

## **Discrimine quantitativo legittimante la sussistenza dell'illecito di cui al co. 1 bis lett. A) dell'art. 73**

**Autore:** Zaina Carlo Alberto

**In:** Diritto penale

La Suprema Corte, con la sentenza che si commenta (, Cassaz. VI sez. n. 2243 del 15.1.08 ), offre un duplice spunto di riflessione, sia di natura sostanziale, che di natura processuale.

Argomento, che viene utilizzato a tal fine, è, infatti, quello relativo alla condotta di detenzione di un quantitativo di sostanze stupefacenti, che risulti appena eccedente quel limite sancito dall'art. 73 co. 1 bis dpr 309/90 per la configurabilità dell'uso personale e, al contempo, per escludere, dunque, la punibilità di siffatto comportamento.

1)

### **IL PROFILO SOSTANZIALE CONCERNENTE L'INDIVIDUAZIONE DEL DISCRIMINE QUANTITATIVO LEGITTIMANTE LA SUSSISTENZA DELL'ILLECITO DI CUI AL CO. 1 BIS LETT. A) DELL'ART. 73.**

Afferma il giudice di legittimità il principio per cui la condotta consistente nel detenere un quantitativo di droga, minimamente eccedente la soglia massima, che la legge autorizza per l'uso personale, non determina affatto, in modo del tutto automatico, il perfezionamento del reato in questione.

Si tratta, nel caso di specie, di una valutazione estremamente corretta, perché già il tenore letterale della norma incriminatrice - il citato art. 73 co. 1 bis lett. a) - induce a ritenere che l'inquisito ben possa fronteggiare e ricusare l'accusa mossagli, attraverso alligazioni difensive, che ne possano minare la fondatezza.

Soprattutto appare ammissibile che l'indagato possa confutare il dato quantitativo, che - come si vedrà infra - sancisce e configura una presunzione relativa, efficacemente paralizzabile attraverso prova contraria.

La struttura della disposizione di legge in esame tende, infatti, ad isolare e valorizzare il criterio relativo

al dato ponderale, ponendolo come alternativa “secca” e preponderante rispetto agli altri dati paradigmatici, che, all’interno della previsione normativa, vengono contemplati.

Si può, pertanto, affermare, con sufficiente precisione, che il legislatore ha riconnesso un’importanza spiccatamente significativa e decisiva al profilo quantitativo, onde inferire da esso elementi significativi di illiceità del comportamento del singolo.

Appare, dunque, palese che **“le modalità di presentazione”** della droga (e cioè il peso lordo complessivo, il confezionamento), nonché **“le circostanze dell’azione”**, possono dispiegare un effetto collaterale e, comunque, subordinato alle risultanze ponderali.

Anzi, a ben guardare, proprio la struttura lessicale della norma di legge, e, soprattutto, del periodo del co. 1 bis lett. a) che riguarda espressamente tali parametri, induce a ritenere che questi ultimi possano dispiegare maggiore efficacia, laddove fungano da prova a carico dell’inquisito, cioè dimostrino la destinazione della sostanza **“ad un uso non esclusivamente personale”**.

Le osservazioni che precedono permettono, inoltre, un interessante parallelismo con l’istituto della lieve entità di cui al co. V del medesimo art. 73, posto che anche in quel variegato contesto di plurimi parametri valutativi, la giurisprudenza ha individuato nel dato ponderale il criterio decisivo, nel senso che, laddove il compendio di stupefacente detenuto o ceduto [o, comunque, oggetto di una delle condotte descritte dalla legge] non appaia di modica entità, tale situazione non può essere ovviata o sanata dalla sussistenza degli altri criteri previsti, i quali, anzi, dimostrano la loro natura puramente sussidiaria.

Non a caso la Sez. VI della S.C., con la pronuncia del 4 Febbraio 1998, n. 2888[1] ha sancito il principio, ormai giurisprudenzialmente costante, che **“In tema di detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti, al fine di valutare la sussistenza dell’attenuante prevista dal comma 5 dell’art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, ogni altra pur favorevole circostanza risulta priva di rilevanza per ritenere di lieve entità il fatto, qualora il dato ponderale superi il limite rappresentato da una soglia ragionevole di valore economico, mentre, in presenza di un quantitativo non cospicuo di sostanza, assumono valenza gli altri parametri legislativi (mezzi, modalità, circostanze dell’azione) i quali, ove siano suscettibili di determinare un non trascurabile allarme sociale, escludono la ravvisabilità della attenuante ad effetto speciale. L’attenuante prevista dall’art. 73 comma cit. ha peraltro natura oggettiva, e ciò toglie rilevanza, ai fini della sua applicabilità, agli stati emotivi, alle condizioni personali e alle qualità soggettive del colpevole e ai motivi che lo hanno determinato a commettere il reato”**.

Anche in sede di merito la conclusione cui si è pervenuti è la medesima e, in proposito va ricordata la pronuncia resa dal Tribunale di Genova, (udienza 2 Gennaio 2006, S.S.) che ha subordinato **l’ipotesi attenuata di cui al comma 5 dell’art. 73 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, alla ravvisabilità nel caso concreto di modesto quantitativo di stupefacente ceduto e detenuto.**

Per poter chiudere definitivamente la parentesi relativa ad alcune fra le più importanti analogie emerse fra co. 1 bis e co. 5 dell'art. 73, si deve ulteriormente osservare che la prima disposizione menziona, tra i parametri puramente sussidiari, in maniera espressa l'elemento del **"peso lordo complessivo"**.

Pur ribadendo la limitata decisività del criterio di giudizio in questione, non si può non percepire la portata di questa lodevole evoluzione normativa, la quale attesta come il legislatore del 2006, abbia ritenuto, pur dovendosi muovere in coerenza con il sistema dommatico vigente, la necessità di fissare un punto di valutazione sufficientemente preciso, onde evitare controversie e contraddizioni interpretative.

Tornando all'originaria esegesi, si deve, dunque, innanzitutto, apprezzare come il collegio di legittimità escluda la sussistenza di un meccanismo automatico, in base al quale, il superamento del tetto massimo del quantitativo di principio attivo della sostanza stupefacente, stabilito nel decreto interministeriale dell'aprile 2006, provochi illico et immediate la punibilità della condotta detentiva.

L'aspetto della pronuncia in commento, che, però, appare - ad opinione di chi scrive - ancor più decisivo e di interesse fondamentale, è il corollario che consegue a tale postulato.

Vale a dire, che non solo non è ammissibile una interpretazione sillogistica che renda il superamento del valore quantitativo, sancito ex lege, come espressione automatica di reato, ma che - ed è ciò che più conta - viene valorizzata e certificata la facoltà (per non dire proprio il diritto) dell'inquisito a contraddire efficacemente il dato ponderale, attraverso elementi di prova anche atipica.

La persona che detenga un quantum di sostanza, il cui principio attivo esorbits i limiti stabiliti ex lege, non vedrà, infatti, frustrata la propria aspirazione a dimostrare la destinazione ad uso esclusivamente personale del compendio, per il tramite dell'accettazione apodittica e presuntiva, da parte del giudice, di un dato predeterminato e valutato in maniera puramente astratta e disancorata dalla realtà del caso concreto.

L'inquisito, infatti, deve potere (e può) opporre elementi concreti a proprio discarico, si che il diritto costituzionale alla difesa non venga minimamente compresso o vulnerato.

Il profilo che si evidenzia è indubbiamente molto importante, posto che, con il provvedimento in commento, si è dinanzi ad un orientamento che, seppur implicitamente, perviene a postulare e sostenere il recupero delle guarentigie difensive e, soprattutto, tramite tale azione, mira alla rappresentazione ed attuazione della giustizia effettiva rispetto al caso concreto.

Vengono, così, superate posizioni, spesso aberranti, le quali facevano del dato ponderale un paradigma intangibile, algido ed anelastico di legittimazione della sanzionabilità di condotte, che, invece, dovrebbero ricadere nel contesto della punibilità amministrativa di cui all'art. 75 dpr 309/90.

L'adesione al limite precostituito in maniera così ingiustificatamente rigida, (una sorta di confine della punibilità oltre il quale ci si imbatteva in una sorta di terra di nessuno) tradiva e tradisce tuttora la insoddisfacente compromissoria della soluzione adottata dal legislatore del 2006.

Sicché, già nel contesto della stessa elaborazione normativa della novella portata dalla L. 49, si era avvertita la necessità di creare un meccanismo di recupero di fattori e dati puramente soggettivi, con valenza esimente, applicabile a situazioni borderline, cioè ad episodi nei quali si comprendeva come il dato aritmetico e ponderale si poteva dimostrare insufficiente a tratteggiare compiutamente la vicenda.

Ergo come ha correttamente affermato AMATO (V. [www.ipsoa.it/quotidianogiuridico](http://www.ipsoa.it/quotidianogiuridico)) è stata creata una "**presunzione relativa**", cioè cd. iuris tantum, la quale evidentemente ammette e può cedere all'efficacia della prova contraria, laddove questa si mostri idonea ed atta a dimostrare che il soggetto indagato deteneva ad uso esclusivamente personale.

In conclusione, nonostante il co. 1 bis fornisca a livello probatorio delle indicazioni in ordine alla tipologia del materiale da utilizzare a fini di discolta (dei veri e propri fumus indiziari) si può tranquillamente sostenere che la locuzione "**altre circostanze dell'azione**" permetta ed autorizzi l'uso di prove anche atipiche, cioè eccedenti gli usuali schematismi utilizzati in materia.

2)

**IL PROFILO PROCESSUALE RIGUARDANTE L'INDIVIDUAZIONE DEL DISCRIMINE  
QUANTITATIVO LEGITTIMANTE LA SUSSISTENZA DELL'ILLECITO DI CUI AL CO. 1 BIS LETT.  
A) DELL'ART. 73, IN RELAZIONE ALLA CONVALIDA DELL'ARRESTO.**

I profili sino ad ora considerati trovano una loro apicalità, nella sentenza 2243 della S.C., laddove il Collegio, con il ricorso proposto dalla difesa, viene investito della valutazione riguardante la correttezza dell'arresto operata nei confronti del soggetto detentore, nonché dell'esame del successivo giudizio di convalida operato dal G.I.P. .

Emerge, prima facie, quindi, quali siano i limiti entro i quali il giudizio di legittimità del provvedimento restrittivo reso da parte del giudice, chiamato a svolgere la funzione di controllo, debba operare.

A tacere di quei requisiti puramente ed esclusivamente formali, concernenti i termini di comparizione (artt. 386 e 390 c.p.p.), si osserva come

principalmente due risultino i filoni entro i quali deve posarsi l'attenzione dell'interprete.

Da un lato, si appalesa, infatti, il concetto di flagranza, mentre dall'altro si richiama - in relazione alla condotta dell'indagato - quello dell'apparenza formale della sussistenza di una ipotesi criminosa, che giustifichi l'esecuzione dell'arresto, venendosi a ricadere, quindi, o nell'ipotesi di cui all'art. 380 o in quella dell'art. 381 c.p.p..

Quale corona circolare blindante detti limiti si pone, poi, l'impossibilità della Corte Suprema di operare quelle valutazioni e quegli apprezzamenti di fatto, esclusivamente riservati in maniera inderogabile al giudice del merito.

Or bene, così delineati i termini ermeneutici del problema è evidente che, dovendosi privilegiare una valutazione di natura puramente formale, attesa la naturale sommarietà del giudizio che sottende sia la scelta di procedere all'arresto, sia di convalidare tale misura, la detenzione di un quantitativo di droga anche minimamente eccedente - come principio attivo - i valori sanciti ex lege:

1-

(in presenza anche degli altri requisiti) legittima, le forze dell'ordine ad agire nel senso di operare, mediante l'arresto, la privazione della libertà l'interessato;

2-

autorizza, poi, il magistrato - nella fattispecie il G.I.P. - a confermare la ritualità, correttezza ed ineccepibilità dell'operato degli agenti operanti.

Va, infatti, rilevato che nella fase della convalida dell'arresto opera un contraddittorio fra le parti estremamente circoscritto e limitato, il quale - come detto prima - proietta effetti solo sul piano formale e su quello della conformità dell'azione invasiva la libertà personale rispetto alla stereotipo normativo, che si articola di plurimi rigidi parametri.

In sifatto momento processuale, infatti, è preclusa alla difesa qualsiasi attività probatoria a proprio discarico, anche se la previsione di un potere discrezionale del P.M. (V. artt. 389 e 390 c.p.p.) potrebbe indurre alla possibilità per la difesa di operare una preventiva prospettazione di temi a discarico, si da orientare le scelte dell'accusa.

La fase della convalida dell'arresto si presenta, quindi, come un momento procedimentale del tutto differente, prodromico ed autonomo rispetto a qualsiasi altro stadio del procedimento de libertate.

Non a caso Cass. pen. Sez. II Sent., 28-03-2007, n. 15110 (rv. 236465), O.O. ha affermato che **“Il giudice della convalida dell'arresto in flagranza non è incompatibile allo svolgimento del contestuale giudizio direttissimo, dal momento che la convalida dell'arresto è un atto prodromico al giudizio, e non costituisce una pronuncia autonoma tale da determinare pregiudizio”**.

Unico criterio discrezionale, che differenzia la convalida di arresto obbligatorio rispetto alla convalida di arresto facoltativo, risiede nella circostanza che, in quest'ultima ipotesi **“il controllo del giudice circa il provvedimento adottato dalla polizia giudiziaria, non può essere limitato al riscontro dell'osservanza dei requisiti formali dell'arresto (esistenza della flagranza, titolo del reato, osservanza dei termini), ma deve essere estesa al controllo dei presupposti sostanziali per l'arresto (gravità del fatto o pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto) da valutare in termini di ragionevolezza con riferimento agli elementi conosciuti e conoscibili da parte della Polizia al momento del fatto”** (Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 22-02-2007, n. 14474 (rv. 236204), Pubblico Ministero presso Tribunale di Brindisi c. M.R., in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) .

L'autonomia e la non confondibilità della fase della convalida dell'arresto, rispetto alla successiva fase riguardante l'applicazione di misure cautelari, è indiscutibile sia sul piano ontologico, che su quello del diritto ed ha trovato naturali conferme sul piano giurisprudenziale.

Non è, infatti, casuale che il codice di rito delinea e preveda due discipline fortemente diverse tra loro, le quali occupano una sequela temporale, che le vede tra loro intimamente connesse e direttamente consequenziali, ma che sono assolutamente distinte sul piano decisorio.

Ad esempio, il regime delle impugnazioni dei provvedimenti che il giudice emette risente certamente della tipologia della valutazione che viene svolta.

Vale a dire che - come si è già sostenuto - la struttura della convalida dell'arresto focalizza solamente quei profili e quei presupposti di diritto, che si è già avuto occasione di indicare.

Sicché è ovvio che la contestazione, che venga ad involgere il decreto di convalida dell'arresto, potendo consistere in censure di solo diritto, trova sua espressione solo con l'adozione del ricorso in cassazione, a differenza dell'impugnazione dell'ordinanza applicativa una misura cautelare che prevede un'opzione alternativa tra il rito ed il merito (potendosi operare ex art. 311 c.p.p. il ricorso diretto).

Le osservazioni che precedono confermano, quindi, la distinta natura del limitato contraddittorio che si instaura nel giudizio di convalida (circoscritto, pertanto, a questioni formali), rispetto a qualsiasi altra fase procedimentale o processuale, che, invece, implica per definizione la possibilità per le parti di affrontare temi di discolpa sostanziale.

Così, quindi, le preclusioni probatorie che sussistono nel momento della verifica della correttezza

dell'operato delle forze dell'ordine, svaniscono in toto laddove si discuta di gravi indizi di colpevolezza o di esigenze cautelari.

Si perverrà, quindi, alla conclusione contraddittoria (ma solo apparentemente) che l'arresto di un indagato possa essere formalmente corretto, ma che egli non sia raggiunto da gravi indizi di colpevolezza proprio rispetto a quella condotta ed a quella fattispecie di reato per cui egli fu (correttamente) privato per brevissimo tempo della libertà, si da riacquisire siffatto stato personale.

La spiegazione, come detto, riposa nel fatto che in sede di delibazione in ordine ai presupposti delle misure cautelari (detentive e non) il contraddittorio fra le parti ed il potere di controllo del giudice vengono ad abbracciare in pieno il merito e non sono angustamente circoscritti a formalismo normativo.

Così l'indagato potrà dimostrare eventualmente l'esistenza di elementi a proprio discarico, che seppur già esistenti naturalisticamente non potevano avere accesso all'interno della dinamica processuale.

In conclusione, quindi, la sentenza della S.C. fotografa esattamente la situazione codicistica esistente, evidenziando come l'unica apparente deroga al rigorismo del procedimento di deliberazione relativamente all'arresto del singolo, possa essere quella di valutare la ragionevolezza dell'azione delle forze dell'ordine.

Nel caso concreto, attesa la didascalità del caso ed il suo perfetto inserimento nello stereotipo normativo dato dagli artt. 380 e 381 c.p.p., la conferma della decisione del G.I.P. era soluzione assolutamente obbligata.

Rimini, lì  
20 Febbraio 2008

Carlo Alberto Zaina

[1]Gottardo, in CED Cassazione, 1998

<https://www.diritto.it/discrimine-quantitativo-legittimante-la-sussistenza-dell-illecito-di-cui-al-co-1-bis-lett-a-dell-art-73/>