

**PERCHE' E (SOPRATUTTO) COME E' POSSIBILE MODIFICARE LA
LEGISLAZIONE SUGLI STUPEFACENTI**

di Carlo Alberto Zaina

Premessa

Desidero proporre un approccio che, rispetto ad alcuni temi concernenti l'attuale testo del dpr 309/90, si caratterizzi per la totale assenza di influenze ideologiche e, per converso, si connoti per essere esclusivamente frutto della mia quasi trentennale esperienza professionale.

Partiamo da una considerazione ovvia, al limite della banalità, la legislazione in materia di stupefacenti – come d'altronde qualsiasi altra espressione normativa – può, ma soprattutto deve essere migliorata.

Tale fine deve essere tenacemente perseguito allo scopo di adeguarla - sempre più – non tanto e non solo rispetto al sentire comune, giacché in questo modo si correrebbe il rischio di governare contingentemente e puramente le emergenze e gli umori delle piazze, quanto piuttosto in relazione ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

Ho, quindi, in tale ottica, ritenuto di poter individuare quelle che sono – nella quotidianità forense – quelle zone di ombra che maggiormente suscitano, negli operatori del diritto, contrasti e conflitti, sia teorici, che concreti e che comportano spesso – pur attenendo al medesimo petitum – l'emissione di pronunzie che, quindi, appaiono tra loro caratterizzate da profili di patente contraddittorietà e minano – vieppiù – il principio della certezza del diritto.

L'esperienza forense e giurisprudenziale specificamente maturata, in special modo negli ultimi trenta anni, ha, infatti, dimostrato come una precipua parte della commissione di reati nel nostro paese sia legata direttamente od indirettamente al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Si pensi, ad esempio, alla circostanza che molti gravi delitti contro il patrimonio trovano la loro genesi nella condizione di tossicodipendenza dei loro autori e che taluni di questi fatti criminosi – nell'alveo della loro commissione - degenerano in altrettanto gravi episodi penalmente rilevanti contro la persona.

Si pensi, anche, poi, a completamento del ragionamento all'ormai endemico fenomeno delle stragi del sabato sera, che vede protagonisti giovani, i quali si pongono al volante di auto e motoveicoli, non solo sotto l'effetto dell'alcool, ma, numerose volte, dopo avere assunto quantitativi importanti di droghe sintetiche.

Le conseguenze che derivano dagli incidenti stradali, cagionati in simili frangenti, sono enormi sia sotto l'indubbio profilo morale, che in relazione ai costi sociali che ne conseguono.

Tale complessiva situazione, senza dubbio, si aggrava costantemente, sia per la sempre maggiore diffusione nel tessuto sociale di condotte prettamente anomiche (si pensi alla progressiva e continua riduzione dell'età di primo approccio alle droghe da parte dei giovanissimi ed al fatto che sempre più personaggi insospettabili – colletti bianchi - rientrano nel concetto di assuntori di stupefacenti), sia per la sofisticata evoluzione degli strumenti di raffinazione di materia prime, elaborazione, composizione e sintesi di nuovi composti e reagenti di natura chimica, che vengono posti in circolazione.

Quest'ultimo aspetto appare particolarmente inquietante (non che i primi due non lo siano) perché attesta come le organizzazioni criminali abbiano compreso, molto prima dello Stato la necessità e l'opportunità di investire sul piano scientifico per giungere a sempre nuove evoluzioni di prodotti in grado di rispondere ad esigenze di un bacino di utenza sempre in costante "evoluzione".

Per venire ai giorni odierni, la stessa sistematica della L. 49/06, come più volte ho avuto modo di sottolineare, dimostra come si sia preferito il ricorso ad un intervento emergenziale di "rattoppo" su un tessuto preesistente già male in arnese (una sorte di veste di Arlecchino) piuttosto che dare corpo ad un intervento profondo, meditato, magari anche impopolare, ma che tenti di risolvere alle radici le contraddizioni che quotidianamente emergono nell'applicazione forense della legge.

Si dovrebbe, quindi, intervenire a modifica dell'attuale testo del T.U. sugli stupefacenti, nelle seguenti direzioni.

1) Giungere ad una norma che definisca esplicitamente il concetto di condotta detentiva di sostanza stupefacente penalmente rilevante, superando gli equivoci collegati con il criterio ponderale introdotto dalla L. 49 del 2006.

Allo stato attuale, infatti, appare evidente che circoscrivere lo spettro di irrilevanza penale della condotta di pura detenzione, facendolo dipendere in via preponderante dal vigente criterio ponderale o quantitativo, può portare (e spesso porta) a conseguenze processuali e giudiziarie del tutto inaccettabili, punendo e criminalizzando anche soggetti che risultano del tutto estranei rispetto a qualsiasi manifestazione di dinamiche devianti e che non solo non avevano intenzione o necessità di cedere a terzi, ma che non sono attinti da prove di responsabilità in tal senso.

E', quindi, fondamentale ripensare la struttura del co. 1 bis dell'art. 73 co V. dpr 309/90.

Alcuni parametri valutativi, in base ai quali si decida la sanzionabilità della condotta - da un lato – paiono affetti da evidenti caratteri di

indeterminatezza (si pensi ai canoni dati dal cd. confezionamento o dalle circostanze dell'azione, quest'ultimo mutuato impropriamente dal co. V dell'art. 73).

Non può passare inosservato, poi, il palese contrasto fra il criterio relativo ai principi attivi tabellarmente sanciti – che occhieggia la abrogata d.m.g. prevista dalla formulazione del 1990 - ed il richiamo al peso lordo complessivo della sostanza.

E' quest'ultimo elemento che, se correlato, già in sede di previsione normativa con una prova rigorosa della capacità economica del singolo, potrebbe apparire assolutamente preferibile quale paradigma valutativo, peraltro già adottato dalla più recente giurisprudenza anche di merito (Cfr. ex plurimis Tribunale Modena, sentenza 22.10.2008 n° 747, in www.Altalex.com).

Si impone, però, un ulteriore premessa metodologica sul punto.

Chiunque ponga mano alla complessiva e dovuta riforma dovrà stabilire, preliminarmente ad ogni altra valutazione :

a) se esista realmente un diritto della persona ad assumere stupefacenti, con conseguente impunità del soggetto che detenga stupefacente, in forza del principio di libera autodeterminazione del singolo,

b) oppure se esista piuttosto una facoltà della persona ad assumere stupefacenti, con conseguente impunità del soggetto che detenga stupefacente a precise condizioni di natura oggettiva e soggettiva,

c) oppure, in ipotesi ulteriormente alternativa, se esista un divieto assoluto per la persona di assumere stupefacenti, con conseguente punibilità, in sede penale, di tale condotta.

La risoluzione di tale premessa, che ho posto in termini di consapevole e voluta provocazione, appare, comunque, non rinviabile ed indefettibilmente propedeutica al fine di procedere all'elaborazione normativa, in quanto all'opzione scelta dovrà corrispondere – ovviamente - un chiaro orientamento legislativo.

A titolo personale credo si debbano escludere quelle scelte, per così dire, estremistiche (lett. a e c).

Non mi pare, infatti, praticabile né l'ipotesi del riconoscimento di un diritto soggettivo del singolo a drogarsi, né, tanto meno lo speculare divieto.

Si incorrerebbe, infatti, in entrambi i casi (che, come detto, paiono due facce della stessa medaglia) in un'evidente forzatura sistematica, posto che, così come non si può accettare la completa espropriazione del diritto del singolo all'autodeterminazione, appare chiaro che il limite all'esercizio di tale diritto riposa nei concetti di ordine pubblico e buon costume (oltre che nel fatto che la condotta non integri un reato).

Sicché, al di là delle pacifiche e negative valutazioni etiche che si possono formulare relativamente alla condotta di assunzione di sostanze stupefacenti (ma non è questo il tema che si intende sviluppare in questa sede, giacché esso

attiene al campo della filosofia politica) si dovrà affermare con chiarezza una serie di principi.

Dovrà essere assolutamente orientamento indubbio quello per cui, pur non potendosi vietare l'uso personale di sostanze psicotrope, al contempo, non si potrà affatto postulare e propugnare l'esistenza di un correlativo diritto soggettivo e perfetto in proposito, attesi gli evidenti riflessi negativi che possono indubbiamente derivare sulla salute dell'assuntore (specialmente per quanto concerne la droghe cd. pesanti).

Propondo, quindi, per una soluzione mediata e meditata che permetta al singolo di disporre come meglio ritiene del proprio destino, seppur non potendo affatto riconoscergli una posizione garantita e tutelata dall'ordinamento giuridico, quale è, invece, quella che promana dall'esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo.

Tale libertà di autodeterminazione, per essere realmente adeguata alla tematica in oggetto, dovrà, però, prevedere dei doverosi condizionamenti.

Intendo, infatti, affermare che il singolo dovrebbe poter detenere, senza incorrere in sanzioni penali, sino ad una quantità massima e predeterminata di sostanze stupefacenti di qualsiasi tipologia, in presenza, però, di specifici parametri soggettivi, che compete all'interessato dimostrare sussistenti ed applicabili nella specifica fattispecie.

Consegue, quindi, sul piano strettamente penalistico, la necessità che si possa prevedere in linea teorica, che la mera e sola detenzione di stupefacenti, ancorchè non connessa ad altre condotte valutate come illecite (ad esempio quelle di cessione), vada regolata :

1. come condotta non punibile, qualora concerna un quantitativo minimale (ad esempio sino a gr. 2 di sostanza lorda) che si può effettivamente e ragionevolmente presumere destinato all'uso personale, presunzione iuris tantum, che, quindi, ammette la prova contraria;
2. come condotta non punibile, qualora concerna un quantitativo ricompreso entro i gr. 20 di sostanza lorda, (ma superiore i gr. 2), sempre che la parte che invoca la scriminante, dimostri in concreto la propria capacità economica e redditiva (di natura lecita) tale, quindi, da permettere l'acquisto di un quantitativo di stupefacenti del tipo di quello rinvenuto, la circostanza di essere assuntore della sostanza, la non eccessività del quantitativo rispetto ad asserite necessità personali del detentore.

Anche in questo caso – e soprattutto in questa ipotesi – la accusa ben potrà addurre prova contraria .

E' evidente che la previsione di una presunzione di destinazione allo spaccio dello stupefacente detenuto, possa coerentemente legittimare l'adozione di una presunzione esattamente contraria in senso favorevole all'indagato.

2) **Necessità di ridefinire la mappa della condotte penalmente rilevanti ora indicate in modo pedantesco ed inutilmente casistico (ne abbiamo addirittura 22, talune tra loro pleonasticamente ripetitive) nel contesto dell'art. 73 co. 1 ed 1 bis dpr 309/90 - .**

La necessità di sanzionare condotte che appaiono indubitabilmente concretanti reati non può però tollerare un'esasperazione casistica del genere di quella attualmente vigente, né talune contraddizioni che si colgono dall'esame della legge.

Nel sistema delineato dal dpr 309/90 e novellato dalla L. 49/06 appare, infatti, una proliferazione di comportamenti di cui il legislatore prevede la sanzionabilità.

A fronte di situazioni effettivamente ravvisabili (coltivazione, fabbricazione, raffinazione, vendita, cessione gratuita, trasporto, importazione ed esportazione) ve ne sono altre (estrazione, offerta o messa in vendita, distribuzione, commercializzazione, procurare ad altri, invio, passaggio o spedizione in transito, consegna per qualunque scopo) che paiono specificazioni inutili e cavillose.

Anzi, sia consentito dire che, probabilmente, il legislatore, invece, di perdere tempo alla costruzione di fantomatiche ipotesi di reato, meglio farebbe a delineare un sistema sanzionatorio che prevedesse pene differenti a seconda dei comportamenti.

Vale a dire che non guasterebbe affatto una differenziazione in punto a previsione di pena, quale conseguenza di un concreto giudizio di offensività che involga le singole condotte.

E' indubbio, infatti che ben differente pericolosità possa essere rilevata fra detenere stupefacente e raffinare o fabbricare lo stesso; né pare scelta oculata ed adeguata quella cumulare le diverse condotte in una caleidoscopica previsione, quale è l'attuale, pur in presenza di una escursione rilevante fra il minimo ed il massimo di pena.

Quindi, previsione di reati specifici, in relazione a specifiche condotte con adeguate sanzioni ad hoc.

Si impone, quindi, non solo una auspicabile rimodulazione dell'art. 73 co. 1 e 1 bis (che affronti, tra l'altro, anche il problema della possibile equiparazione della coltivazione domestica, a precise e tassative condizioni, alla detenzione non punibile,) ma si dovrebbe pensare anche all'abolizione della previsione dell'art. 74 co. 6° (associazione di lieve entità) che mi pare, francamente, una contraddizione in termini perchè il fenomeno associativo è sempre indice di una intrinseca pericolosità sociale delle condotte in esso ricomprese.

Devo rilevare il paradosso che emerge dalla previsione normativa, in base alla quale la condotta di importazione o di esportazione di qualsiasi tipo di sostanza stupefacente (comportamento caratterizzato da profili di rilevante

offensività) potrebbe fruire della scriminante di cui all'art. 73 co. 1 bis dpr 309/90, mentre la coltivazione domestica di una sola pianta di canapa a conclamati scopi di destinazione personale (caso in cui l'allarme sociale appare di livello certamente minimo) sfugga a tale esimente.

Reputo, inoltre, sia tempo di pervenire ad un previsione di reato che sostituisca l'attuale richiamo all'art. 586 c.p. in quelle – purtroppo – frequenti ipotesi dell'insorgenza di una patologia mortale o di malattia a carico di una persona che abbia acquistato sostanze stupefacenti.

Deve essere, quindi, prevista un'ipotesi di reato specifico, con un precetto al quale vengano correlate sanzioni ad hoc, onde potere ricomprendere in un alveo sistematico unitario, anche un fenomeno così grave, che – invece incredibilmente – nel testo attuale non trova una disposizione che lo governi o disciplini.

Chi cede un quantitativo di droga – anche una sola dose – e dall'assunzione di questa derivino lesioni, stato di malattia o morte dell'assuntore deve essere punito, non più facendo ricorso ad un titolo di reato colposo.

Si deve introdurre un'ipotesi di omicidio volontario, oppure un'ipotesi di omicidio colposo che ricomprenda nella sua struttura la previsione della sussistenza del dolo eventuale, essendo, sempre, pacifica l'accettazione del rischio di degenerazione delle conseguenze del proprio gesto da parte di chi ceda illecitamente

3) Rivedere il sistema sanzionatorio fondato sul combinato disposto dagli artt. 73 ed 80 del dpr 309/90, superando, così, l'attuale struttura che prevede un reato base ed una serie di elementi circostanziali (co. V dell'art. 73 ad esempio o co. II dell'art. 80) la cui applicazione, concreta e quotidiana, crea palesi disparità di trattamento ed è legata a visioni personalissime, siccome soggettive e proprie di chi è chiamato a giudicare.

Questo mi pare uno dei punti nodali sui quali un'eventuale riforma deve incidere senza ipocrisie e senza incertezze.

A) Se è vero che la specifica previsione dell'ipotesi lieve è stato un elemento di importante e qualificata novità introdotto dal dpr 309/90, e se è altrettanto indubitabile che la scopo della norma relativa, il comma V° dell'art. 73, era quella di superare le difficoltà interpretative insorte sotto l'imperio della L. 685/75 in relazione all'art. 72, si impone il dovere di dare finalmente contorni precisi a tale istituto.

Come ho avuto modo di sostenere più volte, il comma V° dell'art. 73 non può vedere relegata e mortificata la propria funzione al rango di mera circostanza attenuante, come, allo stato, sancito dalla giurisprudenza e da un'ambigua struttura giuridica lessicale della norma in questione.

La classificazione nel senso prevalente, infatti, è sempre apparso svilente l'effettiva portata della norma.

Si pensi, infatti, alla circostanza che la lieve entità – quale circostanza attenuante – è sempre stata sottoposta al giudizio di bilanciamento rispetto alle aggravanti eventualmente contestate, con la ovvia conseguenza che, in caso di valutazione di prevalenza di queste ultime, la pena da infliggere al caso concreto finisce per rientrare nell'ambito di quella prevista dal comma 1 (e dopo la novella del febbraio anche dal comma 1 bis) dell'art. 73, con evidente aggravamento del trattamento sanzionatorio.

Un simile risultato, che già sollevava giuridica ripulsa, è stato, poi, sensibilmente accentuato con l'entrata in vigore della L. 251/05, la famigerata ex-Cirielli.

Sono noti taluni effetti aberranti e distorti che il nuovo art. 69 comma 4° c.p. ha provocato.

Tra questi (a causa del mancato raccordo dei vari interventi normativi citati) il più eclatante appare quello che deriva in forza del presunto divieto del giudizio di prevalenza delle attenuanti rispetto all'aggravante di cui all'art. 99 comma 4° c.p..

Per ciò solo, l'attenuante del comma V° non può dispiegare alcun effetto e, dunque, esiste solo formalmente sulla carta, non rilevando od incidendo, né punto, né poco in termini di pena effettiva.

Si è giunti, così, al paradosso che un soggetto incensurato o non attinto dalla recidiva, accusato di detenzione o cessione di quantitativi elevati di stupefacente (centinaia di grammi se non addirittura chilogrammi) sia stato condannato a pene di gran lunga inferiori rispetto a chi abbia ceduto una solo dose di droga, ma si sia visto contestare la aggravante della recidiva.

La giurisprudenza – creativamente - ha tentato di ovviare a simile incredibile situazione, ma si tratta di approdi del tutto isolati, cui non ha fatto, certo un'adeguata adesione né dottrinale, né decisionale¹.

Sarebbe troppo lungo, noioso ed ozioso approfondire il tema specifico in relazione alla ex-Cirielli, ma il richiamo alla discrasia venutasi così a creare è illuminante, nel senso di dare certamente fiato alle minoritarie tesi di chi, come lo scrivente, non si rassegna al declassamento di un'ipotesi autonoma di reato in mera circostanza aggravatrice lo stesso.

Certo è che, per qualificare l'istituto in questione come circostanza del reato, non pare sufficiente quell'osservazione, sviluppata in giurisprudenza, per cui i fatti descritti nel comma V° appaiono i medesimi descritti nella fattispecie base di cui ai commi 1 ed 1 bis dell'art. 73, sicché la ritenuta minore offensività del fatto non apparirebbe decisiva per una valutazione di autonomia della ipotesi di lieve entità a quella base.

Molti e contrari argomenti potrebbero essere spesi.

Ritengo, però, che la qualificazione giuridica dell'art. 73/V°, quale reato autonomo ed indipendente, debba necessariamente conseguire ad una scelta di politica legislativa, che miri a distinguere sul piano ontologico, naturalistico e

¹V. ex plurimis Corte d'Appello Brescia, sentenza 23.02.2007 in www.Altalex.com

giuridico condotte di modesto e non eccessivo rilievo ed allarme sociale, poste in essere da tossicomani o da assuntori rispetto a condotte di elevata e significativa pericolosità che si ricolleghino con un'attività di traffico di stupefacenti professionali, continuative e svincolate da una situazione di bisogno del singolo.

Vale a dire, che deve essere codificata (sotto ogni profilo) la differenza che appare in fatto fra l'individuo che svolga con continuità attività illecita di acquisto, cessione (et similia) di droga, ma che – in qualche modo – sia compulsato o/e condizionato da una condizione di tossicodipendenza personale, e l'individuo che, invece, agisce in virtù di evidenti dinamiche criminali svincolate dalle condizioni personali testè descritte e, comunque, operi manifestando una pericolosità sociale indubbia ed elevata.

L'ipotesi lieve deve, quindi, assumere la funzione di raccordo fra la situazione vissuta da chi assuma droga senza, peraltro, essere inserito organicamente nell'orbita dello spaccio e chi, invece, senza esserne magari assuntore, traffichi con una attività imprenditoriale, e, quindi, suscettiva di produrre apprezzabile allarme sociale,.

E' evidente che il criterio principale per identificare una condotta come rientrante nella previsione del comma V° dell'art. 73 dpr 309/90 dovrà essere quello ponderale.

Questo parametro dovrà, però, essere armonizzato con i criteri residuali specificati nel testo della norma, che a parere di chi scrive non merita mutamenti o modificazioni².

B) Correlativamente e specularmente alle osservazioni in materia di co. V, si rende necessaria una definizione di parametri precisi inerenti la circostanza dell'ingente quantità, che, a propria volta, deve divenire un'ipotesi di reato autonomo, perdendo – così - il carattere di circostanza aggravante.

Basti, infatti, pensare che attraverso il meccanismo del bilanciamento tra aggravanti ed attenuanti, si ripropone, seppure in senso opposto, il problema già sollevato in relazione all'attenuante della lieve entità.

La circostanza aggravante in questione può, infatti, subire profonde elisioni, sino al punto di non dispiegare alcun negativo effetto e perdere, così, il proprio carattere di efficacia ed effettività.

² Sotto questo profilo, quindi, la giurisprudenza che si è venuta a formare risulta del tutto condivisibile.

Basti ricordare ex plurimis Cass. pen., sez. AVI, 29 aprile 1996, Santi, Cass. Pen., 1997, 2237, Giust. Pen., 1997, II, 314 ed anche Cass. pen., sez. VI, 5 dicembre 1996, n. 281, Bernardini, Riv. Pen., 1997, 397 che sostiene "Perchè possa configurarsi l'attenuante di cui all'art. 73, comma 5 t.u. n. 309 del 1990, è necessario non solo che la quantità della sostanza stupefacente non superi la soglia della modica quantità, ma anche che il fatto nel suo insieme presenti connotati tali da poter essere definito di lieve entità, vale a dire di minore offensività per la collettività. Ne consegue che, pur rimanendo la quantità dello stupefacente l'elemento maggiormente significativo, gli elementi indicati nel comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 vanno considerati globalmente, sicchè solo dal bilanciamento e dalla valutazione globale (e quindi anche compensativa) di essi si può definire un'offensività del fatto reato, tale da risultare ostativa della configurabilità di quel carattere di lieve entità, richiesto per l'applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole per il responsabile".

Reputo, infatti, che il principio della concreta offensività del fatto-reato debba costituire, sempre e comunque, un paradigma di ausilio per la valutazione del giudice.

Corollario alle considerazioni sviluppate al punto precedente è quello della necessità che vengano definiti in modo preciso anche i tratti essenziali del concetto di ingente quantità.

Non è, infatti, più tollerabile una patente disparità di giudizio in relazione a fatti ed episodi tra loro del tutto simili, situazione che cagiona nei Tribunali una discontinua ed ondivaga applicazione dell'aggravante in questione.

Chi scrive è consapevole che non esista affatto una ricetta magica ed assoluta per potere definire con absolutezza l'ipotesi aggravata in questione.

Si tratta, però, di prospettare e discutere una soluzione che possa fronteggiare nel modo più efficace possibile (o meno inefficace possibile) situazioni concernenti il traffico e le condotte attinenti ad importanti quantitativi di stupefacente.

Ciò non di meno, ritengo che sia necessario porre un "minimo steccato sanzionatorio", cioè prevedere una piattaforma ponderale a partire dalla quale si possa configurare la sussistenza dell'aggravante in parola, perchè le teorie attualmente vigenti (sia quella "nominalistica", che quella della "saturazione") hanno dimostrato di non poter realisticamente assolvere ad una funzione di soddisfacimento dell'esigenza di certezza dei parametri applicativi dell'aggravante di cui all'art. 80 comma 2° dpr 309/90.

Troppe volte, infatti, è stato assolutamente difficoltoso individuare l'esatto bacino di utenza destinatario dello stupefacente, onde inferire da siffatto elemento la effettiva sussistenza e pertinenza dell'aggravante al caso di specie.

Taluno potrebbe obiettare – in linea meramente teorica - che l'individuazione di scaglioni ponderali, oltre i quali contestare oggettivamente l'aggravante dell'ingente quantità, potrebbe "facilitare" il compito di organizzazioni criminali o di singoli malviventi, che tratterebbero di volta, in volta, partite di droga inferiori per non incorrere nella fattispecie aggravata.

L'osservazione tradisce – a parere di chi scrive – un'approssimativa conoscenza delle dinamiche criminali.

Ad essa, infatti, si può agevolmente opporre che un simile dedotto pericolo si può, al più, correre solo in sporadiche occasioni attinenti a situazioni locali e contingenti.

Vale a dire che lo spacciatore di medio livello potrà anche talora prestare attenzione al pericolo del superamento di un certo limite ponderale, ma non è pensabile che organizzazioni criminali, dedite a traffici rilevanti e continuativi, possano per tale ragione limitare i quantitativi trasportati, in quanto ogni trasporto comporta un tipo di organizzazione piuttosto articolata, non spendibile per modesti quantitativi di stupefacente.

Prova confortante (o sconcertante a seconda dei punti di vista) a sostegno di quanto si va affermando è quella che si desume dall'esame del T.U. 309/90.

La normativa, infatti, con l'inasprimento delle pene per le condotte di cui all'art. 73 – che sostituiva il vecchio art. 71 della L. 685/75 -, non ha, diversamente dagli auspici formulati, affatto rivestito un argine contenitivo, tale da dissuadere i singoli e le organizzazioni, soprattutto, in relazione all'aspetto ponderale delle cessioni o delle condotte illecite.

Questa osservazione incontrovertibile e non contestabile, quindi, deve indurre a valutazioni di politica giudiziaria realistiche e scevre da voli pindarici.

In buona sostanza, preso atto che proprio l'indeterminatezza dei criteri definatori il campo di applicabilità dell'aggravante in questione è elemento che mina la credibilità e l'efficacia delle legge, si deve addivenire ad un corretto compromesso, che, quantomeno, sgombri l'ambito della quotidianità forense da mutevoli e contrastanti interpretazioni.

In questo senso, quindi, la scelta di stabilire uno spartiacque fra l'ipotesi di reato ordinaria ed un'ipotesi di reato a sé stante, la quale contenga in sé un quid pluris sanzionatorio, determinato da un inasprimento di pena correlativo alla offensività e gravità della condotta, basato esclusivamente sull'individuazione di un predeterminato dato ponderale, mi pare l'unica soluzione se non apprezzabile, quanto meno possibile per risepitare il principio di tassatività.

Credo che, una volta adottato tale orientamento, non si possa, però, prescindere da una ulteriore quanto necessaria specificazione metodologica.

Sono, infatti, persuaso che, per poter seriamente ed effettivamente ipotizzare a carico dell'indagato/imputato l'aggravante di cui all'art. 80/II°, si debba avere riguardo al principio attivo contenuto nel compendio illecito e non già al quantitativo complessivo della sostanza di taglio.

Tale opzione deriva dalla necessità di introdurre un parametro di effettività, tramite il quale si possa valutare la reale offensività della condotta del soggetto in relazione alla tipologia ed alle caratteristiche dello stupefacente. E', infatti, opportuno evitare il rischio di cadere nel paradosso di configurare a carico dell'inquisito l'ingente quantità, in presenza di un compendio apparentemente rilevante sul complessivo piano ponderale, ma, al contempo, poco significativo per quanto attiene specificatamente alla vera e propria sostanza stupefacente, che è il vero e proprio elemento drogante.

D'altro canto mi pare che si debba connotare di coerenza ed unitarietà la articolata disciplina in subjecta materia, se è vero che il principio attivo drogante della sostanza appare parametro che, secondo il legislatore, rileva in maniera assoluta, in relazione ai limiti di punibilità della condotta di detenzione ed importazione introdotti dalla L. 49/06.

Deriva, quindi, come conseguenza, la necessità di posticipare all'esito della fase peritale (peraltro consueta e doverosa) l'eventuale contestazione del reato in questione sulla scorta di una quantificazione del principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente (previa definizione dei limiti relativi a siffatto parametro).

Ritengo si tratti di una scelta giuridicamente equilibrata e seria.

4) E' auspicabile il ritorno alla differenziazione fra droghe pesanti e droghe leggere.

Se uno dei criteri fondamentali che animano il nostro sistema penale è quello, peraltro, più volte richiamato, dell'offensività reale della condotta, pur vertendo in materia di stupefacenti, in un contesto di reato di pericolo (peraltro concreto), non vi è chi non veda come emerga ictu oculi radicale e notevole differenza di portata tra comportamenti materialmente simili, ove gli stessi abbiano, però, ad oggetto beni differenti.

La diffusione di droghe cd. leggere, quali hashish o marijuana, ancorché integrante un fenomeno che suscita allarme sociale e integra estrema di reato non può essere assolutamente valutata allo stesso modo della diffusione e del dilagare di droghe ottenute per sintesi (extasy su tutte) o di droghe come la cocaina.

Non basta dire le droghe fanno male e, dunque, le condotte concernenti in generale le stesse vanno punite allo stesso modo.

Tradotta sul piano pratico, scientifico e giuridico questo tipo di argomentazione è agevolmente smentibile.

Un esempio per quanto concerne il diritto potrà aiutare la comprensione del concetto.

Pensiamo, infatti, ai reati contro il patrimonio ed alla differenza che intercorre fra la truffa (art. 640 c.p.) e l'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.).

Entrambi i delitti hanno matrice comune che deriva da un dato originario, cioè essi si fondano su quella frode che il singolo compie con artifici e raggiri in danno di un terzo, cui provocano un ingiusto male, ottenendo un indebito profitto.

Ciò che distingue, però, i due regimi sanzionatori, è il differente grado di offensività delle singole condotte.

Ciò premesso, va detto che la circostanza che nessuna sostanza psicotropa possa avere riflessi positivi sull'organismo umano (al di là delle valutazioni scientifiche in itinere in ordine ai possibili usi terapeutici ed analgesici di taluni derivati della canapa, che lo scrivente non intende affrontare in questa sede) non pare spiegazione appagante, posto che è, comunque, evidente che gli effetti della assunzione delle diverse sostanze sulla salute degli assuntori appaiono assolutamente differenti fra loro.

Sul piano strettamente processuale, poi, l'omologazione in un unico contesto di tutte le sostanze stupefacenti, ha certamente favorito il fenomeno criminoso del *"brokeraggio"*.

Non è più affatto raro, infatti, (anzi sta divenendo la regola) che si verificano casi nei quali l'attività illecita rilevata a carico dei pushers viene a coinvolgere non solo una tipologia di sostanza, oppure sostanze tra loro omologhe, ma, addirittura droghe tra loro del tutto differenti (cocaina ed hashish tanto per fare un esempio).

Il singolo, in questo modo, sa perfettamente che la propria condotta integra un'unica violazione di legge, - evitando, così, l'aumento di pena per la continuazione previsto in precedenza in caso di differenza tabellare fra le droghe - ed al contempo si pone concorrenzialmente sul mercato illecito offrendo una gamma di prodotti idonei a soddisfare le contingenti necessità degli acquirenti.

5) Si deve riformulare il sistema delle sanzioni amministrative.

La previsione di un sistema di sanzioni amministrative pare trovare, allo stato attuale, apparente ragione e presupposto nella considerazione che non può essere codificato, neppure per implicito, un diritto del singolo soggetto o della collettività a fare uso personale di sostanze stupefacenti (il cd. diritto a drogarsi).

Anche volendo conferire valenza a tale presupposto è, peraltro, certo che il complesso normativo attuale, previsto dagli artt. 75 e 75 bis dpr 309/90 (così come modificato il primo ed introdotto il secondo dalla L. 49/06) si risolve nella materializzazione di un sistema punitivo parallelo a quello penale e, per certi versi, in proporzione, anche più spiccatamente repressivo di quello giurisdizionale, che opera pur in assenza di un fatto-reato.

Ci si deve, allora, porre la domanda - non certo retorica - se effettivamente una risposta di questo genere appaia adeguata (e possa tornare utile) nei confronti di quelle persone che risultino assuntrici di droga, ma, in pari tempo, non autrici di reati, oppure se l'opera di informazione, dissuasione e prevenzione debba percorrere altre strade.

Pur nella convinzione che nessuno possa pensare di essere dotato di una ricetta aprioristicamente efficace in proposito, credo, però, che, al di là di proposte più o meno fantasiose captate qua e là, si debba ricorrere in concreto, a soluzioni semplici e chiare.

Penso, quindi, ad una rielaborazione dell'attuale normativa, di cui si potrebbero tenere ferme talune sanzioni amministrative, le quali risultino operative ed efficaci in specifiche ipotesi di fenomeni di recidiva reiterata, i quali suscitano evidente allarme sociale, comunque, laddove le modalità della condotta appaiono sintomatiche ed indicative nel senso di permettere la formulazione di un giudizio di pericolosità in capo all'agente.

In via del tutto sommaria e fortemente esemplificativa, reputo – quindi - ingiusto il principio in base al quale un soggetto, che venga trovato, per la prima volta, in possesso di un quantitativo modicissimo di stupefacente, senza che la sua condotta integri reato, debba essere per ciò solo sic et simpliciter immediatamente sanzionato, seppur in via amministrativa.

Reputo, altresì, ingiusta l'idea di ricorrere ad una procedura amministrativa di irrogazione delle sanzioni, attività sottratta al vaglio preventivo ed alla competenza funzionale del magistrato, rispetto a condotte – asseritamente non rilevanti sul piano penale – quando esse siano riconducibili ad un sfera del tutto personale e privatistica del soggetto e, dunque, non si pongano come forma di attentato ai concetti di ordine pubblico e buon costume e, in pari tempo, non costituiscano indici sintomatici di pericolosità sociale.

L'applicazione di una sanzione di natura amministrativa, incidente sulla possibilità del singolo di esercitare talune sue legittime prerogative, dovrebbe intervenire – appunto solo in extrema ratio :

A) nel caso di significativi episodi di recidiva, perché da tali situazioni si può ricavare una prognosi – se non di vera e propria pericolosità sociale del singolo – quantomeno di minaccia (in relazione, quindi, alla posizione di una persona che, già in precedenza fermata, venga reiteratamente trovata in luoghi pubblici in possesso di stupefacenti, senza subire denuncia penale);

B) nel caso venga rilevata, a carico di un soggetto non recidivo, una condotta che – pur non configurante un illecito penale - per il proprio carattere di rilevanza e significatività sul piano prognostico possa suscitare un particolare allarme sociale.

L'eventuale provvedimento – attribuito come detto al solo magistrato (non onorario) - dovrebbe essere munito di provvisoria esecuzione, pur in pendenza della riconosciuta facoltà per il singolo di azionare un agile e rapido sistema di ricorso od opposizione giurisdizionale.

Le indicazioni sin qui fornite devono intendersi come idee di massima, in quanto non mette conto addentrarsi in questa fase in una giungla procedurale.

Va, comunque, sottolineato che si ritiene opportuno sollecitare l'adozione di un doppio binario, che si articoli, **da un lato,**

a) in prima battuta nella prevenzione rispetto all'uso di stupefacenti (senza inutili interventi paternalistici come erano i colloqui in Prefettura, vigenti anche nel t.u. 309/90),

b) in seconda battuta, anche in chiare iniziative di ammonizione del soggetto (non di vera e propria punizione), in presenza di casi di reiterazione di condotte che inducano a rinvenire una situazione di perdurante e continuativa assunzione di stupefacenti, ma in assenza di una reale situazione di pericolo sociale,

e, dall'altro, in un sistema analogo a quello previsto per l'applicazione delle misure di sicurezza, se non addirittura, applicando la procedura relativa a queste ultime.

In quest'ultimo caso, reputo che sia opportuno preliminarmente dare corso ad una rapida procedura di verifica medico-legale delle concrete condizioni psicofisiche dell'interessato (da esaurirsi in tempi brevissimi), all'esito della quale gli organi giudiziari (non onorari) su proposta dell'ente amministrativo (che deve essere rappresentato da soggetti i quali però devono essere adeguatamente preparati con specifiche competenze e conoscenze) siano chiamati a decidere se il soggetto possa mantenere la patente, il porto d'armi, il passaporto ed altre autorizzazioni di pubblica sicurezza o se essere sottoposto ad altre eventuali misure di sicurezza.

Il sistema deve prevedere tempi brevi di decisione e la sola impugnabilità con ricorso in Cassazione del provvedimento emesso dal Tribunale monocratico per motivi di diritto analoghi a quelli previsti codicisticamente dall'art. 606 c.p.p. .

Non è, dunque, pensabile od accettabile che siano organi di polizia od amministrativi a sostituire la competenza funzionale dei giudici nella valutazione delle condizioni relative alla possibilità di irrogare di quelle che sono, in realtà, vere e proprie misure di sicurezza.

Ergo, la riforma deve riportare ogni parte alla posizione ed ai compiti che le competono, sicchè l'autorità di polizia potrà assumere una funzione propulsiva, giammai dovrà essere delegata ad una valutazione cognitiva di merito ed all'emissione di provvedimenti che devono essere emessi sono all'esito di un contraddittorio perfetto tra gli interessati.

6. Guida in stato di intossicazione da stupefacenti.

Si tratta di una previsione già contenuta nell'art. 187 cd.

Credo, però, che non possa essere ritenuta appagante una soluzione che mira a fronteggiare e definire, solo con pene obiettivamente modeste, il problema degli effetti indotti conseguenti alla decisione di porsi alla guida in inadatte condizioni psicofisiche (assolutamente importante per le ricadute sociali in termini di lutti e dolore, nonché per i costi economici che la collettività deve sopportare, quale conseguenze dirette di tanti incidenti stradali).

E' evidente che la natura del reato in questione da contravvenzionale dovrebbe essere mutata in quella di delitto e che la previsione normativa in questione, attualmente inserita all'interno del Codice della Strada, dovrebbe appartenere organicamente od al Codice Penale od al T.U sugli stupefacenti.

Queste due scelte non hanno significato prettamente formale, ma, invece, dovrebbero essere adottate proprio al fine di dare un segnale

inequivoco di volontà di tutela sia del singolo che della collettività, ergo involgere il problema nella sua materialità.

La sanzione in relazione a tale reato deve essere, quindi, aumentata sensibilmente, sia per risultare adeguata e proporzionale alla gravità del fatto, sia perchè che le pene attuali non assolvono affatto ad una funzione di deterrenza e dissuasione del cittadino.

7.) Il vincolo dell'arresto domiciliare quale viatico per l'accesso alla comunità.

Da ultimo una brevissima notazione in relazione all'art. 89 dpr 309/90, modificata dall'art 4 sexies della L. 49/06.

Allo stato, la legge prevede che il soggetto possa ottenere il ricovero in comunità o l'accesso ad un regime terapeutico di day-hospital solamente nella forma degli arresti domiciliari.

Si tratta di una previsione che ha indubbiamente aggravato il regime previgente che ammetteva l'accesso in comunità od il trattamento terapeutico extramoenia non vincolandolo ad una condizione di sottoposizione ad una misura gradata del tipo degli arresti domiciliari.

L'indagato/imputato, infatti, ben poteva accedere al trattamento, qualunque esso fosse, anche con la rimessione in libertà.

Come si è detto più volte la norma tradisce il mancato raccordo con il comma V bis dell'art. 284 c.p.p. che vieta la concessione degli arresti domiciliari a colui che sia stato condannato nei 5 anni precedenti al fatto oggetto del procedimento, per evasione.

Non si comprende, quindi, se prevalga quest'ultima norma, con divieto assoluto di deroghe, oppure se la stessa possa subire la prevalenza della lex specialis.

Siamo dinanzi ad un'ulteriore dimostrazione di disarticolazione normativa, cui è necessario porre urgente rimedio.

** ** *

Questi mi paiono i temi di maggior peso e che meritano un articolato sviluppo.

Ho tralasciato volutamente l'esame del processo di esecuzione cui dovrei rivolgere altre aspre critiche.

Mentre da un lato si è determinato un discutibile allargamento della possibilità di fruire dell'affidamento ex art. 94 anche in favore soggetti condannati per gravi reati – dovuto ad un incomprensibile allargamento del quantum di pena che legittimi l'accesso al beneficio -, dall'altro la infelice strutturazione dell'art. 656 co. IX c.p.p. provoca gravi ed ingiustificate

differenze fra coloro tossicodipendenti che già si trovino in stato di arresti domiciliari e coloro, che, invece, non abbiano avuto tale opportunità.³

I miei, allo stato sono pensieri frutto di una ponderata disamina e dell'esperienza professionale, una articolazione sistematica richiederà, prima di tutto volontà, poi, tempo ed organizzazione.

Rimini/Trieste, lì 13 Marzo 2009

Avv. Carlo Alberto Zaina

³V. art. 656 co. IX c.p.p. *La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:*

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 600-bis e 624-bis, 628 del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva;

c) nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.