

IL "PUNTO" SULLA NORMATIVA SANZIONATORIA DEGLI STUPEFACENTI: TRA CERTEZZA OPERATIVA ED EFFETTI SUL SISTEMA CARCERARIO

GIUSEPPE AMATO*

Con la legge 21 febbraio 2006 n. 49, di modifica del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, si è incisivamente modificata la disciplina sanzionatoria penale e amministrativa delle sostanze stupefacenti, con l'introduzione, tra l'altro, della cosiddetta "normativizzazione" dei parametri indiziari utilizzabili per dimostrare la destinazione illecita della droga in presenza di condotte "neutre" (in primo luogo, quella di detenzione), di per sé, cioè, non autoevidentemente dimostrative della finalità dell'agente. È modifica importante, di cui si vuole apprezzare l'applicazione pratica anche con riferimento agli effetti che il "novum" normativo può avere determinato sul sovraffollamento delle carceri.

SOMMARIO: 1. La "nuova" disciplina degli stupefacenti alla prova dei fatti - 2. Il discrimine tra illecito penale e illecito amministrativo - 3. Il funzionamento della norma - 4. L'onere della prova dell'illecito penale - 5. Onere della prova e parametri indiziari - 6. Onere della prova e onere di allegazione dell'interessato - 7. La valenza presuntiva dei parametri indiziari - 8. Valenza presuntiva e attività di polizia giudiziaria - 9. Valenza presuntiva e provvedimenti *de libertate* - 10. La presunzione (solo) relativa desumibile dai parametri indiziari - 11. La posizione del giudice e la regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" - 12. Parametri indiziari e pronuncia liberatoria - 13. L'assenza di "automatismi" decisori - 14. La presa di posizione della giurisprudenza di legittimità - 15. Le conseguenze pratiche - 16. L'attività della polizia giudiziaria e la convalida dell'arresto - 17. La decisione *de libertate* - 18. La valenza probatoria dei criteri indiziari - 19. Un sistema normativo convincente - 20. La "parificazione" delle sostanze illecite - 21. Gli effetti sul sistema carcerario - 22. La tossicodipendenza e il carcere.

* Procuratore della Repubblica di Pinerolo.

1. La “nuova” disciplina degli stupefacenti alla prova dei fatti

L'applicazione pratica della normativa sugli stupefacenti (d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, come modificato dal decreto-legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49, la cosiddetta legge Fini-Giovanardi) suscita sempre discussioni, dibattiti e polemiche: in tutta probabilità per la persistente rilevanza del fenomeno, ma anche per le scelte ideologiche che, in questa materia, inevitabilmente accompagnano qualsivoglia soluzione legislativa.

Non infrequenti, allora, le critiche al sistema normativo di quelli che lo accusano di non contrastare efficacemente la diffusione della droga, patrocinando rigidi sbarramenti quantitativi superati i quali si dovrebbe ravvisare sempre il reato, e, per converso, le critiche diametralmente opposte di quanti lamentano la criminalizzazione del mero tossicodipendente detentore.

È, poi, sempre aperta la polemica sulla sussistenza del “nesso eziologico” tra il *novum* normativo introdotto con la Fini-Giovanardi e il sovraffollamento carcerario.

In questa prospettiva, vogliamo esaminare senza preconcetti il sistema normativo, come concretamente applicato nella giurisprudenza, sì da verificare la fondatezza o no di queste critiche.

In tal modo, si potrà rispondere ad alcuni quesiti, immediatamente collegati tra loro, la cui soluzione può fornire indicazioni circa l'opportunità di eventuali interventi correttivi di riforma.

Il primo quesito riguarda la “tenuta” del sistema sanzionatorio sotto il profilo della certezza applicativa: siamo in presenza di una normativa che, sotto il versante penalistico, funziona, dando effettiva tranquillità operativa alle forze dell'ordine ed evitando ingiustificati trasferimenti sul piano penale di fatti di mero uso personale? È quesito fondamentale, perché l'intervento normativo del 2006 aveva come finalità proprio quella di perseguire quel risultato di “certezza applicativa” che gli effetti del referendum del 1993 avevano fatto perdere stravolgendo la tenuta complessiva del testo originario del d.p.r. n. 309 del 1990.

Il secondo quesito riguarda il “rapporto causale” tra la normativa sanzionatoria sugli stupefacenti e l'implementazione degli ingressi in carcere: il sovraffollamento del carcere è cioè dovuto anche e soprattutto alle nuove norme sanzionatorie degli stupefacenti? La risposta è condizionata dalla soluzione del primo quesito, nel senso che dovrebbe risponderci positivamente laddove si fosse

costretti ad ammettere che la legge Fini-Giovanardi determina il rischio della sanzione penale nei confronti del mero detentore per uso personale. Ma è condizionata anche dall'apprezzamento degli effetti applicativi determinati dalla parificazione del trattamento sanzionatorio previsto, dalla legge di riforma del 2006, per le droghe "pesanti" e per quelle "leggere", realizzato attraverso l'inserimento di tutte le sostanze vietate nella medesima tabella. In realtà, la risposta, per essere completa, come si vedrà, non può trascurare di considerare gli effetti determinati da un altro importante intervento normativo che, recentemente, ha inciso sul potere discrezionale del giudice in sede di applicazione del trattamento sanzionatorio: si tratta della cosiddetta legge ex Cirielli (la n. 251 del 2005), laddove si è innovata fortemente la disciplina della recidiva.

2. Il discrimine tra illecito penale e illecito amministrativo

Venendo ad affrontare, in dettaglio, il primo quesito, quello sulla "certezza" applicativa delle norme, il giudizio che può formularsi sulla disciplina sanzionatoria è senz'altro positivo.

Deve ragionevolmente ritenersi, infatti, che il discrimine tra il reato e l'illecito amministrativo (che passa, a ben vedere, attraverso la corretta lettura dell'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309) regge alla prova dei fatti, ossia alla prova della concreta applicazione giurisprudenziale.

Si tratta, del resto, di null'altro che della "normativizzazione" (nell'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*)) dei criteri che, in precedenza, nel sistema post referendario, già la giurisprudenza utilizzava per la dimostrazione della finalità illecita della detenzione: il parametro della quantità della sostanza, le modalità di presentazione della sostanza (con particolare riferimento al peso lordo ed al confezionamento frazionato), le circostanze dell'azione. Tra questi criteri rientrano poi, pacificamente, perché non si tratta né di elementi costitutivi del reato, né di criteri probatori limitativi del principio del libero convincimento del giudice, anche le circostanze soggettive (condizioni economiche del trasgressore, qualità di tossicodipendente o no del trasgressore), molto utili per illuminare definitivamente della possibile destinazione della sostanza¹.

¹ Cfr., tra le tante, Cassazione, Sezione IV, 21 maggio 2008, Frazzitta, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 27, p. 93, e in *Cass. pen.*, 2009, p. 1664, con nota di G. Amato; nonché, Cassazione, Sezione VI, 29 gennaio 2008, Cortucci, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 22, p. 66.

Il sistema è duttile, come non lo sarebbe un sistema basato sulla presunzione assoluta dell'illecito penale in caso di superamento di una predeterminata soglia quantitativa. Del resto, la - da alcuni invocata - introduzione di soglie quantitative predeterminate fondanti la presunzione assoluta di sussistenza del reato, oltre a palesarsi eccessivamente rigida ed inidonea a corrispondere alla specificità dei singoli casi concreti, scontrerebbe il rischio di possibili spazi di ingiustificata impunità, attraverso il (magari pretestuoso, ma astrattamente possibile) richiamo del principio sull'errore di fatto sul quantitativo della sostanza detenuta (articolo 47 c.p.).

Certo, come del resto sempre accade quando una norma va applicata ai diversi casi concreti, vi possono essere situazioni che lasciano perplessi, così come è astrattamente possibile apprezzare situazioni in cui la norma è applicata in modo patologicamente inconferente.

Ma sono situazioni residuali, ineliminabili, che non consentono critiche ingiustificate alla tenuta complessiva del sistema.

Anzi, la lettura di queste critiche e delle occasioni che le hanno giustificate conforta della bontà della disciplina normativa. Ciò perché ci si accorge che si tratta per lo più di critiche superficiali o pretestuose, caratterizzate dalla non corretta lettura della sentenza che ne costituisce lo spunto.

Basti pensare, per tutte, alla recente sentenza della Cassazione sul "rasta"², per accorgersi che si è fatto tanto rumore per nulla. "Se si è pizzicati con un etto circa di *hashish* la si può fare franca senza incorrere nelle maglie della giustizia, basta dire che si è adepti rasta": così ci si è espressi su alcune agenzie di stampa. Da qui polemiche a non finire sulla "tenuta" sanzionatoria della disciplina delle sostanze stupefacenti. In realtà, bastava leggere con più meditata attenzione la sentenza per apprezzare che non vi erano affatto affermazioni (così) sconvolgenti. La stessa Corte di cassazione si è sentita finanche in dovere di diffondere un comunicato stampa, evidenziando come la sentenza si sia limitata ad annullare con rinvio la decisione di condanna siccome inadeguatamente motivata in punto di destinazione illecita della droga, proprio a fronte delle giustificazioni fornite sul punto dall'imputato. Il giudice di merito aveva, infatti, semplicisticamente condannato l'imputato apprezzando il dato ponderale della sostanza (per vero affatto esorbitante) senza nulla dire né delle circostanze del sequestro (in realtà, affatto dimostrative della destinazione allo spaccio:

²Cassazione, Sezione VI, 3 giugno 2008, Guaglione, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1224, con nota di G. Amato.

l'imputato era stato sorpreso addirittura a dormire in macchina ed aveva spontaneamente consegnato alla polizia giudiziaria una busta contenente la *marijuana*; tra l'altro sfusa, e non preconfezionata in dosi).

A ben vedere, il giudice di merito aveva, nella specie, ampiamente contravvenuto le regole di completezza e puntualità che devono presiedere un'affermazione di penale responsabilità.

Quindi, una sentenza letta pretestuosamente "contro" la legge, ma paradossalmente (per i detrattori della normativa) confermativa della bontà del sistema, che, "normativizzando" i parametri di riferimento, obbliga il giudice ad un dovere rafforzato di motivazione che elimina o attenua il rischio dell'arbitrio decisorio.

In realtà, la lettura attenta delle sentenze - in primo luogo, quelle della Cassazione - conforta della bontà di tale soluzione, non apprezzandosi particolari situazioni di dubbio o di plateale irragionevolezza applicativa.

È un sistema, quindi, che colma le lacune post referendarie e nel contempo rispetta il portato del referendum, che milita contro parametri quantitativi rigidi per il discrimine tra l'illecito penale e quello amministrativo.

È un sistema che offre adeguata certezza operativa sia alla polizia giudiziaria che alla magistratura. È un sistema che, nel contempo, garantisce l'interessato, dovendosi ragionevolmente escludere il rischio che il detentore per uso personale possa ingiustificatamente incorrere nel rischio della sanzione penale.

Non ci sembra allora che vi sia la necessità di un irrigidimento applicativo, quale appunto patrocinato da quanti evocano l'opportunità di introdurre un discrimine più netto, basato su soglie quantitative rigide e predeterminate, superate le quali dovrebbe sempre ritenersi sussistente il reato. Ciò perché l'applicazione della norma non può essere una operazione matematica e, quindi, una elasticità applicativa "guidata" è ineliminabile allorché si debba valutare di una condotta quale quella di detenzione rispetto alla quale si deve dimostrare un fatto interiore, quale è la finalità che avrebbe avuto il soggetto (uso personale o destinazione al mercato).

Per converso, non ci sembrano fondate le critiche opposte basate sull'inesatto rilievo che si tratterebbe di un sistema che consente di trasferire in modo acritico in ambito penalistico condotte di detenzione per uso personale. Ciò perché i parametri indiziari, applicati con attenzione, escludono tale rischio, veicolando davanti al giudice penale solo le situazioni qualificate dalla destinazione all'uso non esclusivamente personale.

3. Il funzionamento della norma

Per “spiegare” le conclusioni cui si è giunti sulla “bontà” della disciplina sanzionatoria basta soffermare l’attenzione, senza preconcetti, sul disposto normativo.

Non tanto, ovviamente, quello di cui al comma 1 dell’articolo 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, dove viene semplicemente ribadita, anche nel sistema introdotto con la legge di riforma del 2006, la rilevanza penale delle condotte che si caratterizzano obiettivamente per la destinazione a terzi (vendita, cessione, ecc.), a prescindere dal quantitativo della sostanza che ne costituisce l’oggetto. Sotto questo profilo non vi sono novità rispetto al sistema previgente. Né vi è da dubitare sulla rilevanza penale della condotta, assolutamente autoevidente.

Va piuttosto esaminato il disposto dell’innovativo comma 1 *bis*, lettera *a*) dell’articolo 73, assolutamente qualificante della novità dell’innovata disciplina sanzionatoria, laddove viene prevista la rilevanza penale [anche] delle condotte *ex se* non destinate obiettivamente a terzi (importazione, esportazione, acquisto, ricezione o, comunque, detenzione) che “appaiono”, per le modalità oggettive e soggettive (“per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del consiglio dei ministri-Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell’azione”), destinate a terzi ovvero, più precisamente, “ad un uso non esclusivamente personale”.

È questa la vera novità della legge di riforma del 2006, che è stata perseguita, come si è detto, attraverso la “normativizzazione” dei criteri indiziari attualmente utilizzati, in giurisprudenza, per fondare un giudizio positivo di sussistenza del reato di cui all’articolo 73 del d.p.r. n. 309/90 rispetto alle condotte (acquisto, importazione, detenzione, ecc.) *ex se* non qualificate oggettivamente dalla destinazione a terzi.

4. L’onere della prova dell’illecito penale

Non è dubbio che rimanga tuttora valido, anche nel nuovo sistema, 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'articolo 73 e, come tale, è a carico dell'accusa (in prima battuta, l'operatore di polizia, e, poi, il pubblico ministero)³.

In realtà, il comma 1 *bis*, lettera *a*), dell'articolo 73, non ha mutato il sistema precedente quanto alla configurazione della detenzione per uso di terzi come "elemento costitutivo" del reato: la norma si limita, infatti, ad indicare alcuni "elementi sintomatici" dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata ad uso esclusivamente personale.

Questi elementi sintomatici, in sostanza, non costituiscono gli elementi costitutivi del reato, ma piuttosto "criteri di valutazione ai fini della prova" della detenzione per uso non esclusivamente personale⁴.

5. Onere della prova e parametri indiziari

Se, quindi, l'onere di dimostrare l'elemento costitutivo del reato rappresentato dalla destinazione illecita [ad un uso non esclusivamente personale] della droga è [e rimane] a carico dell'accusa, questa, peraltro, per soddisfare tale onere probatorio (allorquando la prova non è *in re ipsa*, siccome dimostrata dalla condotta, oggettivamente caratterizzata dalla destinazione a terzi della sostanza: cfr. il comma 1 dell'articolo 73), trova stavolta un supporto valutativo nei parametri "indiziari" indicati dalla norma: la "quantità" della sostanza (con attribuita rilevanza al superamento

³ Tra le tante, efficacemente, Cassazione, Sezione IV, 16 aprile 2008, Proc. Rep. Trib. Pordenone ed altro in proc. Perna, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 41, p. 81, secondo la quale, anche nel nuovo sistema normativo di cui al comma 1 *bis*, lettera *a*), dell'articolo 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, inserito a seguito delle modifiche introdotte nella disciplina sanzionatoria delle sostanze stupefacenti con il decreto-legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49, resta pur sempre valido il principio secondo cui la prova della sussistenza della destinazione della sostanza stupefacente "ad un uso non esclusivamente personale" è a carico dell'accusa. Tuttavia, una volta che l'accusa abbia giustificato l'esistenza di elementi indiziari dell'illiceità penale della detenzione, a carico del soggetto sorge un "onere di allegazione" di circostanze di segno contrario. Non si realizza, in proposito, ovviamente, alcuna inversione dell'onere della prova in ordine alla destinazione della sostanza a terzi, che resta, infatti, sempre a carico dell'accusa, ma spetta all'interessato l'onere di allegare elementi idonei a condurre il giudice a ritenere sussistente la finalità di uso esclusivamente personale pur in presenza di uno o più dei parametri "normativizzati" che depongono (massimamente, quello "quantitativo"), sul piano indiziario, nel senso della destinazione a terzi dello stupefacente. Cfr., ancora, Cassazione, Sezione VI, 18 settembre 2008, Proc. gen. App. Bologna in proc. Casadei, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 48, p. 80.

⁴ Per tutte, cfr. Cassazione, Sezione IV, 15 ottobre 2009, Petra, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 9, p. 88.

dei limiti di principio attivo indicati in apposito decreto ministeriale: è il decreto del Ministro della salute 11 aprile 2006⁵); 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; rinvenimento di “contabilità” attestante il commercio illecito, ecc.) (cfr. il comma 1 *bis*, lettera *a*), dell’articolo 73).

6. Onere della prova e onere di allegazione dell’interessato

Rispetto a tale onere probatorio, che l’accusa ritiene soddisfacibile argomentando positivamente dai suddetti parametri la destinazione della sostanza “ad un uso non esclusivamente personale”, l’interessato ha un “onere di allegazione” di segno contrario, nel senso che può controdedurre elementi probatori a proprio favore, dimostrativi della destinazione della sostanza all’uso esclusivo proprio, sì da poterne fare discendere, con l’insussistenza del fatto incriminato, solo l’applicabilità delle sanzioni amministrative (ora previste dagli articoli 75 e 75 *bis* del d.p.r. n. 309 del 1990).

Ciò, va detto a chiare lettere, non equivale affatto ad invertire l’onere della prova della responsabilità penale, che incombe certamente all’accusa, ma a stabilire i perimetri fattuali entro i quali il giudice può esercitare la sua valutazione, una volta che il fatto portato dall’accusa sia stato provato. Vale, infatti, anche in sede penale quanto stabilito dall’articolo 2697 c.c.: incombe all’attore (qui, il pubblico ministero, e, prima di lui, l’autorità di polizia) provare i fatti che costituiscono il fondamento della domanda (qui, la dimostrazione della destinazione della droga ad un uso “non esclusivamente personale”); incombe al convenuto (qui, l’indagato/imputato) provare i dati della realtà che rendono inefficaci i fatti addotti dall’attore, ovvero, traducendo il precetto in termini penalistici, i fatti che impediscono la punibilità (qui, la dimostrazione della destinazione della droga ad un uso “esclusivamente personale”).

È ovvio che tale onere allegativo con finalità difensive risulterà

⁵ Trattasi del decreto adottato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, contenente l’indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale delle sostanze elencate nella tabella I del d.p.r. n. 309/90; può leggersi, commentato, in *Guida al diritto*, n. 19/2006, p. 24 e segg.

tanto più difficile da soddisfare quanto più inequivocamente significativi della destinazione all'uso "non esclusivamente personale" risultino i parametri indiziari richiamati nella disposizione incriminatrice.

Per esempio, in presenza di quantitativi significativamente superiori ai limiti di principio attivo indicati nel decreto ministeriale, un soggetto che non sia tossicodipendente ben difficilmente potrebbe sostenere, con buon esito, che trattasi di droga detenuta con finalità di "riserva" e di "accumulo" per il proprio futuro uso personale; sarebbe facile opporre che, almeno per una parte, la droga non può che essere destinata al mercato (ovvero, più specificamente, "ad un uso non esclusivamente personale"), con la conseguente contestabilità del reato di cui all'articolo 73.

Mentre, in presenza di quantitativi inferiori o prossimi alla suddetta soglia, non potendo il referente quantitativo essere da solo idoneo a risolvere il problema della prova della destinazione "ad un uso non esclusivamente personale" della sostanza stupefacente, esso dovrà essere supportato dall'accusa con uno, o con più d'uno, degli altri eventuali elementi indiziari ricavabili dalle specifiche modalità, oggettive e soggettive, della vicenda: di guisa che, sempre esemplificando, laddove risultino un accertato frazionamento della droga in dosi commerciali e/o circostanze del sequestro inequivocamente dimostrative di un'attività di spaccio, ben difficilmente l'interessato potrebbe articolare, a propria difesa, un uso personale, che finirebbe con l'essere meramente apodittico ed indimostrato, nonostante un dato quantitativo della sostanza *ex se* non assorbentemente significativo.

7. La valenza presuntiva dei parametri indiziari

Il significato e la valenza "probatoria" dei parametri indiziari meritano di essere meglio approfonditi.

La scelta di trasferire sul piano sostanziale parametri squisitamente probatori non può non avere un significato anche alla luce delle ragioni sottostanti alla scelta normativa. Ragioni che sono sintetizzabili - alla luce di quanto traspare dai lavori preparatori - nell'esigenza di certezza operativa, in primo luogo per le forze dell'ordine chiamate a decidere nell'immediato in ordine alla valenza penale o solo amministrativa della condotta detentiva accertata.

Tale esigenza di certezza spiega come ai parametri indiziari - o meglio ad un particolare atteggiarsi di tali parametri: il superamento

della soglia quantitativa, un peso lordo particolarmente consistente, un frazionato in dosi inconciliabile con una immediata assunzione personale, ecc. - non ci si possa limitare ad attribuire una "valenza probatoria neutra", dovendo questi essere apprezzati nell'ottica della valenza dimostrativa della destinazione illecita della sostanza stupefacente.

In questa prospettiva, se è del tutto improponibile [come pure è stato da taluno prefigurato] richiamare la nozione di "presunzione assoluta" della destinazione illecita che i parametri [in specie, quello quantitativo] sarebbero in grado di fondare, può e deve sostenersi che tali parametri indiziari sono in grado di fondare una presunzione [sia pure] solo "relativa" (*iuris tantum*) della destinazione della droga ad un uso non esclusivamente personale.

Diversamente opinando, se cioè non si ritenesse di voler ammettere neppure questa valenza presuntiva relativa, il *novum* normativo non avrebbe senso e ci si troverebbe nella medesima situazione *ante* riforma, foriera delle rilevate incertezze operative soprattutto per le forze dell'ordine.

Del resto, non va neppure dimenticato che l'istituto delle "presunzioni" non è ignoto nel diritto penale, essendovi costruite anche varie fattispecie incriminatrici: basti pensare, solo a titolo esemplificativo, alla contravvenzione di cui all'articolo 707 c.p., laddove il legislatore, in ragione della personalità del prevenuto (condannato per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio), dalla disponibilità diretta ed immediata degli strumenti atti allo scasso fonda "la presunzione" di una probabile utilizzazione illecita di questi, in tal modo non incriminando un mero *status*, bensì una condotta costituita dal possesso attuale di determinate cose che, *quoad personam*, inducono al sospetto.

Può quindi affermarsi, che la norma, con la previsione dei parametri indiziari normativizzati fornisce gli "elementi sintomatici" dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata ad uso esclusivamente personale. Ma quando questi elementi sintomatici si presentano in maniera inequivoca come dimostrativi di una destinazione diversa da quella esclusivamente personale (per esemplificare, è il caso della detenzione di un quantitativo di molto esorbitante la soglia di legge o quello della detenzione di sostanza frazionata in dosi commerciali) può ben dirsi che fondino in tal senso una sorta di "presunzione", superabile con l'allegazione di elementi concreti di segno contrario, che non può essere semplicisticamente ignorata nel momento delle determinazioni della polizia giudiziaria e dell'autorità giudiziaria.

8. Valenza presuntiva e attività di polizia giudiziaria

Questa valenza presuntiva ha, appunto ed in primo luogo, una immediata rilevanza per quanto riguarda l'attività della polizia giudiziaria. Nel senso che la valenza presuntivamente indiziante dei criteri (ad esempio, lo sfioramento della soglia quantitativa) legittima senz'altro la polizia giudiziaria ad ipotizzare la sussistenza del reato, con tutte le conseguenti determinazioni con riguardo all'arresto in flagranza ovvero alla denuncia a piede libero del trasgressore.

9. Valenza presuntiva e provvedimenti *de libertate*

Ad analoghe considerazioni deve però pervenirsi anche con riguardo alle determinazioni in materia *de libertate* da parte dell'autorità giudiziaria.

Infatti, è da ritenere che il compendio indiziario articolabile sulla valenza presuntiva dei parametri valutativi di cui all'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), possa senz'altro essere ritenuto *ex se* sicuramente satisfattivo ai fini *de libertate*, ossia ai fini dei "gravi indizi" di cui all'articolo 273 c.p.p., siccome fondante la qualificata probabilità della colpevolezza, pur consentendo anche spiegazioni alternative dei fatti (della detenzione e/o delle altre condotte assimilate) attraverso eventuali allegazioni difensive in grado di smentire la valenza accusatoria e di dimostrare positivamente quella destinazione "ad uso esclusivamente personale" della sostanza stupefacente che, *prima facie*, è smentita proprio dalla presenza di uno o più degli elementi indiziari individuati dalla norma.

Del resto, l'articolo 273, comma 1 *bis*, c.p.p., nel richiamare le regole valutative dei gravi indizi di colpevolezza, non richiama espressamente l'articolo 192, comma 2, c.p.p., onde il compendio indiziario per essere definito grave, ai sensi e per gli effetti del provvedimento cautelare, non deve presentare [anche] i requisiti della precisione e concordanza richiesti solo in sede di apprezzamento della prova in sede di decisione di merito.

10. La presunzione (solo) relativa desumibile dai parametri indiziari

Che si tratti, comunque, di una presunzione solo relativa (e non certo assoluta, tale da non ammettere prova contraria da parte della

difesa) lo si desume in primo luogo dalla formulazione letterale della norma, laddove l'utilizzo del verbo "apparire" ("appaiono") dimostra che alla base della ritenuta sussistenza del reato vi deve essere pur sempre un apprezzamento di merito sulla concreta valenza indiziante del o dei parametri rilevanti nel caso concreto.

Lo si desume dalla corretta interpretazione logico-sistematica dei diversi criteri: anche a non voler considerare il criterio indiziario basato sul quantitativo della sostanza (per il quale, in astratto, potrebbe ipotizzarsi una valenza presuntiva assoluta), tutti gli altri non possono che essere valorizzati ai fini indiziari dal necessario apprezzamento mirato al caso concreto, non avendo di per sé una significatività autoevidente ed insuscettibile di interpretazioni alternative.

Lo si desume ancora dall'*iter* legislativo, ove si consideri che il disegno di legge governativo, portato all'attenzione degli operatori del settore alla IV^a Conferenza nazionale sui problemi connessi alla diffusione delle sostanze stupefacenti e psicotrope (Palermo, 5-7 dicembre 2005), era in origine caratterizzato da una sorta di presunzione assoluta di sussistenza del reato basata sul superamento di una determinata soglia quantitativa. Veniva prevista, infatti, la rilevanza penale anche delle condotte *ex se* non destinate obiettivamente a terzi (importazione, esportazione, acquisto, ricezione o, comunque, detenzione) quando la sostanza avesse superato una determinata soglia quantitativa: cosicché il fatto integrava *tout court* la fattispecie incriminatrice, senza che dovesse dimostrarsi in concreto la destinazione possibile della sostanza allo spaccio e senza che il trasgressore potesse, in contrario, articolare alcuna prova liberatoria tale da consentirgli di eludere l'applicazione delle sanzioni penali. Trattavasi, in effetti, di una sorta di presunzione *iuris et de iure* che si basava sulla ritenuta pericolosità della condotta, in ragione del quantitativo che ne costituiva l'oggetto materiale, sia per la salute individuale del soggetto, sia per l'ordine pubblico e la salute collettiva. Il testo definitivo è stato però espressamente modificato, proprio attraverso l'eliminazione di tale presunzione assoluta e l'attribuzione di una valenza presuntiva solo relativa (anche, tra gli altri) al parametro indiziario basato sul quantitativo della sostanza stupefacente.

Lo si desume, poi, dall'apprezzamento della diversa formulazione del comma 1 *bis*, lettera *b*), dello stesso articolo 73, dedicato ai medicinali suscettibili di abuso contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope, rispetto ai quali il reato è *tout court* integrato in caso di superamento del quantitativo prescritto, senza che vi sia spazio per una prova liberatoria da parte dell'interessato

che possa “giustificare” la detenzione “oltre il prescritto” (a ben vedere, qui l’unica allegazione difensiva in grado di vincere la presunzione potrebbe articolarsi sul difetto del dolo, argomentando e dimostrando un errore in cui sia incorso il detentore vuoi sul contenuto della “prescrizione”, vuoi sul quantitativo materialmente detenuto).

11. La posizione del giudice e la regola dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”

Ma per cogliere il significato [ed anche i limiti] della “presunzione relativa”, occorre però soffermare soprattutto l’attenzione sulla posizione che, rispetto ad essa, assume il giudice.

La valenza della presunzione relativa va in proposito inevitabilmente apprezzata alla luce del principio dell’ “al di là di ogni ragionevole dubbio” richiesto ai fini della condanna (articolo 533, comma 1, c.p.p., nel testo da ultimo modificato dalla legge n. 46 del 2006: “il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”).

Ciò significa che la valenza presuntivamente indiziante dei criteri può legittimare finanche la condanna, purchè però il giudice ritenga che la valenza indiziante superi il vaglio dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, dovendo a tal fine apprezzare i criteri indizianti alla luce dell’evidenza disponibile e delle eventuali allegazioni difensive.

Così, per intenderci, il giudice potrà condannare in presenza di una condotta di detenzione di un quantitativo di sostanza stupefacente il cui principio attivo risulti superiore al quantitativo massimo indicato in tabella se (e solo se) ritenga di poter motivare, alla luce delle complessive risultanze del caso concreto, “al di là di ogni ragionevole dubbio”, che si tratti di droga che “appaia” destinata “ad un uso non esclusivamente personale”. Con una motivazione che sarà tanto più approfondita ed analitica quanto più il quantitativo sia prossimo alla soglia indicata in tabella⁶.

⁶Deve essere chiaro che in un sistema che non prevede una “presunzione assoluta” di detenzione a fini di spaccio della sostanza stupefacente che pure superi i limiti quantitativi indicati nella medesima norma, ma si limita ad indicare alcuni “elementi sintomatici” dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata ad uso esclusivamente personale, non è sufficiente il superamento dei limiti ponderali fissati con il decreto ministeriale dell’11 aprile 2006 ai fini dell’affermazione di responsabilità per detenzione illecita di sostanze stupefacenti, ma sarà necessario - nei casi in cui il

12. Parametri indiziari e pronuncia liberatoria

È ovvio che, a fronte di una valenza oggettivamente indiziaria dei parametri posti a fondamento dell'accusa, l'eventuale decisione liberatoria del giudice dovrà essere argomentata e motivata adeguatamente, per evitare inaccettabili arbitrii decisorii: il giudice, cioè, dovrà giustificare ("in modo rafforzato", proprio a fronte della presenza del compendio indiziario fondato sui parametri normativizzati nell'articolo 73 comma 1 *bis*, lettera *a*)) sulla base di quali specifiche ragioni ritenga non raggiunta la prova della colpevolezza e, quindi, dovrà dare contezza degli elementi in forza dei quali consideri neutralizzata e non concludente la valenza indiziaria dei parametri.

Sotto questo profilo la "normativizzazione" dei criteri indiziari evita (in ipotesi) tali possibili arbitrii decisorii perché vincola la discrezionalità valutativa del giudice.

E ciò, inevitabilmente, si riflette sul vaglio - in punto di logicità, correttezza e congruenza - della motivazione da parte del giudice di legittimità.

13. L'assenza di "automatismi" decisorii

Da quanto esposto deriva, giova ribadirlo, l'assenza di qualsivoglia "automatismo" tra sussistenza del compendio indiziario e condanna.

Il compendio indiziario può certo essere ritenuto dal giudice soddisfacente ai fini della condanna purché però soddisfi la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio".

Per esempio, il superamento della soglia - parametro indiziario inequivoco - può essere ritenuto soddisfacente a fini di condanna se e laddove il giudice lo ritenga con certezza dimostrativo della destinazione all'uso non esclusivamente personale, alla luce delle complessive emergenze disponibili.

Ciò consente di evitare ingiustificate automatiche condanne, ad esempio, per sforamenti modesti del limite quantitativo in situazioni

mero dato ponderale non sia tale da giustificare inequivocabilmente la destinazione - che il giudice prenda in considerazione anche le modalità di presentazione, il peso lordo complessivo, il confezionamento eventualmente frazionato ed ogni altra circostanza dell'azione che possa risultare significativa della destinazione ad uso non esclusivamente personale (cfr., per utili spunti, Cassazione, Sezione IV, 17 luglio 2009, Manganiello, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 1, p. 74; nonché, Cassazione, Sezione IV, 15 ottobre 2009, Petra, cit.).

non qualificate negativamente dagli altri parametri indiziari, ma anzi giustificate dalla qualità di tossicodipendente del prevenuto, tale da probatoriamente dimostrare l'uso esclusivamente personale della droga (si pensi, all'ipotesi del tossicodipendente necessitante di assunzioni ravvicinate e consistenti).

Nel contempo, come si è accennato, i parametri indiziari evitano soluzioni liberatorie arbitrarie, nel senso che, in loro presenza, il giudice dovrà motivare "rafforzatamente", dando contezza delle ragioni che lo inducano a ritenerne "neutralizzata" o non decisamente significativa la valenza accusatoria⁷.

14. La presa di posizione della giurisprudenza di legittimità

Anche la Cassazione si è espressa di recente in termini coerenti con la richiamata costruzione della "presunzione relativa": Sezione IV, 4 maggio 2007, Proc. Rep. Trib. S. Maria Capua Vetere in proc. Torres⁸, infatti, ha espressamente affermato che i parametri indiziari di cui all'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), sono spendibili per la positiva dimostrazione della destinazione illecita (ad un uso non esclusivamente personale) della sostanza stupefacente detenuta, "valendo questi parametri indiziari come una sorta di presunzione relativa di tale destinazione illecita che assume particolare rilievo soprattutto per l'attività della polizia giudiziaria, la quale dai medesimi può trarre elementi sintomatici della destinazione della sostanza stupefacente all'uso non esclusivamente personale, tali da potervi fondare un eventuale provvedimento di arresto in flagranza del trasgressore che regga al vaglio del giudice della convalida".

Analoghi spunti possono trarsi dalla sentenza della Sezione VI, 12 dicembre 2007, Fiorenza⁹, dove si è affermato che la

⁷ Questo vale in modo particolare per il parametro della quantità. Nulla esclude infatti che, pur in presenza di date "quantità", superiori ai limiti quantitativi massimi stabiliti dal decreto del Ministro della salute dell'11 aprile 2006 e tali da autorizzare l'ipotesi di una destinazione "ad un uso non esclusivamente personale", tale ipotesi possa essere smentita sulla base di "altre circostanze dell'azione" (tra le quali rientrano anche l'eventuale stato di tossicodipendenza o anche solo l'uso abituale di droga). Peraltro, proprio l'indicazione dei limiti quantitativi massimi stabiliti con decreto ministeriale rileva l'intento del legislatore di imporre al giudice un dovere di particolare attenzione, che si risolve in un dovere accentuato di motivazione nel caso in cui, appunto, le sostanze detenute siano, sulla base dell'indicazione delle tabelle ministeriali, normalmente non confacenti "ad un uso non esclusivamente personale" (cfr., per utili spunti, Cassazione, Sezione VI, 1° ottobre 2008, Proc. Rep. Trib. Trento in proc. Marsilli, in *Ced Cass.*, n. 241522).

⁸ In *Ced Cass.*, n. 237602, in motivazione.

⁹ In *Cass. pen.*, 2008, p. 2600, con osservazioni di G. Amato.

disponibilità di sostanza stupefacente in quantità superiore al valore ritenuto dalla legge in termini di possibile uso personale, realizza, all'evidenza, pur senza alcun automatismo, quella realtà necessaria e sufficiente per realizzare un'ipotesi di *fumus commissi delicti* rilevante ai fini della convalida dell'arresto in flagranza per il reato di cui all'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera a), del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309.

In tale ultima decisione la Corte afferma, da un lato, che il superamento della soglia non va inteso in modo automatico come dimostrativo della sussistenza del reato. È considerazione che convince, perché, come si è accennato, il parametro indiziario rappresentato dal superamento del limite quantitativo *de quo* [così come gli altri parametri indiziari presi in considerazione dall'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera a): "modalità di presentazione" della sostanza stupefacente, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero "altre circostanze dell'azione"] fondano solo una "presunzione relativa" sulla sussistenza del reato [ossia della destinazione illecita della droga detenuta], che ben può essere contrastata dall'interessato attraverso l'allegazione di elementi di segno contrario e che può portare alla condanna solo se e laddove il giudice, apprezzate tutte le circostanze oggettive e soggettive [in primo luogo, proprio gli elementi forniti eventualmente a discarico], ritenga raggiunta "al di là di ogni ragionevole dubbio" la prova della destinazione illecita. Dall'altro lato, però, opportunamente, la Cassazione si sofferma anche sulla valenza del superamento della soglia quantitativa ai fini e per gli effetti dell'apprezzamento della condotta della polizia giudiziaria, in occasione della convalida dell'arresto. È questo il profilo di maggiore interesse della citata decisione. La Cassazione sostiene che il superamento della soglia fonda la "presunzione" di sussistenza del reato: ossia, è dimostrativo del *fumus* del reato, che è quanto basta per riconoscere come legittima l'attività della polizia giudiziaria.

In questa prospettiva, è pur vero che, in diverse decisioni, la Corte di legittimità si è espressa, in modo esplicito, nel senso dell'insussistenza della presunzione [sia pure solo] relativa, sostenendo che i parametri sarebbero solo "elementi sintomatici" utilizzabili per la dimostrazione dell'illecito¹⁰. Si tratta, però, di affermazioni che, da un lato, paiono ispirate ad una inspiegabile

¹⁰ Cfr., tra le altre, Cassazione, Sezione VI, 18 settembre 2008, Proc. gen. App. Bologna in proc. Casadei, cit.; nonché, Cassazione, Sezione VI, 12 febbraio 2009, Proc. Rep. Trib. Trento in proc. Delugan, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3579.

diffidenza rispetto all'istituto delle presunzioni, quasi che queste rappresentino un'inaccettabile limitazione del principio del libero convincimento e che, dall'altro, non colgono quella che è stata l'intenzione esplicita del legislatore di introdurre dei parametri indiziari proprio per guidare la discrezionalità del giudice e, prima, della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, in termini più tranquillanti e sicuri, evitando anche certi arbitri decisori mascherati sotto l'usbergo del principio del libero convincimento.

15. Le conseguenze pratiche

Venendo alle conseguenze pratiche.

I parametri indiziari, come ampiamente argomentato, assumono valenza per la dimostrazione della destinazione illecita della droga, pur senza alcun automatismo applicativo.

Peraltro, potendo fondare una "presunzione relativa" a supporto di tale dimostrazione (se il quantitativo è superiore alla soglia ministeriale, se il peso lordo è oggettivamente consistente, se si tratta di sostanza frazionata in dosi in maniera oggettivamente inconciliabile con l'assunzione personale, ecc.), come si è accennato, sono senz'altro immediatamente utilizzabili dalla polizia giudiziaria e finanche in sede cautelare.

16. L'attività della polizia giudiziaria e la convalida dell'arresto

Sotto il primo profilo, tale rilevanza si riflette sull'apprezzamento del giudice della convalida.

Questi, secondo la prospettazione che appare prevalente e più corretta [perché meglio distingue il momento valutativo della convalida da quello dell'adozione eventuale della misura cautelare], deve svolgere il proprio apprezzamento valutativo "ponendosi nella prospettiva della polizia giudiziaria": il giudice della convalida, cioè, deve basarsi su quanto conoscibile dalla polizia giudiziaria procedente e porsi, dunque, nella situazione in cui la stessa ha operato. Per l'effetto, egli, specie con riguardo al *fumus* della sussistenza dell'ipotesi criminosa che consente (articolo 381 c.p.p.) o impone (articolo 380 c.p.p.) l'arresto (il cosiddetto *fumus commissi delicti*), deve svolgere il proprio doveroso controllo senza esorbitare da una verifica di "ragionevolezza" dell'operato della polizia giudiziaria alla quale è istituzionalmente attribuita una sfera discrezionale nell'apprezzamento dei presupposti richiesti dalla legge per la privazione dello *status libertatis*. Cosicché, proprio

con specifico riferimento al sindacato sulla fondatezza dell'accusa, la verifica di legittimità deve limitarsi alla astratta possibilità di riferire il fatto attribuito al soggetto in una ipotesi di reato, lasciando al giudice della cognizione ogni valutazione più approfondita¹¹.

Ne deriva che non può negarsi la convalida dell'arresto allorquando la contestazione dell'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), del d.p.r. n. 309/90, sia stata fondata e argomentata [non arbitrariamente] dagli operanti sulla valenza presuntivamente indiziante di uno o più dei parametri indiziari di interesse.

Ad esempio, non potrà negarsi, sostenendo l'insussistenza del *fumus* del reato di cui all'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), del d.p.r. n. 309 del 1990, la convalida dell'arresto effettuato ipotizzando, in modo non irragionevole, la destinazione illecita della droga in ragione dello sfioramento dei limiti tabellarizzati ovvero in ragione della significativa "frammentizzazione" della droga in singole dosi commerciali.

17. La decisione *de libertate*

Sotto l'altro profilo, la rilevanza "presuntiva" dei parametri indiziari si riflette inevitabilmente anche sull'apprezzamento *de libertate*, vuoi da parte del pubblico ministero richiedente, vuoi da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sulla misura. In vero, la presunzione relativa che può trarsi dai parametri indiziari (se ovviamente non arbitrariamente argomentata e/o non contrastata da elementi di segno diverso prospettati dalla difesa o oggettivamente ricavabili dagli atti) legittima la richiesta, l'adozione e il mantenimento della misura cautelare.

Trattasi di conclusione, come si è accennato, in linea con quella che è la nozione di "gravi indizi di colpevolezza" di cui all'articolo 273 c.p.p.: ai fini e per gli effetti dell'adozione o del mantenimento di una misura cautelare personale, per assunto pacifico, è sufficiente qualunque elemento probatorio idoneo a fondare un giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitatigli. E ciò deve affermarsi anche dopo le modifiche introdotte dalla legge 1° marzo 2001 n. 63: infatti, nella fase cautelare è ancora sufficiente il requisito della sola gravità (articolo 273, comma 1, c.p.p.), giacché il comma 1 *bis* dell'articolo 273 c.p.p. (introdotto, appunto, dalla suddetta legge) richiama espressamente

¹¹ Cfr., efficacemente, Cassazione, Sezione I, 27 ottobre 2006, PM in proc. Marascu, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 3, 80.

i soli commi 3 e 4, ma non il comma 2 dell'articolo 192 c.p.p., che prescrive la precisione e la concordanza accanto alla gravità degli indizi¹².

Ne deriva, in sostanza, che il o i parametri indiziari emergenti dalla fattispecie concreta, se indicativi della destinazione illecita della droga, legittimano l'applicazione o il mantenimento di una misura cautelare (se, appunto, non contraddetti da altri elementi, nei termini di cui si è detto) integrando il compendio indiziario richiesto dall'articolo 273 c.p.p., il quale, come si è visto, non solo ha diverso spessore rispetto al quadro probatorio necessario per la condanna, ma è concettualmente suscettibile di un diverso apprezzamento attraverso il prosieguo delle indagini e dopo l'acquisizione di ulteriori elementi, in ragione della fluidità che qualifica la fase cautelare.

18. La valenza probatoria dei criteri indiziari

Per cogliere appieno la valenza dei criteri indiziari, anche e soprattutto nella prospettiva della decisione del giudice, è importante notare come questi debbano essere intesi come alternativi, complementari e, senz'altro, non esaustivi.

Hanno valenza "alternativa", nel senso che anche la presenza di uno solo consente di ipotizzare presuntivamente il reato¹³.

L'utilizzo delle disgiuntive "o" e "ovvero" nell'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera *a*), è in tal senso inequivoco.

La valenza alternativa dei parametri è importante soprattutto per correttamente valutare quello della "quantità" della sostanza stupefacente: nel senso che, anche se non si supera il quantitativo di principio attivo indicato nella tabella ministeriale (decreto del Ministro della salute 11 aprile 2006), è pur sempre possibile contestare e ritenere il reato, sulla base della utilizzazione degli altri criteri (ad esempio, sembra indubitabile la possibilità di contestare il reato di cui all'articolo 73 in caso di detenzione di quantitativi "sotto soglia", ma in un contesto oggettivo inequivoco della

¹² Cfr. Cassazione, Sezione IV, 6 luglio 2007, Cuccaro ed altri, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 45, p. 112.

¹³ Deve essere chiaro che la valenza "alternativa" non significa possibilità di valutazione del singolo parametro sordinato dagli altri ricavabili dalla fattispecie concreta: l'apprezzamento deve essere, infatti, sempre complessivo. Piuttosto, valenza "alternativa" può e deve significare che, impregiudicato l'apprezzamento della vicenda nel suo complesso, è ben possibile fondare il giudizio sul riconosciuto significato indiziario, assorbente ed inequivoco, di uno di questi, siccome motivatamente leggibile come dimostrativo della destinazione della sostanza.

destinazione ad un uso non esclusivamente personale: sostanza stupefacente frazionata in dosi commerciali, sequestro in un contesto deponente inequivocamente nel senso dello svolgimento di un'attività di spaccio, ecc.)¹⁴.

Hanno valenza "complementare", nel senso che, quanto più sono presenti elementi indiziari convergenti, tanto più sarà difficile l'articolazione dell'onere di allegazione difensiva e tanto più potrà ritenersi tale compendio idoneo a giungere alla condanna al di là di ogni ragionevole dubbio.

È conclusione imposta dalla logica e, del resto, perfettamente in linea vuoi con la natura presuntiva riconosciuta dalla norma ai criteri *de quibus*, vuoi con l'apprezzato rapporto tra la valenza presuntiva dei criteri e la regola di giudizio richiesta ai fini della condanna.

Hanno poi valenza "non esaustiva", nel senso che possono e debbono considerarsi anche altri criteri di valutazione (specie di natura soggettiva) emergenti dalla fattispecie, utilizzabili per corroborare o smentire la valenza indiziante a carico.

Si pensi al criterio soggettivo della qualità di tossicodipendente o no del trasgressore ovvero al criterio parimenti soggettivo basato sull'apprezzamento delle condizioni economiche del reo e sulla compatibilità di queste con l'acquisto e il possesso di droga, che possono decisamente guidare l'apprezzamento del giudice ai fini della decisione, corroborando o, per converso, smentendo la valenza indiziaria dei parametri cui la norma fa esplicito riferimento.

Anche questa è una conclusione imposta dal già rilevato rapporto tra la valenza presuntiva dei criteri e la regola di giudizio richiesta ai fini della condanna, la quale ultima, come è ovvio,

¹⁴ In questa prospettiva, esemplificando, pur in presenza di un quantitativo non cospicuo di sostanza stupefacente, si è riconosciuto che legittimamente, a supporto della condanna, erano stati valorizzati altri obiettivi elementi negativi per l'imputato: le modalità di conservazione della droga; il tentativo dell'imputato di occultarne il maggior quantitativo al momento della perquisizione; l'assenza di prova sullo stato di tossicodipendente; il mancato rinvenimento nell'abitazione del predetto di strumenti per l'assunzione dello stupefacente; l'approvvigionamento così cospicuo incompatibile con la deperibilità della sostanza (cfr. Cassazione, Sezione III, 24 settembre 2009, Ferraro, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 6, p. 77). Analogamente, si è convincentemente affermato che la detenzione di quantità inferiori ai limiti indicati nel decreto ministeriale richiamato dall'articolo 73, comma 1 *bis*, lettera a), del d.p.r. n. 309 del 1990, non costituisce un dato di per sé decisivo ai fini della esclusione della rilevanza penale della condotta, in quanto il superamento del limite ivi fissato rappresenta solo uno dei parametri normativi rilevanti ai fini dell'affermazione della responsabilità e l'esclusione della destinazione della droga ad un uso strettamente personale ben può essere ritenuta dal giudice anche in forza di ulteriori circostanze dell'azione, alcune delle quali sono espressamente tipizzate nella disposizione normativa sopra citata (Cassazione, Sezione VI, 7 aprile 2009, Lamberti, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 25, pag. 85).

non ammette limitazioni relativamente agli elementi utilizzabili dal giudice ai fini della formazione del suo convincimento, giusta l'assenza di prove legali in materia penale e il principio del libero convincimento che regola la materia della valutazione della prova.

Per converso, pur nella rilevata "non esaustività" dei criteri indiziari, è da escludere che possano rivestire alcun rilievo "indiziante" (neppure *ad colorandum*) i precedenti penali pur specifici dell'interessato: questi, semmai, potrebbero valere, se specifici, solo a supportare il giudizio negativo sulla concedibilità dell'attenuante del fatto di lieve entità (articolo 73, comma 5, del d.p.r. n. 309/90), nella misura in cui la recidiva specifica possa consentire di qualificare come di non lieve offensività una condotta che, per essere stata posta in essere da un pregiudicato specifico, venga ritenuta in concreto sintomatica di un'attività delinquenziale professionale nello spaccio della droga¹⁵.

Analogamente, è parimenti da escludere che possa avere rilievo, stavolta nell'ottica di una pronuncia liberatoria, lo stato di incensuratezza dell'interessato, il quale, *ex se* considerato, non potrebbe certamente valere per neutralizzare la significatività indiziante desumibile *aliunde* dalle emergenze fattuali della vicenda.

19. Un sistema normativo convincente

Da quanto esposto, venendo a rispondere al primo quesito può serenamente sostenersi che il sistema sanzionatorio funziona, giacché consente adeguata certezza nel discriminare tra illecito penale e illecito amministrativo (articoli 73, da un lato, 75 e 75 *bis*, del d.p.r. n. 309/90, dall'altro), grazie alla previsione di indicazioni probatorie idonee a risolvere il tema della sanzione applicabile per le condotte di mera detenzione e comunque per quelle non autoevidentemente indirizzate al consumo di terzi. Non vi è alcuna irragionevole rigidità applicativa, quale sarebbe derivata da un sistema basato sulla presunzione assoluta della destinazione al mercato in caso di superamento di soglie quantitative predeterminate, ma, nel contempo, con i criteri indiziari "normativizzati", si pongono le condizioni per evitare il rischio di ingiustificati trasferimenti sul piano penale di condotte qualificate dalla destinazione all'uso personale.

¹⁵ Cfr., per utili spunti, Cassazione, Sezione IV, 8 febbraio 2005, Proc. gen. App. Firenze in proc. Ramsi, *inedita*.

20. La “parificazione” delle sostanze illecite

Si impone, piuttosto, per una compiuta risposta, qualche riflessione anche sul tema della “parificazione” tabellare delle sostanze vietate, onde apprezzare se si tratti di un intervento cui possa addebitarsi comunque un appesantimento della risposta sanzionatoria in termini tali da avere incrementato gli ingressi nel circuito penitenziario.

Si tratta, come è noto, di una parificazione che il legislatore, nell’ambito di una discrezionalità valutativa ineccepibile, ha giustificato con l’apprezzato aumento del quantitativo di THC rinvenibile ormai da tempo nei derivati della *cannabis*, tale da avere accentuato l’oggettiva pericolosità di queste sostanze. È una scelta politica che poggia su una valutazione tecnica che si può non condividere nel merito, ma che non presenta margini di arbitrarietà.

Infatti, non a caso, la Cassazione¹⁶ l’ha ritenuta costituzionale, sul rilievo che l’assimilazione è stata frutto di una scelta discrezionale del legislatore basata sull’adesione ad una determinata opinione scientifica (quella secondo cui il principio attivo contenuto nei derivati dalla *cannabis* è maggiore che in passato), 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.

Va poi aggiunto che l’assimilazione va correttamente intesa nella sua effettiva portata, leggendola anche nel complesso dell’intervento normativo.

Intanto, si affianca all’intervenuta, opportuna riduzione della pena base prevista per il reato di cui all’articolo 73 del d.p.r. n. 309/90 (da otto anni a sei anni di reclusione).

Poi, il preteso effetto dirompente della parificazione trova una oggettiva mitigazione nella considerazione (che i detrattori della legge del 2006 dimenticano) che trattasi di una questione che attiene al trattamento sanzionatorio degli spacciatori o dei soggetti che detengono con la dimostrata finalità di spacciare la sostanza. Ed allora risulta evidente la strumentalità delle critiche basate sulla pretesa preoccupazione dell’aggravamento sanzionatorio che ne deriverebbe per il (mero) detentore di uno spinello.

Va poi aggiunto che la parificazione non è affatto assoluta, ma anzi opportunamente temperata dalla previsione del moltiplicatore

¹⁶ Cassazione, Sezione IV, 21 maggio 2008, Frazzitta, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 26, p. 101.

variabile, diversificato a seconda della pericolosità della sostanza, che presiede alla determinazione della quantità massima detenibile nel sistema del decreto ministeriale dell'11 aprile 2006 (20, per i derivati della *cannabis*; 10, per l'eroina; 5, per la cocaina, ecc.). Sistema che attesta di una diversa pericolosità qualitativa delle diverse sostanze (le meno pericolose sono ritenute proprio l'*hashish* e la *marijuana*) tale da legittimare, per esempio, un maggior spazio applicativo dell'attenuante del fatto di lieve entità (articolo 73, comma 5, del d.p.r. n. 309/90) proprio per i derivati della *cannabis*¹⁷.

Va altresì evidenziato che la parificazione elimina una evidente "stortura" del sistema previgente, laddove la diversificazione tabellare importava che il soggetto detentore contestualmente di più sostanze appartenenti a tabelle diverse e non omogenee finiva con l'essere punito per una pluralità di reati, unificati sotto il vincolo della continuazione. Inconveniente che oggi non sussiste più in un sistema in cui la contestuale detenzione di sostanze diverse importa come unico - ovvio - effetto quello della considerazione del peso complessivo delle sostanze ai fini e per gli effetti della dimostrazione della finalità della detenzione e, poi, del trattamento sanzionatorio¹⁸.

¹⁷ Cfr., per utili spunti, Cassazione, Sezione IV, 21 maggio 2008, Frazzitta, cit., secondo la quale, il decreto del Ministro della salute dell'11 aprile 2006, nel fissare la "quantità massima detenibile" di sostanza stupefacente (Q.M.D.), ha fatto ricorso per alcune sostanze (le principali) ad un "moltiplicatore variabile" della "dose media singola". Poiché proprio con il "moltiplicatore" si è attribuita una diversa valenza "qualitativa" alle diverse sostanze stupefacenti (per quelle meno pericolose il moltiplicatore è stato infatti calcolato in termini più ampi), secondo la Corte, può utilizzarsi tale argomento per attribuire un rilievo (anche) alla "natura" della sostanza ai fini e per gli effetti dell'attenuante del fatto di lieve entità, superando così quell'orientamento, in precedenza consolidato, in forza del quale per il parametro della "qualità" richiesto dal comma 5 dell'articolo 73 poteva attribuirsi spazio solo alla maggiore o minore "purezza" della sostanza stupefacente, restando invece indifferente la natura della stessa. Da ciò, per il giudice di legittimità, consegue anche che, per i derivati della *cannabis*, cui si è riconosciuta una minore pericolosità, tanto da utilizzarsi ai suddetti fini il moltiplicatore "20", può riconoscersi un più ampio spazio per la concedibilità del "fatto di lieve entità", purché però, ovviamente, non risultino ostativi gli altri parametri indicati nel comma 5 dell'articolo 73.

¹⁸ Cfr., tra le tante, Cassazione, Sezione IV, 17 luglio 2009, Manganiello, cit., secondo la quale la "parificazione" delle sostanze stupefacenti perseguita con la legge n. 46 del 2006, di modifica del d.p.r. n. 309 del 1990, in forza della quale è scomparsa la differenziazione tra "droghe pesanti" e "droghe leggere" e tutte le sostanze illecite sono state ricomprese nella medesima tabella (la I), determina che, ora, l'azione consistente nella contestuale detenzione di droghe di qualsiasi tipo non può dar luogo che alla realizzazione di un unico reato, dovendosi escludere la sussistenza del reato continuato prevista, invece, sotto la vigenza della precedente normativa, in caso di illegale detenzione di sostanze stupefacenti di tipo e natura diversi e, quindi, appartenenti a tabelle non omogenee (proprio da queste premesse, in una fattispecie relativa alla contestuale detenzione di *hashish* e di eroina, la Corte ha annullato senza

Anche la “parificazione” delle sostanze vietate, in definitiva, se inquadrata nel sistema complessivo introdotto con la riforma del 2006, non può essere vista in un’ottica di acritico aggravamento dell’impatto sanzionatorio, trovando una spiegazione ragionevole ed equilibrata ed un contemperamento in altri interventi di favore. Per l’effetto, non sembra corretto dedurne l’effetto indiretto di un aumento degli ingressi e/o delle permanenze in carcere.

21. Gli effetti sul sistema carcerario

Da quanto esposto, discende una risposta serenamente negativa all’altro quesito di interesse, quello avente ad oggetto l’interrogativo se la nuova legge sugli stupefacenti abbia contribuito all’affollamento delle carceri, riempiendole di tossicodipendenti.

Militano, in tal senso, una serie di oggettive considerazioni, che contrastano ogni pretestuosa polemica di segno contrario.

In primo luogo, perché, assorbentemente, come si è ampiamente argomentato, la legge non consente di sanzionare il tossicodipendente in quanto tale, ma punisce solo lo spacciatore attuale o potenziale (cioè colui che si dimostri, al di là di ogni ragionevole dubbio, proprio utilizzando i parametri di riferimento, che deteneva la droga non per uso esclusivamente personale, ma con l’intenzione di cederla sul mercato). Si è visto sopra come il discrimine sia normativamente chiaro, tale da “guidare” l’attento apprezzamento discrezionale della polizia giudiziaria, del pubblico ministero e del giudice.

In questa prospettiva, come pure si è visto, anche la “parificazione” delle sostanze stupefacenti, dovendo essere inquadrata nel contesto dell’intervento di riforma, non può essere ritenuta “responsabile” di un aumento indiscriminato degli ingressi in carcere.

Vi è di più. La legge di riforma contiene importanti disposizioni che consentono di evitare la risposta carceraria, coniugando in modo soddisfacente le esigenze di sicurezza con quelle del recupero e della riabilitazione del tossicodipendente.

Basta ricordare che il *novum* normativo del 2006 (attento alla figura del tossicodipendente che sia anche spacciatore) ha ampliato

rinvio la sentenza di condanna limitatamente alla ritenuta continuazione); nonché, Cassazione, Sezione VI, 3 dicembre 2009, Zimardi, *inedita*, dove quindi si è chiarito che, ora, dopo l’introduzione di un’unica tabella delle sostanze stupefacenti vietate, la contestuale detenzione di sostanze stupefacenti diverse integra un unico reato.

il ricorso agli istituti della sospensione condizionale della pena e dell'affidamento in prova (articoli 90 e 94 del d.p.r. n. 309/90) e, prima ancora, ha ulteriormente confermato la disciplina di favore anche in materia di adozione di misure cautelari personali, coniugando molto bene le esigenze del recupero con quelle della tutela sociale (cfr. il nuovo articolo 89 del d.p.r. n. 309/90).

Basta ricordare, ancora, che con la riforma del 2006 si è introdotta l'importante misura alternativa al carcere rappresentata dal lavoro di pubblica utilità, che può essere applicata a chi venga ritenuto responsabile del reato di cui all'articolo 73 del d.p.r. n. 309/90, che sia tossicodipendente o anche solo assuntore di droga, allorquando il fatto sia considerato di "lieve entità" (articolo 73, comma 5 *bis*, del d.p.r. cit.).

Se le carceri sono oggi più affollate, la "colpa" non è quindi certo della legge del 2006. Piuttosto, una ragionevole spiegazione del fenomeno di esponenziale aumento degli ingressi in carcere, cui da qualche tempo si assiste, va ricercata in altri coevi interventi normativi che hanno irrigidito il sistema sanzionatorio: basti pensare, tra tutti, agli interventi in tema di recidiva introdotti con la legge 5 dicembre 2005 n. 251 (la cosiddetta *ex Cirielli*), e i vari interventi che, nel tempo, hanno ampliato le ipotesi di divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (cfr. articolo 656, comma 9, c.p.p.). Di particolare rilievo, in particolare, il divieto della sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato al quale sia stata "applicata" la recidiva reiterata prevista dall'articolo 99, comma 4, c.p. (articolo 656, comma 9, lettera *c*), c.p.p.): è situazione potenzialmente di interesse nei confronti di soggetti tossicodipendenti condannati per fatti di droga, in ragione della frequenza delle ricadute nel delitto proprio determinate dall'esigenza di procacciarsi la droga per il proprio fabbisogno personale¹⁹.

¹⁹ È pur vero, comunque, che, al rigore della disciplina introdotta con la legge *ex Cirielli*, ha parzialmente posto rimedio l'interpretazione correttiva della giurisprudenza (per tutte, cfr. Cassazione, Sezione VI, 17 aprile 2009, Proc. gen. App. Roma in proc. Panetta, *inedita*; nonché, in precedenza, Cassazione, Sezione IV, 2 luglio 2007, PG in proc. Farris, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 37, p. 93), che, con l'avallo della Corte costituzionale (sentenza 14 giugno 2007 n. 192), è ormai consolidata a favore di un'interpretazione "secondo Costituzione" del combinato disposto degli articoli 69, comma 4, c.p., e 99, comma 4, c.p., con l'affermazione secondo cui i limiti al giudizio di bilanciamento tra le circostanze eterogenee posto dalla prima disposizione, in caso di contestazione della recidiva reiterata, trovano applicazione non automaticamente, in forza di una ritenuta obbligatorietà della recidiva reiterata, ma solo nel caso in cui il giudice abbia in concreto ritenuto "sussistente" la recidiva, da considerare quindi come facoltativa. Secondo tale orientamento, in sostanza, la recidiva reiterata deve ritenersi tuttora facoltativa, dovendosi escludere che le modifiche introdotte dalla legge n. 251 del

A ciò aggiungasi una ulteriore, importante considerazione che riguarda l'esercizio del potere di arresto in flagranza. L'articolo 380, comma 2, lettera *h*), c.p.p. prevede l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza per il reato di cui all'articolo 73 del d.p.r. n. 309/90, eccettuando però l'ipotesi in cui ricorra il fatto di lieve entità di cui al comma 5 dello stesso articolo 73. In tale ultima ipotesi l'arresto è previsto come facoltativo, laddove, pur in presenza di un fatto lieve, lo consigli la personalità (ossia la pericolosità) del trasgressore. Ebbene, l'esperienza dimostra che da parte della polizia giudiziaria, prima, e della magistratura, poi, non vi è sempre adeguata attenzione alle rigorose condizioni (la pericolosità del soggetto) in cui è consentito l'arresto pur in presenza di fatti oggettivamente modesti, laddove sarebbe più corretto procedere alla denuncia a piede libero. È un problema non della legge, ma di approccio metodologico e culturale degli operatori: se questo approccio fosse diverso e più attento al dato normativo avremmo sicuramente un minor numero di ingressi in carcere per fatti modesti.

22. La tossicodipendenza e il carcere

L'approccio al tema degli effetti della legislazione sugli stupefacenti sul carcere deve però avere un respiro più ampio.

È vero che la legge Fini-Giovanardi non può essere accusata di portare il tossicodipendente in quanto tale in carcere, perché consente di sanzionare solo le condotte qualificate dalla prova della destinazione al mercato.

2005 abbiano voluto ripristinare il regime di obbligatorietà della recidiva preesistente alla riforma di cui alla legge 7 giugno 1974 n. 220. Questa interpretazione, in sostanza, determina che, quando il giudice non abbia inteso "applicare" la recidiva reiterata, non solo non troverà applicazione il divieto di prevalenza delle attenuanti, ma non opererà neppure il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 656, comma 9, lettera *c*), c.p.p. Va però osservato che l'interpretazione correttiva non risolve *ab imis* il problema di un *surplus* di ingressi in carcere di tossicodipendenti nei cui confronti, in concreto, sia stata contestata e applicata la recidiva reiterata. Sarebbe allora opportuno un intervento normativo correttivo che, impregiudicata la scelta di fondo della legge ex Cirielli, guidi la discrezionalità applicativa del giudice in sede di valutazione sull'applicabilità o no della recidiva imponendo che questi debba tenere conto [motivando in un senso o nell'altro] della condizione di tossicodipendenza del reo e della concreta intenzione di sottoporsi a programma di recupero, trattandosi di circostanze potenzialmente rilevanti per l'apprezzamento della reale pericolosità del soggetto. In tal modo, la condizione di tossicodipendenza e l'intenzione di sottoporsi al recupero potrebbero giocare un ruolo positivo, evitando l'effetto di trasferire nel e sul carcere situazioni soggettive difficilmente gestibili nella prospettiva dell'effettiva riabilitazione.

È altrettanto vero che, nella legge, vi è un' adeguata attenzione per il recupero del tossicodipendente, quale è attestata, tra l'altro, dalla disciplina delle misure alternative, che offrono spazi importanti per il recupero e la riabilitazione.

Si tratta di uno strumentario che risponde in modo adeguato ad un'esigenza comunemente avvertita secondo cui la risposta alla tossicodipendenza e, più in generale, ai reati generati dalla condizione di tossicodipendenza non è né può essere il carcere, tanto più in un momento quale l'attuale caratterizzato da un sovraffollamento che è oggettivamente impeditivo di qualsivoglia ragionevole sforzo nella direzione del recupero e della riabilitazione.

La legge è quindi "buona", e pur tuttavia le carceri sono sovraffollate e soprattutto lo sono di tossicodipendenti, spesso chiamati a rispondere di reati contro il patrimonio o di condotte di "spaccio" di sostanze stupefacenti, gli uni e le altre "motivati" dall'esigenza di procurarsi la droga per soddisfare il proprio fabbisogno quotidiano.

In questa prospettiva, ci si deve imporre uno sforzo solutorio eccezionale, che non può risolversi solo nella costruzione di nuove carceri, magari "a custodia attenuata", perché il problema della tossicodipendenza non può essere affrontato nel carcere e lasciato agli sforzi di buona volontà degli operatori penitenziari. Si impone un intervento del legislatore, espressamente mirato alla posizione del tossicodipendente che intenda intraprendere la strada del recupero. Non sono richieste impegnative rivoluzioni normative [che, nel caso, susciterebbero polemiche e critiche ideologicamente preconcelte]. Basterebbero pochi interventi mirati. Si pensi, per esempio, alla "normativizzazione" dell'esperienza "DAP Prima", che, in un passato recente, ha consentito, laddove sperimentalmente applicata grazie all'impulso del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e la disponibilità della magistratura, di "intercettare" efficacemente per tempo, già al momento della convalida dell'arresto, i soggetti disponibili ad accedere ad un programma di recupero per evitare l'ingresso in carcere [attraverso una meditata e consapevole applicazione dello strumentario apprestato dall'articolo 89 del d.p.r. n. 309 del 1990]. Si pensi, sempre esemplificando, alla possibilità di estendere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva *ex* articolo 90 del d.p.r. n. 309 del 1990 ai casi in cui il programma di recupero già iniziato sia ancora in corso o quando addirittura il soggetto abbia solo manifestata la [seria e documentata] intenzione di sottoporvisi, non limitandone così l'ambito di operatività al solo caso del programma già conclusosi con esito positivo, secondo l'attuale,

troppo rigida previsione normativa. Si tratterebbe, in effetti, di un intervento ampliativo che eviterebbe *tout court* l'ingresso in carcere del tossicodipendente, favorendo in misura massima le esigenze dell'auspicabile riabilitazione. Per evitare abusi e, comunque, una decisione più garantita, si potrebbe prevedere che non sia il pubblico ministero a provvedere in via autonoma alla sospensione, onerando della decisione provvisoria, in attesa di quella definitiva del tribunale di sorveglianza, il giudice dell'esecuzione. Si pensi, infine, alla possibilità di eliminare il divieto di sospensione per il recidivo reiterato (articolo 656, comma 9, lettera c), c.p.p.), se si dimostri che la recidiva è relativa a reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza e risulti l'intenzione del reo di sottoporsi a recupero ovvero, *a fortiori*, il già avvenuto recupero. Anche tale modifica, chiaramente deflattiva e efficacemente indirizzata a favorire la riabilitazione in ambiente extracarcerario, potrebbe prevedere la competenza a provvedere in via d'urgenza del giudice dell'esecuzione, così come si è patrocinato a proposito dell'auspicato intervento sull'articolo 90 del d.p.r. n. 309 del 1990.

Non sono interventi sconvolgenti, ma risulterebbero di empirica utilità per "deflazionare" il carcere attraverso una selezione mirata dei soggetti interessati: in tal modo, la deflazione risponderebbe anche all'esigenza superiore di favorire il recupero e la riabilitazione, evitando, nel contempo, di trasferire [di fatto, "scaricare"] nel carcere una problematica che appare non conferente rispetto ai compiti di recupero propri della sanzione penale quali possono essere ordinariamente assolti in ambito penitenziario.