



## Diritto Penale

# **“Il nuovo che avanza...”: confronto tra opposti orizzonti legislativi in tema di c.d. “piccolo spaccio” (art. 73 comma V d.p.r. n. 309 del 1990)**

di [Nicola Russo](#)

23 dicembre 2020

---

Sommario:

---

**“Il nuovo che avanza...”: confronto tra opposti orizzonti legislativi in tema di c.d. “piccolo spaccio” (art. 73 comma V d.p.r. n. 309 del 1990)**

**di Nicola Russo**

Il presente articolo riproduce le osservazioni presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati nel corso dell’audizione conoscitiva del 2.12.2020 sulle proposte di legge n. 2160 (primo firmatario on. Molinari) e n. 2307 (primo firmatario on. Magi) d’iniziativa parlamentare aventi ad oggetto le *“Modifiche all’articolo 380 del codice di procedura penale e all’articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope nei casi di lieve entità”*

”

Sommario: 1. Breve premessa - 2. Osservazioni generali sulle proposte di legge - 2.1. La proposta di legge n. 2160 (Molinari) - 2.2. La proposta di legge n. 2307 (Magi) - 3. Tertium datur...un intervento su ciò che serve...

## **1. Breve premessa**

L'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990 è stato oggetto nel tempo di plurimi interventi da parte del Legislatore che, in attuazione di mutevoli intendimenti di politica criminale, ne ha interpolato il testo con novelle rivolte ad operare fondamentalmente lungo due direttive fondamentali: la distinzione tra le cd. "droghe pesanti" e le cd. "droghe leggere" (cioè, quelle inserite nelle tabelle I e III e, rispettivamente, II e IV dell'art. 14) ed il trattamento sanzionatorio. Su queste modifiche si è pronunciata in più occasioni la Corte Costituzionale elidendo le innovazioni introdotte dal Legislatore.

Una prima profonda modifica all'art. 73 è stata apportata dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49. Con tale intervento il Legislatore ha inteso unificare la risposta punitiva dello Stato contro le condotte illecite concernenti tutte le sostanze stupefacenti senza le distinzioni previgenti su base tipologica che erano giustificate dal diverso grado di pericolosità per la salute. Se da un lato, è stata fortemente aggravata la pena massima per effetto dell'eliminazione della distinzione tra "droghe leggere" e "droghe pesanti", dall'altro è stata ridotta la pena minima fissata nel comma 1 dell'art. 73 (passata da otto a sei anni di reclusione), ed stata conformemente prevista un'unica sanzione anche per la fattispecie attenuata del comma V dell'art. 73 (minimo pena 2 anni; massimo della pena 6 anni).

Una successiva modifica è stata realizzata con la legge 15 marzo 2010, n. 38 e con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 50 ma non ha riguardato profili di cui all'odierno interesse.

Un ulteriore intervento è stato operato con il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10 con cui, tra l'altro, è stata ridotta ad anni cinque di reclusione la sanzione massima prevista per le condotte di cui al comma 5 dell'art. 73, prima fissata in sei anni di reclusione.

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 32 del 25.2.2014 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale delle modifiche introdotte all'art. 73 dagli artt. 4bis e 4vicies ter del D.L. n. 272 del 2005, si è ripristinata per reviviscenza la distinzione sanzionatoria tra condotte di reato concernenti le "droghe pesanti" e quelle riguardanti le "droghe leggere" esistente prima dell'intervento del 2005.

L'intervento della Consulta ha riguardato solo le ipotesi di reato di non lieve entità (e, quindi, ha lasciato immutata la previsione unitaria del comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309/90 che non era stata oggetto della questione di costituzionalità).

Con il decreto legge n. 36 del 2014, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, è stata modificata la disposizione del comma 5 dell'art. 73. La novella non ha recuperato la distinzione tra tipologie di sostanze droganti, bensì si è limitata a prevedere un restringimento della forbice sanzionatoria, che ora è oscillante da un minimo di sei mesi di reclusione ad un massimo di quattro anni di reclusione.

Da ultimo, la Corte Costituzionale – con la sentenza n. 40 dell'8.3.2019 – è di nuovo intervenuta sulla disposizione del primo comma dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990. L'effetto della pronuncia di illegittimità costituzionale è stato la reintroduzione della pena detentiva minima di sei anni di reclusione in luogo di quella di otto anni di reclusione.

In questa breve disamina diacronica delle modifiche che hanno interessato l'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 si è consapevolmente omesso il richiamo alle variazioni succedutesi nel tempo sulla componente pecuniaria della pena perché si tratta di un aspetto decisamente secondario della questione che attualmente ci occupa.

Alla luce di queste operazioni di “chirurgia costituzionale” operate dalla Consulta, la prima osservazione da fare è sicuramente quella dell’opportunità di riscrittura dell’intero testo dell’art. 73 D.P.R. n. 309/90, depurato dalle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime e, dunque, nella sua versione attualmente applicabile. La segnalazione potrebbe apparire legata ad esigenze di puro carattere formale, quasi “estetico”. Al contrario, un aggiornamento del testo vigente dell’art. 73 D.P.R. 309/90 aiuterebbe non poco ad evitare errori nell’individuazione ed applicazione del corretto trattamento sanzionatorio. Un esempio della facilità d’incorrere in errori di questo tipo è offerto proprio dalla proposta C. 2160 che, qui di seguito, passerò a commentare.

## **2. Osservazioni generali sulle proposte di legge**

Le due proposte di legge rappresentano, in maniera opposta ed estrema, le attuali visioni di politica criminale in materia di reati concernenti gli stupefacenti. Entrambe risentono -per quanto mi è dato percepire dalla lettura delle rispettive relazioni- dell’ispirazione degli orientamenti che si contrappongono sul tema della liberalizzazione del commercio di alcune sostanze stupefacenti.

Quest’ascendente ideologico finisce, in alcuni casi, per condizionare il contenuto delle proposte di legge sulla differente tematica della punizione delle condotte illecite, conducendo a risultati “fuori fuoco” rispetto a questo campo specifico d’intervento.

Nel presente scritto si rappresenteranno esclusivamente valutazioni di carattere strettamente giuridico-applicativo, evitando qualsivoglia presa di posizione sui profili “socio-politici” connessi alla materia.

La prima proposta (C. 2160), come si legge nella relazione esplicativa, assume quale proprio fine quello di «*porre un freno al dilagare di tali reati prevedendo, da un lato, che sia possibile procedere all’arresto in flagranza e, da un altro lato, che siano aumentate le pene edittali e non sia previsto un trattamento di favore qualora i reati in oggetto siano commessi da una persona tossicodipendente, intervenendo, quindi, seppure in maniera indiretta, anche sull’applicazione delle misure cautelari personali*

La seconda proposta (C. 2307), prende come referente gli interventi mitigatori della Corte Costituzionale e, segnalando l’incidenza sui numeri della popolazione penitenziaria delle detenzioni connesse alle condotte sanzionate dall’art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, promuove una riduzione complessiva delle pene «*riportando il trattamento sanzionatorio in materia in un alveo di proporzionalità dell’offesa, più in linea con i principi costituzionali*all’intergruppo parlamentare per la legalizzazione della cannabis costituito anche nella corrente legislatura per promuovere una riforma radicale della normativa sulle sostanze stupefacenti

Date le premesse ed esposti gli obiettivi, entrambe le proposte presentano, alcune significative criticità, che in prosieguo si passa a segnalare

## **2.1. La proposta di legge n. 2160 (Molinari)**

La presente proposta, con riferimento all’ipotesi delle condotte di “lieve entità” di cui all’art. 73 comma V, prevede l’innalzamento della pena della reclusione, attualmente stabilita «da sei mesi a quattro anni», a quella «da tre a sei anni», senza distinzione -come nell’attuale versione- tra condotte afferenti alle “droghe leggere” e quelle concernenti le “droghe pesanti”.

Tal previsione si presta a sicure censure d’illegittimità costituzionale per irragionevolezza della norma rispetto ai parametri dell’art. 3 (parità di trattamento) e 27 comma 3 (proporzionalità della sanzione) Cost., dal momento che sembra non tenere conto della dichiarazione d’illegittimità costituzionale compiuta dalla sentenza n. 32 del 2014, per effetto della quale le condotte di reato **non lievi** concernenti le droghe leggere, sono ora sanzionate con una pena

oscillante da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione.

Dunque, ove mai la modifica della norma indicata venisse approvata senza ulteriori adattamenti della complessiva previsione dell'art. 73, si giungerebbe al paradosso di vedere punite più gravemente le condotte lievi afferenti ad entrambe le categorie di stupefacenti di quelle non lievi riguardanti le cd. droghe leggere. Infatti, comparando le due previsioni sanzionatorie, per le condotte di cui al comma V si avrebbe un minimo di pena più elevato (tre anni) di quello previsto dal comma IV (due anni) per il traffico di droghe leggere ed un tetto massimo di pena equivalente.

Per esemplificare più chiaramente, alla stregua della disciplina in commento, un soggetto trovato in possesso di tre dosi di marijuana destinate alla cessione verrebbe punito più severamente di uno che sia trovato in possesso di trenta dosi della medesima sostanza.

Quanto all'eventuale scelta generale d'innalzamento delle sanzioni stabilite nei precedenti commi di cui all'art. 73, appare opportuno ricordare quanto segnalato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 40 del 2019, quando ha ricordato che «*allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato, si profila un contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa*» per cui si esige di «*contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale.... in vista del progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa della pena... Al raggiungimento di tale impegnativo obiettivo posto dai principi costituzionali è di ostacolo l'espiazione di una pena oggettivamente non proporzionata alla gravità del fatto, quindi, soggettivamente percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria e, dunque, destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso cui obbligatoriamente deve tendere».*

Nessuna particolare osservazione di critica giuridica può muoversi alle modifiche degli artt. 380 del codice di procedura penale (che prevederebbe così l'arresto obbligatorio anche nei casi di piccolo spaccio) e 73 comma 5bis del D.P.R. n. 309 del 1990. Va, tuttavia, segnalato che l'abrogazione del comma 5bis comporterebbe l'inapplicabilità anche del comma 5ter, che richiama il procedimento descritto dal comma che lo precede anche in relazione ai reati di matrice differente commessi da soggetto tossicodipendente.

## **2.2. La proposta di legge n. 2307 (Magi)**

La presente proposta muove i suoi passi dalla modifica “topografica” della disciplina delle fattispecie delittuose di minore gravità (attualmente inserite nel comma V dell’art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990), attraverso l’introduzione di una disposizione autonoma, l’art. 73-bis., rubricato “*Produzione, acquisto e cessione illeciti di lieve entità di sostanze stupefacenti o psicotrope*”

In premessa si osserva che sarebbe preferibile mantenere, anche per la disposizione in parola, la medesima rubrica dell’art. 73, sia pur “specializzata” nel riferimento alla condotte di lieve entità. Infatti, il richiamo generico che la rubrica dell’art. 73 fa alle varie condotte in esso elencate, attraverso l’espressione “*traffico*” meglio si presta a ricomprenderle tutte. Invece, la rubrica dell’art. 73-bis sembrerebbe richiamarne solo alcune, laddove la disposizione, invece, continua a rinviare a tutte le condotte previste dall’art. 73.

Deve ritenersi che la scelta di una norma autonoma risponda all’esigenza di segnalare, con ulteriore evidenza, che la fattispecie in parola costituisce non una circostanza attenuante ma un distinto reato.

Una prima notazione consiste nella rilevata espunzione, dal catalogo dei connotati caratterizzanti la “lieve entità”, del requisito della «*qualità della sostanza*». Salvo che non si tratti di un mero refuso, non si comprende l’utilità di una siffatta esclusione. Questo parametro, secondo la giurisprudenza costante, non riguardava, infatti, il distinguo tra “droghe leggere” e “droghe pesanti”, bensì considerava l’efficacia drogante della sostanza (a prescindere dalla tipologia) e, quindi, ad esempio, la concentrazione di principio attivo nelle singole dosi di stupefacente.

Tanto premesso, la vera novità consiste nel recupero, anche per le condotte illecite caratterizzate da minore gravità, della disciplina sanzionatoria differenziata a seconda che si tratti di “droghe pesanti” o “droghe leggere”.

Infatti, nel primo caso si propone che le condotte di lieve entità siano punite con la reclusione da tre mesi a due anni. Nel secondo caso, la reclusione sarebbe addirittura ridotta entro una forbice da un mese ad un anno di reclusione.

La riduzione delle sanzioni in maniera così significativa, fin quasi a rendere *impalpabili* quelle riferite alle cd “droghe leggere”, si espone però al rischio di far perdere del tutto alla disposizione penale la sua funzione general-preventiva e special-preventiva e di amplificare la tendenza a comportamenti recidivanti.

Anche in tal caso, per esemplificare, lo spaccio di poche dosi di marijuana sarebbe sanzionato al massimo come i furti a querela previsti dall’art. 626 c.p. (per uso momentaneo della cosa, per

stato di bisogno, per spigolatura e raspollatura ecc., reati di cui si è persa la traccia nelle aule di giustizia).

Peraltro, va considerato che ben raramente sarebbe applicato il massimo della pena edittale (due anni per lo spaccio di “droghe pesanti” ed un anno per lo spaccio di “droghe leggere”), dovendosi indirizzare molto più spesso il trattamento sanzionatorio, in mancanza di indici riconoscibili di maggiore gravità della specifica condotta, verso i minimi edittali (dunque, tre mesi e, rispettivamente, un mese di reclusione). La perdita di qualsiasi effetto deterrente verrebbe ancor più marcata dal frequente ricorso ai riti alternativi premiali (abbreviato e “patteggiamento”).

Considerando, poi, che le finalità dichiarate dai proponenti sono quelle di favorire un percorso normativo verso *“la legalizzazione della cannabis”* e di promuovere *“una riforma radicale della normativa sulle sostanze stupefacenti”*, va evidenziato che la disposizione di cui ci stiamo occupando non riguarda affatto la detenzione ad uso personale di sostanze stupefacenti (che, come è noto, si pone all'esterno del perimetro della rilevanza penale), bensì concerne condotte di detenzione a fini illeciti, che tali rimarrebbero e dovrebbero necessariamente rimanere anche laddove si attuasse la scelta di depenalizzare e, conseguentemente, consentire (in maniera autorizzata e controllata) il commercio delle droghe leggere.

È, infatti, alquanto illusorio ritenere che la depenalizzazione della vendita di cannabis possa eliminare del tutto (almeno nel medio periodo) l'esistenza di un parallelo mercato illegale rivolto a tutta quell'ampia sfera di possibili clienti (pensiamo soprattutto ai minorenni) cui molto auspicabilmente sarebbe inibito l'acquisto di cannabis dai circuiti autorizzati.

Infine, proprio la forte riduzione del trattamento sanzionatorio previsto per il cd. “piccolo spaccio”, inciderebbe anche sulla percezione del suo disvalore da parte dell'acquirente (attuale o potenziale) e ciò lo renderebbe meno preoccupato nel far riferimento a quel tipo di mercato per l'acquisto dello stupefacente (così come attualmente avviene, ad esempio, per l'acquisto di tabacchi di contrabbando).

Lascia perplessi, infine, la scelta -operata con la proposta di legge in commento- di escludere la condotta di coltivazione domestica di cannabis anche dalle sanzioni amministrative di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 309 del 1990. Innanzitutto, perché questa soluzione rende assolutamente lecito un antecedente qualificato di detenzione per uso personale, differenziandole dalle altre forme di detenzione sostanzialmente omologhe che, invece, restano soggette alle sanzioni amministrative dell'art. 75.

Per questo motivo, così costruita, sembra quasi una norma il cui effetto è quello di favorire anche il consumo domestico della cannabis, dal momento che se il soggetto che l'ha coltivata decidesse di detenerla fuori dal domicilio sarebbe soggetto alle sanzioni amministrative previste dall'art. 75, mentre la sua condotta resterebbe assolutamente lecita finché il consumo avvenisse in maniera immediata e non controllabile tra le mura domestiche. Diversamente opinando, da essa discenderebbero questioni interpretative, dal momento che dovrebbe risolversi la questione della rilevanza -sempre ai fini delle sanzioni di cui all'art. 75- della detenzione per uso personale in casa della cannabis una volta estratta dalla pianta coltivata tra le mura domestiche e ormai separata dalla stessa.

Se l'esclusione dalle sanzioni amministrative riguardasse solo la fase della coltivazione domestica delle piante, la liceità non coprirebbe di per sé anche la detenzione del prodotto e questo secondo comportamento non sarebbe sottratto all'intervento sanzionatorio sia pur di tipo amministrativo. Se, al contrario, si ritenesse che la previsione in parola faccia da "ombrello protettivo" anche alla successiva detenzione della cannabis estratta dalla propria coltivazione, occorre essere consapevoli del fatto che l'assenza di qualsiasi tipo di sanzione si presterebbe anche a fornire un facile *escamotage* per tutte le condotte di "piccolo spaccio" che venissero realizzate tra le mura domestiche, rese più agevoli dalla possibilità di usare il paravento di un'apparente e lecita coltivazione di cannabis e di detenzione della sostanza estratta.

### **3. Tertium datur...un intervento su ciò che serve...**

La vera problematica applicativa quotidiana della disciplina dell'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 concerne l'ampiezza dello spazio interpretativo della nozione di "*lieve entità*" attualmente descritta dal comma V del più volte menzionato art. 73.

La disposizione vigente ancora questa nozione a parametri sicuramente utili e corretti ("*i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione, la qualità e la quantità delle sostanze*") che, tuttavia, si prestano spesso a considerazioni fortemente disomogenee a seconda del contesto territoriale, dell'esperienza professionale e financo della sensibilità sul tema del singolo magistrato giudicante.

Una medesima condotta illecita si trova così ad essere diversamente giudicata, con evidenti ricadute sul piano dell'equivalenza di trattamento sanzionatorio e di risposta punitiva dello Stato.

Apparirebbe più opportuno, a questo punto, fornire un parametro valutativo ulteriore, di tipo schiettamente numerico-ponderale, che consentisse ai giudici di pervenire a decisioni più

omogenee.

Al riguardo, si fa presente che la giurisprudenza della Cassazione, per l'opposta ipotesi delle condotte di reato di cui all'art. 73 aventi ad oggetto “ingenti quantità” di sostanze stupefacenti (sanzionate dall'art. 80 comma 2 del D.P.R. n.309 del 1990), già ha avvertito l'esigenza di supplire alla mancanza di indicazione normativa di un tale parametro, fornendo ai giudici di merito un indirizzo orientativo del tipo suggerito.

Infatti, con la sentenza n. 36258 del 24 maggio 2012, le Sezioni Unite della Cassazione hanno statuito che la circostanza aggravante dell'ingente quantità «*non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionalità del giudice di merito, quando tale quantità sia superata».*

Anche dopo l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, la Cassazione ha più volte ribadito che «*per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1 bis, dell'art. 75, d.p.r. n. 309/90, come modificato dalla legge 16 maggio 2014, n. 36, mantengono validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90»*

(Cassazione penale sez. IV, 15 novembre 2017, n. 55014).

Analogamente, potrebbe allora introdursi, accanto a quelli già indicati dall'art. 73 comma V, un parametro che si limiti a specificare quelli già esistenti della “qualità e quantità” attraverso i medesimi richiami contenuti nell'art. 75 comma 1bis lett. a) del D.P.R. n. 309 del 1990 (cioè riferendosi alle dosi medie singole detenibili, differenziate per tipologia di sostanza).

La concorrenza di questo referente con gli altri riguardanti “*i mezzi e le modalità e le circostanze di realizzazione della condotta*”, affidati alla prudente valutazione del giudice, consentirebbe, poi, di distinguere comunque le ipotesi di detenzione illecita da quelle di possesso finalizzato a consumo personale.

La convergenza di tutti questi parametri permetterebbe, infine, di pervenire ad una decisione giudiziaria puntuale anche nei casi, che si presentano di sovente nei processi per direttissima, in cui non sia disponibile un accertamento quali-quantitativo sulla sostanza stupefacente sequestrata ma si disponga esclusivamente del narcotest.

