nel decreto non può applicarsi ai fatti commessi prima, in quanto lo impedisce il principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost.²⁵

Ora, poiché le norme che individuano le sostanze stupefacenti devono ritenersi come norme integratrici della norma di cui all'art. 73 t.u., deve ritenersi che il venir meno di una sostanza dall'elenco degli stupefacenti di cui alle tabelle determini un fenomeno di *abolitio criminis*, con la conseguenza che: per i processi in corso, il giudice dovrà dichiarare l'assoluzione, perché il fatto non costituisce reato; per le condanne già passate in giudicato, dovrà applicarsi l'art. 673 c.p.p. che prevede la revoca della sentenza passata in giudi-

cato per le ipotesi di *abolitio criminis* discendenti da dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Il d.l. n. 36/2014 è stato convertito con modificazioni nella l. n. 79/2014.

La legge di conversione, anzitutto, modifica ancora una volta il c. 5 dell'art. 73 t.u., sotto il profilo sanzionatorio, punendo il fatto di "lieve entità" con la reclusione da 6 mesi a 4 anni e la multa da 1.032 a 10.329 euro.

La nuova disposizione sostituisce quella introdotta dal d.l. n. 146/2013, che era rimasta in vigore nonostante la declaratoria di illegittimità della Fini-Giovanardi.

Dal punto di vista intertemporale, il nuovo c. 5 si applicherà nei processi pendenti per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013, trattandosi di *lex mitior* sopravvenuta più favorevole ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p.

Quanto ai processi ancora pendenti per fatti sempre precedenti al decreto n. 146, la dichiarazione di illegittimità fa sì che debba considerarsi come mai abrogata la disciplina dell'art. 73 c. 5 nella versione originaria (Iervolino-Vassalli), che prevedeva la pena della reclusione da 1 a 6 anni per i fatti concernenti le droghe "pesanti", e la pena della reclusione da 6 mesi a 4 anni per le droghe "leggere". La nuova disciplina è senza dubbio più favorevole per i fatti aventi ad oggetto le droghe "pesanti", e dovrà essere applicata ai sensi dell'art. 2 co. 4 c.p.; mentre rispetto alle droghe "leggere", si dovrà stabilire caso per caso quale sia la disciplina più favorevole.

Quanto, infine, alle sentenze passate in giudicato, si fa oggi riferimento alla decisione delle Sezioni unite di cui si parlerà *infra*.

Un'altra importante modifica introdotta dalla legge di conversione riguarda il ripristino del c. 5-*bis* dell'art. 73 t.u.

Tale comma era stato introdotto dalla dall'art. 4-*bis* del d.l. n. 272/2005, il quale era stato caducato dalla sentenza n. 32/2014. Si ripristina, così, la possibilità di sostituire le pene detentive e pecuniarie per i delitti di cui all'art. 73 c. 5 con la pena del lavoro di pubblica utilità. Tale reintroduzione rende nuovamente applicabile anche il successivo c. 5-*ter* che estendeva la disciplina del c. 5-*bis* anche al tossicodipendente o assuntore abituale condannato per la prima volta a pena detentiva non superiore ad un anno per un reato diverso da quelli di cui al c. 5²⁶.

Trattandosi di norme comunque favorevoli al reo, in forza del principio di cui all'art. 2, co. 4, c.p., i cc. 5-*bis* e 5-*ter* dovranno trovare applicazione in tutti i procedimenti ancora pendenti, non importa se riferiti a fatti commessi prima o dopo l'entrata in vigore della l. Fini-Giovanardi e del d.l. n. 78/2013.

²⁴ VIGANÒ, *Droga: il Governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 24 marzo 2014.

²⁵ GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 870 ss.

²⁶ MANES - ROMANO, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (c.d. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2014.

Devono quindi analizzarsi i casi in cui colui che ha commesso il fatto sotto la vigenza della Fini-Giovanardi, risulti, al momento della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, destinatario di una sentenza già passata in giudicato. La domanda da porsi è se, a seguito della rimozione della norma incostituzionale e della riviviscenza della vecchia disciplina, il condannato possa chiedere la rideterminazione della pena in fase esecutiva nonostante la formazione del giudicato. È chiaro che la questione riguarda il caso delle droghe “leggere”, in quanto il condannato ha interesse all'applicazione della disciplina più favorevole.

A seguito della declaratoria di incostituzionalità, parte della giurisprudenza ha ritenuto possibile il ricorso all'istituto dell'art. 673 c.p.p., quale strumento processuale per provocare la rimodulazione della pena inflitta e passata in giudicato. Tale norma prevede, infatti, l'attivazione dell'incidente di esecuzione, nella specifica ipotesi di abolizione del reato (*abolitio criminis*).

Di contro, invece, la tesi opposta escludeva che si potesse ottenere la revoca della sentenza di condanna, al di fuori di ipotesi di declaratoria di incostituzionalità che si riferisse e colpisse integralmente la norma incriminatrice, vale a dire al precetto violato.

Con pronuncia del 29 maggio 2014, le Sezioni unite hanno affermato un'interpretazione estensiva dell'art. 136 Cost. e della l. n. 87/1953, art. 30, sulla scia della tesi propugnata dalla Cass., sez. I, n. 977/2011, che ebbe a riferirsi all'applicabilità della circostanza aggravante della clandestinità, dichiarata incostituzionale.

In quell'occasione la Corte di legittimità affermò che il combinato disposto delle norme sopra richiamate non consente «*l'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante che sia stata successivamente dichiarata in costituzionalmente illegittima. Sicché spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente e di dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omissa di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto al bilanciamento tra circostanze*».

Vale a dire che una persona condannata in virtù di una pena che sia stata definita successivamente illegale, ha diritto a rimettere in discussione anche una sentenza divenuta definitiva.

Il giudicato, quindi, non è più un dogma assoluto di intangibilità, a fronte di una pronuncia di incostituzionalità che non colpisce direttamente la norma, ma si riferisce solo ad una parte, ossia quella che commina la pena.

Dunque, pare di poter ricavare il principio per cui l'intervento delle Sezioni unite riconosca la facoltà di richiedere la rimodulazione della sanzione inflitta sulla base di una pena, dichiarata illegale – come avvenuto

per la Fini-Giovanardi – basandosi su di una lettura corretta della l. n. 87/1953, art. 30, la quale presenta una previsione più ampia dell'art. 673 c.p.p. e che rimane lo strumento processuale per riproporre la questione al giudicato dell'esecuzione.

Il richiamato dogma dell'intangibilità del giudicato pare, quindi, venire superato dall'esigenza di garantire una giustizia equa anche in relazione alla pena, che costituisce segno evidente sia della pretesa retributiva dello Stato – che deve apparire proporzionata al fatto ed alla persona – sia alla prospettiva di riabilitazione e reinserimento del soggetto.

Il valore della pronuncia di incostituzionalità non può essere ridotta solamente al precetto, perché la forza incriminatrice della norma non è circoscrivibile solo a tale elemento. La pena, quale manifestazione *ab externo*, del potere punitivo e rieducativo dello Stato, conseguenza direttamente correlata alla violazione del precetto che tutela il bene giuridico difeso dalla norma, costituisce componente essenziale della stessa e non può assumere una valenza subordinata.

Una decisione, come la sentenza n. 32/2014, che ha determinato la sua abrogazione, incide in modo indelebile sulla struttura della norma. Giustamente tale effetto ha investito e demolito il giudicato.

Si tratta di un'affermazione giurisprudenziale che completa il significato e la portata della sentenza, perché riconosce al condannato definitivo, il diritto potestativo di chiedere la rimodulazione di un trattamento sanzionatorio, fondato su di una pena, che si ribadisce, è stata dichiarata illegale, parificando la posizione di costui a quella dell'imputato che si trova nella fase cognitiva e può ottenere il beneficio nei successivi gradi di giudizio.

La questione, inoltre, attiene agli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2012, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 69, c. 4, c.p., nella parte in cui vietava di valutare come prevalente la circostanza attenuante dell'art. 73, c. 5, d.P.R. 309/1990, sulla recidiva di cui all'art. 99, c. 4, c.p.

In particolare, il giudice dell'esecuzione, ferme le vincolanti valutazioni di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza di riferimento, nel caso in cui ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, c. 5, ai fini della rideterminazione della pena, dovrà tenere in considerazione il testo della disposizione, come ripristinato a seguito della sentenza n. 32/2014, senza tenere in considerazione le successive modifiche legislative.

12. Conclusioni

Il quadro giurisprudenziale, nondimeno, è ancora lontano da un suo definitivo assestamento.

Viene in rilievo, da ultimo, la decisione resa dalla Terza Sezione in data 27 giugno 2014 (n. 27952) la quale ha ribadito che il nuovo quinto comma dell'art.

73 si applicherà, trattandosi di *lex mitior* sopravvenuta più favorevole ai sensi di cui all'art. 2 co. 4 c.p., a tutti i processi pendenti per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013, e dunque per i fatti commessi a partire dal 24 dicembre 2013.

Quanto ai processi per fatti precedenti a tale data, l'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi comporta che debba considerarsi come mai abrogata la disciplina di cui al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309/90 nella versione originaria della legge "Iervolino-Vassalli", che sanzionava con la reclusione da uno a sei anni e la multa da 2582 a 25.822 i fatti di lieve entità concernenti le droghe cd. "pesanti" e con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da 1.032 a 10.329 quelli riguardanti le droghe "leggere".

In relazione ai fatti commessi fino al 23.12.2013, dunque, la legge vigente al momento del fatto deve considerarsi quella di cui alla Legge Iervolino-Vassalli, rispetto alla quale, per quanto riguarda le c.d. droghe "pesanti", la disciplina oggi vigente è sempre più favorevole, e in quanto tale andrà applicata ai sensi dell'art. 2 co. 4. c.p. in quanto *lex mitior* sopravvenuta rispetto a quella di cui al *tempus commissi delicti*.

Non è ugualmente scontato, invece – evidenza sempre la Corte nella parte motivazionale del suo ragionamento –, che trovi sempre applicazione la nuova legge per le cosiddette droghe leggere.

Il nuovo articolo 73 V co., infatti, prevede oggi per i fatti di lieve entità riguardanti qualunque tipo di stupefacente la medesima pena che la legge Iervolino Vassalli contemplava per le droghe c.d. "leggere". Quella dell'epoca, tuttavia, era pacificamente un'ipotesi di circostanza attenuante ad effetto speciale, mentre quello attuale è un reato autonomo.

Ciò comporterà, dunque, che di volta in volta il giudice sarà chiamato a verificare quale sia in concreto la disciplina più favorevole.

Nella maggior parte dei casi lo sarà la nuova norma in quanto in ogni caso, trattandosi di reato autonomo, le diminuzioni o gli aggravamenti di pena, dovuti alla presenza della recidiva o di altre aggravanti, si applicheranno sulla pena base determinata ai sensi del quinto comma, anziché sulla pena base di cui al quarto comma (che contemplava la reclusione da due a sei anni e la multa da 5164 a 77.468 euro), come sarebbe potuto accadere nel regime previgente in caso di ritenuta prevalenza e equivalenza delle aggravanti.

Non sarà così, però, in tutti quei casi in cui il giudice del merito ritenga quella che era pacificamente una circostanza attenuante qual era il V comma dell'art. 73 d.P.R. 309/90 prevalente su eventuali aggravanti e sulla recidiva.

Va ricordato sul punto, peraltro, che tale giudizio di prevalenza è possibile anche per la recidiva reiterata prevista dall'art. 99 co. 4 c.p. dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2012.

In tali casi, infatti, la norma previgente, secondo la quale il V comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 aveva natura circostanziale, risulta per le droghe leggere in concreto più favorevole, e deve trovare applicazione *ex art. 2 co. 4 c.p.*, in quanto consente al giudice, pur in presenza di circostanze aggravanti o di recidiva, di applicare la sola pena di cui al V comma.

Può affermarsi, dunque, il principio per cui l'art. 73 V co. nella formulazione oggi vigente, introdotta dalla l. 79/2014 trova applicazione a tutti i processi ancora in corso per fatti di lieve entità relativi a droghe "pesanti". Per quelli relativi alle c.d. 'droghe leggere' per fatti commessi fino al 23.12.2013 occorrerà verificare, a parità di pena, se in concreto sia più favorevole per l'imputato l'applicazione della ipotesi di cui al V comma dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 quale ipotesi circostanziale ovvero quale reato autonomo.

Tale *dictum* si salda con i primi pronunciamenti di legittimità, a mente dei quali "*la fattispecie prevista dall'art. 73, comma quinto, del d.P.R. n. 309 del 1990, così come modificata dall'art. 2 del d.l. n. 146 del 2013 (conv. in legge n. 10 del 2014), non costituisce più una circostanza attenuante ma una ipotesi autonoma di reato, che non è stata implicitamente caducata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. n. 272 del 2005*"²⁷.

Tuttavia, 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.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 11110.