

**LE NOVITÀ IN MATERIA DI STUPEFACENTI E FATTO DI LIEVE ENTITÀ
INTRODOTTE DALLA L. N. 159 DEL 2023:
RICADUTE PROCESSUALI E CRITICITÀ DI SISTEMA**

di Emmanuele Penco

(Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Genova)

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'iter parlamentare e la proposta di emendamento relativa al "fine di lucro". – 3. L'aumento del massimo di pena detentiva e le ricadute sul piano processuale. – 4. L'ipotesi più grave di condotte di spaccio "non occasionali". – 5. L'estensione della confisca "allargata" all'ipotesi di fatto lieve. – 6. In conclusione: la stretta sul "piccolo spaccio" e il problematico ricorso alla decretazione d'urgenza.

1. Con la l. 13.11.2023 n. 159 di conversione (con modificazioni) del d.l. 15.9.2023 n. 123 (c.d. decreto "Caivano"), il legislatore, nel contesto di un intervento dichiaratamente volto a introdurre «misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», ha ritenuto di modificare anche la disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. 9.10.1990 n. 309 (d'ora in poi, TuStup)¹.

Le novità in questo senso, contemplate dall'art. 4 del decreto, rubricato «Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti», attengono in particolare: all'aumento della pena massima da quattro a cinque anni di reclusione; alla previsione di un trattamento sanzionatorio più grave (con l'individuazione di una nuova cornice edittale di pena detentiva e pecuniaria) «quando la condotta assume caratteri di non occasionalità»; all'estensione anche ai casi di lieve entità del fatto della confisca c.d. allargata o per sproporzione di cui all'art. 240-bis Cp.

¹ Per un quadro generale delle novità in materia penale introdotte dalla l. 159/2023 v. G. Panebianco, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *DPP* 2023, 1554 ss.; S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili di interesse per il penalista*, in www.sistemapenale.it, 15.11.2023.

Quelli richiamati non costituiscono, invero, gli unici profili di intervento del d.l. 159/2023 in relazione alla materia degli stupefacenti, la quale è in effetti stata toccata anche dalle novità previste in materia di prevenzione *praeter delictum* e di sospensione condizionale della pena². Non vi è dubbio, tuttavia, che l'intervento operato in relazione all'art. 73 co. 5 TuStup sia quello certamente più significativo per la disciplina penale sostanziale³, non solo in ragione degli inasprimenti sanzionatori operati sul piano del diritto positivo, ma anche e soprattutto per le ricadute "collaterali" che questi ultimi comportano nella dimensione processuale e "di sistema". È pertanto su questo particolare profilo che intendiamo soffermarci con il presente lavoro, con l'obiettivo di delineare le caratteristiche del "nuovo" fatto di lieve entità in materia di stupefacenti tratteggiato dalla legislazione emergenziale sollecitata dalle vicende di cronaca che hanno interessato il Comune di Caivano.

2. Di particolare interesse, per quanto concerne lo specifico aspetto che qui viene in rilievo, risulta l'analisi dell'*iter* parlamentare che ha caratterizzato il provvedimento in parola, posto che due delle tre innovazioni introdotte in materia di fatto di lieve entità sono state inserite in sede di conversione in legge del d.l. 123/2023, ove, in effetti, era in origine contemplata la sola modifica relativa all'innalzamento a cinque anni del massimo di pena per i fatti di cui all'art. 73 co. 5 TuStup.

Durante la discussione del d.d.l. di conversione dinanzi le commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite del Senato veniva dapprima presentato un emendamento di maggioranza (il n. 4.12, primo firmatario On. Lisei) con il quale, al dichiarato fine di «risolvere un problema molto sentito dai cittadini, che è quello dello spaccio di strada», «reato di forte allarme sociale» al quale si intendeva «applicare [...] le pene più gravi già previste dall'articolo 73»⁴, veniva proposto di aggiungere al comma quinto dell'art. 73 un ulteriore periodo a mente del quale «non possono considerarsi di lieve entità i fatti con finalità di lucro».

² Vengono in rilievo in questo senso, da un lato, le modifiche operate alle misure previste dagli artt. 13 e 13-bis d.l. 20.2.2017 n. 14 con riguardo al contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti, e, dall'altro, il potenziamento dei contenuti afflittivi della sospensione condizionale in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti; in relazione ad entrambi i profili si rinvia a G. Panebianco, *op. cit.*, 1556 ss. e 1566 ss.

³ Così, soffermandosi sulle novità relative al «profilo sanzionatorio dei reati implicati dal sostrato empirico che (...) ha sollecitato l'intervento», G. Panebianco, *op. cit.*, 1566.

⁴ V. in questo senso le dichiarazioni dell'On. Lisei riportate nel resoconto sommario della seduta del 12 ottobre 2023 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite (in www.senato.it)

Tale proposta emendativa, laconicamente giustificata dalla considerazione per la quale «è legittimo [...] ritenere che se la detenzione di sostanze stupefacenti è condotta con finalità di lucro sia esclusa la lieve entità del fatto»⁵, si rivelava invero come fortemente problematica.

In primis, il generico riferimento alla «finalità di lucro» quale circostanza ostativa all'applicabilità dell'art. 73 co. 5 TuStup, avrebbe di fatto estromesso dall'ambito operativo della fattispecie tutte quelle ipotesi di "piccolo spaccio" che costituiscono il tipo criminoso di riferimento della norma sulla lieve entità, le quali – come è stato opportunamente riconosciuto in giurisprudenza e in dottrina – si caratterizzano proprio per «una certa redditività dell'attività di vendita»⁶. In secondo luogo, la modifica proposta si dimostrava in evidente tensione con il canone dell'uguaglianza, posto che in presenza di un qualsivoglia "fine di lucro" la condotta sarebbe stata *tout court* attratta entro le più gravi figure delittuose dei commi primo e quarto, senza considerare che invero «la redditività del piccolo spaccio e quella del traffico in grande stile» sono profondamente diverse⁷. Ancora, l'ipotesi emendativa risultava parimenti critica alla luce del principio di proporzione, poiché il trattamento sanzionatorio previsto per le ipotesi non lievi di cui all'art. 73 si sarebbe manifestato eccessivamente severo di fronte a casi di "piccolo spaccio" o "spaccio di strada", ancorché caratterizzati da uno scopo lucrativo.

I predetti profili critici, immediatamente colti nel contesto del dibattito parlamentare⁸, portarono le forze di maggioranza firmatarie dell'emendamento in parola ad una profonda riformulazione dello stesso: così, ribadendo comunque l'esigenza di fornire «ai giudici strumenti più adeguati per la repressione dello spaccio di strada»⁹, è stata avanzata e infine approvata una terza versione della proposta emendativa n. 4.12, con la quale si è previsto un aggravio del trattamento sanzionatorio

⁵ *Ibidem*.

⁶ In questi termini, espressamente, F. Palazzo, *Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato*, in *GI* 2014, 169, in relazione a quanto statuito da Cass. 4.10.2013 n. 41090, *ivi*, 163 ss.

⁷ In questo senso F. Palazzo, *op. cit.*, 169, ha puntualmente evidenziato come «la redditività del piccolo spaccio [...] consente più semplicemente il sostentamento del soggetto (ed eventualmente il suo consumo personale) nonché delle persone della sua famiglia, senza accumulo di ricchezza», laddove invece la redditività del traffico in grande stile «si risolve [...] in un vero e proprio arricchimento e accumulazione di ricchezza».

⁸ Si vedano a tal proposito le dichiarazioni rilasciate dagli esponenti politici delle principali forze di opposizione all'indomani della presentazione della proposta emendativa: *DI Caivano. Droga: blitz Fdi sull'attenuante per lieve entità, dietrofront del governo*, in www.avvenire.it, 25.10.2023; *Droghe, nuovi reati per piccoli spacciatori nel decreto Caivano*, in www.ilmanifesto.it, 26.10.2023.

⁹ Così l'On. Lisei nelle dichiarazioni riportate nel resoconto sommario della seduta del 25 ottobre 2023 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite (in www.senato.it).

per quanto concerne i minimi di pena (innalzati a diciotto mesi per la reclusione e a 2.500 euro per la multa) in relazione alle ipotesi in cui la condotta si riveli “non occasionale”.

Come anticipato, anche la novità in materia di confisca “allargata” è stata inserita nel percorso di approvazione del d.d.l. di conversione di fronte alle commissioni Affari Costituzionali e Giustizia del Senato; in quella sede è stato infatti avanzato e poi definitivamente approvato un emendamento all’art. 4 del decreto, il n. 4.11 (prima firmataria On. Stefani), con il quale sono state soppresse le parole «esclusa la fattispecie di cui al comma 5» dall’art. 85-*bis* TuStup, così estendendo anche all’ipotesi del fatto di lieve entità la misura ablativa *ex art. 240-bis Cp* ivi disciplinata.

3. Il primo profilo di intervento, già oggetto del d.l. 123/2023, attiene – come si è visto – all’aumento del limite massimo della pena detentiva, che la novella ha portato da quattro a cinque anni di reclusione. In questo senso è da registrare innanzitutto un’inversione di tendenza rispetto alle ultime riforme, che avevano visto il legislatore modificare sempre “verso il basso” il trattamento sanzionatorio di cui all’art. 73 co. 5 TuStup: come noto, infatti, l’originaria cornice edittale da uno a sei anni di reclusione era stata portata da uno a cinque anni con il d.l. 23.12.2013 n. 146, e da sei mesi a quattro anni con il d.l. 20.3.2014 n. 36¹⁰.

La scelta di un siffatto trattamento sanzionatorio di maggior rigore comporta una serie di effetti collaterali che attengono principalmente alla dimensione processuale, e che costituiscono – a ben vedere – il vero obiettivo che il legislatore, consapevolmente, intendeva perseguire. Emblematico, in questo senso, è come i Dossier predisposti dal Servizio Studi del Senato, tanto sul d.l. 123/2023 quanto sulla l. 159/2023, evidenzino che «tale innalzamento della pena massima, da 4 a 5 anni, per lo spaccio di lieve entità, consentirà l’applicazione, anche nel caso di indagati-adulti, della misura della custodia cautelare»¹¹; a questa prima conseguenza si affianca, da un lato, la sopravvenuta

¹⁰ Per un quadro di sintesi degli interventi legislativi che hanno interessato l’art. 73 co. 5 t TuStup v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *Le condotte punite dall’art. 73 d.p.r. 309/1990. Le aggravanti e attenuanti*, in *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, a cura di G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione, Milano 2019, 298 ss.; M. Toriello, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano 2021, 319 ss.; sul tema, più di recente, v. anche l’articolata relazione dell’Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, pubblicata in www.sistemapenale.it, 27.4.2023, p. 2 ss.

¹¹ In questo senso, in termini analoghi, il Dossier del 25.9.2023, relativo al d.l. 123/2023, p. 31, e il Dossier del 30.10.2023, relativo alla l. n. 159/2023, p. 41, entrambi reperibili in www.senato.it. Sul punto, evidenziando come tali riferimenti nei richiamati Dossier rendano palese la *ratio* sottesa all’intervento in parola, v. M. Frisetti, *La*

impossibilità di accedere alla messa alla prova, stante il limite di quattro anni di pena massima richiamato all'art. 168-bis Cp, nonché, dall'altro, l'esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 TuStup dalla citazione diretta a giudizio ex art. 550 Cpp.

È dunque chiaro come il ritocco “verso l'alto” della pena massima, sebbene in sé piuttosto contenuto, sia comunque sufficiente ad attrarre la fattispecie di lieve entità in un circuito processuale più complesso e gravoso. In questo senso, la necessità di procedere con la fissazione dell'udienza preliminare anche per i procedimenti ex art. 73 co. 5 TuStup, comporterà immancabilmente un aggravio sul piano organizzativo per i Tribunali, con il rischio di incidere in termini negativi sulle tempistiche dei ruoli d'udienza; analoghe le conseguenze che si possono attendere dall'impossibilità di accedere al meccanismo di *diversion* costituito dalla messa alla prova, preclusione che è ragionevole ritenere andrà a riverberarsi tanto sul carico degli uffici giudiziari quanto sulle stesse modalità esecutive della pena, venendo a mancare un efficace strumento alternativo rispetto alla sanzione detentiva¹².

Ancora, la possibilità di irrogare la misura della custodia cautelare in carcere, oltre che emblematica di una mutata sensibilità politica rispetto all'esigenza (evidentemente non più avvertita) di «sottrarre comunque dal percorso carcerario i soggetti responsabili dei fatti di minore gravità»¹³, rischia di essere foriera di effetti negativi sui numeri della popolazione detenuta, già ad oggi costituita per quasi il 35% da soggetti ristretti in relazione alla commissione di uno dei reati contemplati dal TuStup.¹⁴

Occorre infine sottolineare come la novella, pur estendendo l'applicabilità della misura cautelare inframuraria ai fatti di lieve entità, abbia di contro lasciato immutato l'art. 380 co. 2 lett. h Cpp, il quale esclude per la (sola) ipotesi di cui all'art. 73 co. 5

modifica “silente” della fattispecie di lieve entità, in *GiurPenWeb* 2023 (10), 3.

¹² In questo senso G. Panebianco, *op. cit.*, 1566 rileva come «l'intento repressivo, oltre a trovare immediato riscontro nelle nuove cornici edittali introdotte dalla riforma, produce il non secondario effetto di allontanare la prospettiva dell'applicazione degli istituti a beneficio del reo incentrati sulla pena commisurata in concreto dal giudice».

¹³ Così espressamente M. Toriello, *op. cit.*, 428, nel soffermarsi sull'*intentio legis* sottesa alla (previgente) disciplina relativa all'arresto in flagranza e alle misure cautelari per la fattispecie di lieve entità del fatto ex art. 73 co. 5 TuStup.

¹⁴ I dati aggiornati al 31.12.2022 sul rapporto tra popolazione detenuta e illeciti in materia di stupefacenti sono riportati ed esposti criticamente nel recente volume G. Zuffa, F. Corleone, S. Anastasia, L. Fiorentini, M. Perduca, M. Cianchella (a cura di), *La traversata del deserto. Quattordicesimo Libro Bianco sulle Droghe*, Lecce 2023, 10 ss., consultabile in www.sistemapenale.it, 11.7.2023, con nota di sintesi di B. Fragasso, *Normativa sugli stupefacenti ed esecuzione penale: pubblicato il XIII Libro Bianco sulle Droghe*.

TuStup, la possibilità di procedere con l'arresto obbligatorio in flagranza¹⁵. Sul piano delle misure precautelari, pertanto, la fattispecie in parola continua a beneficiare di un regime più favorevole rispetto agli altri delitti di cui all'art. 73, risultando applicabile il solo arresto facoltativo ex art. 381 co. 1 Cpp, con le evidenti conseguenze che derivano dalla scelta, operata nell'immediatezza del fatto dalle forze dell'ordine, di contestare i reati di cui ai commi primo o quarto dell'art. 73 TuStup, ovvero la fattispecie di cui al comma quinto¹⁶.

4. La seconda novità apportata dalla l. 159/2023 in relazione al fatto di lieve entità concerne l'aggiunta, in coda al quinto comma, di un ulteriore periodo, a mente del quale «chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo periodo è punito con la pena della reclusione da 18 mesi a 5 anni e della multa da euro 2.500 a euro 10.329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità». La nuova disposizione, come anticipato, prevede sostanzialmente un aumento *de minimis* della pena detentiva e di quella pecuniaria per le ipotesi nelle quali la condotta risulti non occasionale.

Mediante l'espresso richiamo alla "non occasionalità" della condotta il legislatore sembra voler fare riferimento ad uno specifico sotto-tipo criminoso riconducibile al fatto lieve, quello del piccolo spaccio "organizzato"¹⁷. In questo senso occorre ricordare come la giurisprudenza abbia ormai espressamente riconosciuto che anche in presenza di condotte reiterate, continuative, non occasionali, e pur sussistendo una minima organizzazione dell'attività di spaccio, può comunque essere applicata l'ipotesi di cui

¹⁵ Per le questioni legate alle misure precautelari applicabili all'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 TuStup v. M. Toriello, *op. cit.*, 425 ss.

¹⁶ In questo senso risulta problematica la prassi talora seguita dalla polizia giudiziaria di procedere all'arresto obbligatorio dei soggetti colti in flagranza di condotte di detenzione ai fini di spaccio o cessione anche in presenza di modesti quantitativi di sostanza, contestando immediatamente la fattispecie di cui ai commi primo e quarto dell'art. 73 TuStup, per la quale appunto l'arresto obbligatorio è contemplato: sul punto, in termini critici, v. K. Ponetti, *La lieve entità per spaccio di droghe e le modifiche necessarie*, in G. Zuffa, F. Corleone, S. Anastasia, L. Fiorentini, M. Perduca, M. Cianchella (a cura di), *op. cit.*, 47. La questione è evidentemente legata allo scarso tasso di determinatezza della fattispecie di lieve entità, che consegna all'interprete un importante spazio di discrezionalità: sul tema, proprio con riferimento alle ricadute problematiche legate alle misure precautelari applicabili a seconda della contestazione avanzata, v. G. Amato, *Il criterio del dato ponderale nella valutazione complessiva*, in *GD* 2022 (49), 31.

¹⁷ Con riferimento alla riconducibilità anche delle ipotesi di piccolo spaccio "organizzato" alla fattispecie di cui all'art. 73 co. 5 TuStup, oltre al già richiamato contributo di F. Palazzo, *op. cit.*, 167 ss., v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 298 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 319 ss. Sul punto si sofferma anche la già richiamata relazione dell'Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, cit.*, 2 ss.

all'art. 73 co. 5 TuStup, non essendo possibile attribuire efficacia di per sé ostativa alle predette caratteristiche del fatto concreto¹⁸.

Tale consolidato orientamento, frutto di un rinnovato approccio interpretativo alla fattispecie *de qua*, non più considerata come eccezionale rispetto al modello del fatto “non lieve”¹⁹, risulta a ben vedere confermato dalla novella normativa, la quale espressamente riconosce la possibilità che esista un fatto di lieve entità caratterizzato da condotte non occasionali²⁰. Laddove tuttavia si configuri quest'ultima ipotesi il legislatore ritiene di dover circoscrivere la cornice edittale di riferimento per il giudice, in particolare precludendo l'accesso ad una fascia di pena minima (quella dai sei ai diciotto mesi) considerata evidentemente incompatibile con il grado di offensività del fatto.

Si tratta, a ben vedere, di una scelta di politica criminale che, in astratto, non può essere ritenuta del tutto irragionevole, alla luce – da un lato – dell'ampiezza della cornice edittale contemplata dal primo periodo dell'art. 73 co. 5 TuStup (peraltro ulteriormente estesa dalla stessa l. 159/2023), di per sé «sintomatica della capacità della norma di ricomprendere nel suo alveo condotte caratterizzate da ben diverso grado di offensività»²¹, e in considerazione – dall'altro – del *disvalore minore*, ma di certo *non minimo*²², espresso dalle ipotesi di piccolo spaccio organizzato o “non occasionale”.

I profili problematici a nostro avviso attengono, piuttosto, alle modalità con le quali il legislatore ha configurato tale ipotesi più grave, modalità che – a noi pare – lasciano aperte talune questioni tanto in relazione alla natura giuridica della fattispecie quanto rispetto alla portata applicativa della stessa.

Per quanto concerne il primo aspetto, a fronte della scelta di prevedere una nuova cornice edittale che risulta però aggravata soltanto nei minimi della sanzione detentiva

¹⁸ In questi termini, nel senso di disporre l'annullamento della pronuncia di condanna che aveva escluso la sussistenza del fatto lieve stante la presenza di condotte non occasionali o comunque reiterate, v. di recente Cass. 16.12.2022 n. 3327, in *ItalgireWeb*; Cass. 3.12.2021 n. 10733, *ivi*; Cass. 14.11.2022 n. 49245, *ivi*; Cass. 11.1.2022 n. 3338, *ivi*.

¹⁹ Su tale tendenza ermeneutica v. già F. Palazzo, *op. cit.*, 167, nonché più di recente S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 298; M. Toriello, *op. cit.*, 319; nello stesso senso anche la relazione dell'Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5*, cit., 84 ss.

²⁰ Secondo G. Panebianco, *op. cit.*, 1566, «la nuova ipotesi tiene conto dell'interpretazione che non esclude l'astratta compatibilità del fatto lieve con lo svolgimento di attività di spaccio non episodica e continuativa».

²¹ Così la relazione dell'Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5*, cit., 84.

²² *Ibidem*, ove viene evidenziato l'affermarsi di un orientamento della giurisprudenza di legittimità che «reputa minore – ma non necessariamente minimo – il disvalore dei fatti di lieve entità».

e pecuniaria, occorre chiedersi se ci si trovi di fronte ad una circostanza aggravante indipendente del fatto di lieve entità, ovvero piuttosto ad una nuova fattispecie autonoma rivolta al sotto-tipo criminoso dello spaccio (pur sempre “piccolo”, ma) organizzato e non occasionale.

A favore della soluzione della fattispecie autonoma potrebbe militare l’espressa volontà del legislatore di introdurre un trattamento sanzionatorio *ad hoc* e più grave per il fenomeno dello “spaccio di strada”²³, così come la previsione di una cornice edittale formalmente autonoma rispetto a quella contemplata nella prima parte dell’art. 73 co. 5 TuStup²⁴.

Vi sono tuttavia talune caratteristiche del *novum* normativo che, a nostro avviso, consentono di concludere per la natura circostanziale dell’ipotesi di condotta “non occasionale”: in questo senso possono essere richiamate tanto la collocazione topologica del periodo aggiunto in seno al comma quinto dell’art. 73, quanto l’espresso richiamo ai «fatti previsti dal primo periodo», così come – ancora – l’assenza di una clausola di sussidiarietà analoga a quella posta in apertura del medesimo comma²⁵.

In relazione invece alla dimensione applicativa, viene in rilievo l’elemento della “non occasionalità” il quale, nella sua estrema sintesi descrittiva, costituisce un parametro piuttosto vago, specie in assenza di ulteriori specificazioni in ordine alle circostanze che il giudice può valorizzare nell’accertamento di tale requisito.

Ora, è ben vero che il riferimento in parola non è inedito nel contesto delle norme volte a disciplinare il fatto tenue o esiguo: basti pensare, in questo senso, alla «occasionalità» di cui agli artt. 27 d.P.R. 22.9.1988 n. 448 e 34 d. lgs. 28.8. 2000 n. 274, così come alla «non abitualità» di cui all’art. 131-bis Cp²⁶; è altrettanto vero, tuttavia, che in relazione all’art. 73 co. 5 TuStup la caratteristica della “non occasionalità” della condotta assume un significato specifico e peculiare, nella misura in cui – come si è già

²³ V. *supra*, note nn. 4, 5 e 9.

²⁴ Con riferimento alla possibile rilevanza dell’ampiezza della cornice edittale per il fatto di lieve entità di cui al comma quinto dell’art. 73 TuStup nella prospettiva di riconoscere la natura autonoma di tale fattispecie v. già V. Manes, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera, V. Manes, Milano 2012, 104-105.

²⁵ Si tratta, fondamentalmente, di «indici formali normalmente assunti a corretti criteri di inquadramento» del tutto analoghi a quelli valorizzati, *ante* 2013, per sostenere la natura circostanziale dell’ipotesi di lievità del fatto: v. in tal senso ancora V. Manes, *op. cit.*, 105.

²⁶ Con riferimento a tali parametri di natura soggettiva, e alle reciproche differenze, v. G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *ED*, Annali X 2017, 578; A. Gullo, *Art. 131-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta (t. I), Milano 2021, 1984 s.

accennato – la stessa costituisce un parametro espressamente valorizzato dalla giurisprudenza nella verifica circa l'applicabilità dell'ipotesi di lievità del fatto²⁷.

Il profilo di scarsa determinatezza della norma sul piano eminentemente prasseologico deriva a nostro avviso dal fatto che il requisito in parola, di per sé riconducibile al parametro normativo delle «modalità dell'azione», non integra un indice concreto immediatamente percepibile dal giudice, costituendo piuttosto una caratteristica della condotta individuabile all'esito di un giudizio valutativo necessariamente condotto alla luce di peculiari circostanze concrete; in questo senso, la giurisprudenza ha tradizionalmente valorizzato – nel riconoscere la “non occasionalità” dell'attività di spaccio – elementi quali gli strumenti a disposizione, gli accorgimenti organizzativi, le modalità di conservazione della sostanza, la disponibilità di denaro contante, financo la sussistenza di precedenti penali specifici in capo all'agente²⁸.

La tecnica di normazione (estremamente) sintetica impiegata dal legislatore, a noi pare, non può dunque che impegnare il giudice ad un più marcato sforzo motivazionale laddove ritenga di applicare il più severo trattamento sanzionatorio introdotto dalla novella, attraverso un'indicazione in modo espresso nel provvedimento di condanna di quegli indici concreti, di per sé non evincibili dalla norma, che hanno portato alla valutazione in termini di non occasionalità della condotta.

5. Con riferimento, infine, alle modifiche apportate alla disciplina della confisca in materia di stupefacenti, si è detto di come la soppressione dell'inciso di cui all'art. 85-*bis* TuStup che escludeva l'ipotesi del fatto lieve dall'ambito applicativo della confisca

²⁷ In particolare, se da un lato la giurisprudenza si è premurata di specificare come la non occasionalità (e così anche la reiterazione ovvero la continuatività) della condotta non sia un profilo di per sé sufficiente, in negativo, ad escludere la lievità del fatto, dall'altro tale requisito risulta per lo più valorizzato in sede applicativa al fine di riconoscere, in positivo, la sussistenza delle più gravi ipotesi delittuose di cui ai commi primo e quarto dell'art. 73; in questo senso sono particolarmente emblematici gli esiti della ricerca statistica condotta dall'Ufficio del Massimario sulla giurisprudenza del 2022, riportati nella già citata relazione del 2023, dai quali emerge con evidenza la descritta tendenza applicativa (in particolare, v. la rassegna di pronunce riportata da Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, cit.*, pp. 12 ss.).

²⁸ In tal senso si rinvia ancora alla rassegna giurisprudenziale operata dall'Ufficio del Massimario e richiamata alla nota precedente. Più in generale, per gli indici concreti che possono essere presi in considerazione dal giudice con riferimento al parametro dei «mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione» v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 308 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 333 ss.

“allargata” ex art. 240-bis Cp abbia esteso quest’ultima misura ablativa anche all’ipotesi di cui all’art. 73 co. 5 TuStup.

Tale novità costituisce probabilmente il profilo di più immediato rilievo concreto sul piano delle conseguenze *lato sensu* sanzionatorie dell’intervento in materia di stupefacenti e lieve entità di cui alla l. 159/2023. In tal senso occorre ricordare come la confisca di cui all’art. 240-bis Cp costituisca, in generale e nel sistema del TuStup in particolare, lo strumento di ablazione di beni più incisivo nella misura in cui, prescindendo dall’esistenza di un nesso pertinenziale e di un qualsivoglia collegamento fra il profitto e l’illecito commesso, permette di sottoporre a confisca anche il denaro rinvenuto nella disponibilità del soggetto condannato per detenzione ai fini di spaccio, così come i proventi di altre e pregresse condotte di spaccio, laddove la disponibilità di tali somme non sia stata adeguatamente giustificata²⁹.

La novità in parola, la quale consente evidentemente di superare quell’orientamento giurisprudenziale che si era premurato di specificare come in caso di fatto lieve fosse possibile procedere alla confisca soltanto alle condizioni ex art. 240 co. 1 Cp, dunque laddove fosse dimostrata la sussistenza di un vincolo di pertinenzialità tra somme e reato³⁰, si inserisce nel già di per sé problematico percorso di progressiva espansione della confisca “per sproporzione” di là dalle ipotesi per le quali essa era stata originariamente pensata³¹. Tale espansione, tuttavia, assume in questo caso tratti di particolare criticità, nella misura in cui viene a interessare una fattispecie dichiaratamente rivolta a casi di «criminalità minore»³², la quale dovrebbe pertanto

²⁹ Con riferimento alle peculiarità della confisca ex art. 240-bis Cp nel sistema delle confische previste per le fattispecie in materia di stupefacenti v. in particolare L. De Martino, *Profili sanzionatori*, in G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione (a cura di), *op. cit.*, 659 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 454 ss.

³⁰ In questi termini Cass. 15.10.2019 n. 45535, in *OneLegale*; Cass. 24.6.2020 n. 23600, *ivi*; in relazione a tale orientamento v. M. Toriello, *op. cit.*, 457, in particolare nota n. 75. Ad avviso di G. Panebianco, *op. cit.*, 1566, le novità introdotte dalla l. 159/2023 in materia di stupefacenti sottendono la «preoccupazione di contenere gli effetti degli orientamenti della giurisprudenza»; con riferimento all’estensione della confisca “allargata” a venire in rilievo sarebbe proprio l’indirizzo in parola, in base al quale «con riguardo al reato di (mera) detenzione ai fini di spaccio di sostanza stupefacente, non può procedersi alla confisca dei proventi di precedenti attività di traffico illecito, dal momento che difetta il nesso di pertinenzialità con il reato per il quale è stata pronunciata la condanna» (G. Panebianco, *op. cit.*, 1566).

³¹ Sul tema, per tutti, v. il quadro fornito di recente da A.M. Maugeri, *Voce confische: definizioni, questioni problematiche e prospettive*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, *Politica criminale e teoria della pena*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano 2022, 443 ss., ove a tal proposito si parla di un aumento «in maniera alluvionale» dell’ambito di applicazione del modello di confisca in parola.

³² Così espressamente F. Donelli, *Circostanze del reato e “tipicità negata” nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *RIDPP* 2016, 1878.

fungere da “valvola di sfogo”³³ per riequilibrare la risposta sanzionatoria in presenza di fatti di disvalore inferiore.

Deve peraltro essere evidenziato come il legislatore della novella, ancora una volta, non si sia preoccupato di garantire coerenza al sistema e abbia ommesso di intervenire sulle ipotesi di confisca obbligatoria per equivalente *ex art. 73 co. 7-bis TuStup*, norma nella quale è dunque rimasta l’espresa eccezione prevista «per il delitto di cui al comma 5». Nel caso di un soggetto imputato per un caso di “piccolo spaccio” pertanto, in modo affatto irragionevole, da un lato – quando non sia percorribile la confisca diretta – non possono essere confiscati beni per un valore equivalente al profitto dell’illecito commesso, ma dall’altro è ben possibile (anzi, è d’obbligo per il giudice) sottoporre a confisca “allargata” i beni o i denari derivanti da altre, diverse e pregresse condotte di cessione, non oggetto di contestazione, se posseduti in modo ingiustificato e sproporzionato rispetto al reddito.

6. Nel dichiarato intento di prevedere una risposta sanzionatoria più severa per le ipotesi di “spaccio di strada”, l’art. 4 d.l. 123/2023, con le modificazioni introdotte in sede di conversione l. 159/2023, è intervenuto su taluni profili di disciplina del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 co. 5 TuStup che si candidano a produrre effetti concreti di non secondario momento. In questo senso abbiamo avuto modo di sottolineare le ricadute sul piano processuale dell’aumento del massimo di pena detentiva sino a cinque anni di reclusione, e le relative conseguenze sul tipo di circuito procedimentale e – soprattutto – detentivo nel quale rischia di rimanere coinvolto il “piccolo spacciatore”. Ancora, di particolare rilievo si dimostra l’estensione a quest’ultimo tipo criminoso dello strumento della confisca “allargata”, la cui implementazione anche in presenza di fatti minori e non riconducibili al grande traffico di stupefacenti denota una marcata finalità dissuasiva e di prevenzione generale, in conformità alla parallela misura ablativa di prevenzione di cui al d.lgs. 6.9. 2011 n. 159.

³³ Sull’idoneità della fattispecie di cui al quinto comma dell’art. 73 TuStup a sottrarre i fatti caratterizzati da minore gravità al severo trattamento sanzionatorio previsto per le figure delittuose di cui ai commi precedenti, in ossequio ai canoni dell’offensività e della proporzionalità sanzionatoria, v. fra gli altri S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 282; O. Di Giovine, *Stupefacenti: meglio “di tutta l’erba un fascio” oppure “un fascio per ogni erba”?*, in www.la legislazione penale.eu, 27.2.2020, 7; M. Toriello, *op. cit.*, 316. Negli stessi termini, in giurisprudenza, Cass. S.U. 9.11.2018 n. 51063, in *CP* 2019, 1975 ss., con nota di M. Toriello, *Il fatto di lieve entità è configurabile anche in caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa specie: i principi di diritto affermati con la sentenza Murolo*.

Meno incisiva invece, a noi pare, l'introduzione dell'ipotesi aggravata nel caso di condotte non occasionali, con conseguente riformulazione della cornice edittale e innalzamento dei minimi. Occorre in questo senso considerare come le ipotesi di spaccio continuativo, reiterato, financo organizzato, alle quali la disposizione sembra volersi riferire si collochino – come si è detto – entro un'area di disvalore *minore ma non minimo*, rispetto alla quale pertanto, già prima della novella, difficilmente il giudice, a fronte dell'ampia cornice edittale della fattispecie, avrebbe ritenuto applicabile una pena concreta ricompresa in quella fascia oggi preclusa (sei-diciotto mesi di reclusione).

Quand'anche, tuttavia, si ritenesse concretamente applicabile una sanzione collocata nel predetto intervallo “minimo” non è secondario sottolineare come, accedendo alla tesi della natura circostanziale dell'ipotesi di cui al periodo aggiunto in coda all'art. 73 co. 5 e in assenza della previsione di un meccanismo di “privilegio” della stessa, questa debba necessariamente essere sottoposta al giudizio di equivalenza *ex art. 69 Cp*, risultando così ben possibile che l'aggravamento sanzionatorio nei minimi venga evitato attraverso una valutazione di equivalenza delle concorrenti circostanze attenuanti, anche generiche.

Il legislatore, in definitiva, manifestando una chiara volontà politica, ancor prima che di politica criminale³⁴, ha inteso veicolare un messaggio di maggiore attenzione, rigore e severità rispetto al fenomeno del “piccolo spaccio”, specie laddove esso assuma caratteristiche di (seppur minima) organizzazione e continuatività. Proprio in questa prospettiva, a noi pare, è dato cogliere il profilo maggiormente problematico della novella, la quale pretende di intervenire su di una realtà criminosa, per così dire, “ordinaria” e strutturale – quella dello “spaccio di strada” – mediante uno strumento straordinario e peculiare, quale è il decreto legge.

In tal senso, ci sembrano evidenti le tensioni rispetto al parametro di cui all'art. 77 Cost., le quali espongono la novità normativa a seri dubbi di legittimità costituzionale³⁵. Da un lato, infatti, non è dato cogliere le ragioni di straordinaria necessità e urgenza che deriverebbero dall'attuale temperie e che consentirebbero l'intervento per decreto a fronte di un fenomeno criminale per nulla “straordinario”

³⁴ Anche in questo caso, evidentemente, «istanze di politica criminale convivono e assecondano istanze di politica generale», decretando il «trionfo» di queste ultime: in questi termini, con riferimento in particolare agli interventi del legislatore pandemico in materia di colpa medica, M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in DPP 2021, 1179 s.

³⁵ Esprime analoghe perplessità M. Frisetti, *op. cit.*, 4.

quale è quello del “piccolo spaccio”; dall’altro – e soprattutto – le modifiche introdotte all’art. 73 co. 5 TuStup si rivelano del tutto eterogenee rispetto all’oggetto e alla finalità del decreto “Caivano”, che espressamente era rivolto a contrastare la criminalità e il disagio minorile. In questo senso, a noi sembra, neppure guardando ai più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale volti a interpretare in modo piuttosto ampio il collegamento fra il singolo intervento e gli obiettivi di fondo del provvedimento d’urgenza³⁶ pare possibile recuperare la compatibilità con l’art. 77 Cost. di norme penali destinate a riflettersi anche e soprattutto sui soggetti adulti, e sul sistema penale di contrasto al traffico di stupefacenti nel suo complesso³⁷.

³⁶ Il riferimento è, in questo senso, alla sentenza C. cost., 18.1.2022 n. 8, in *GC 2022*, 88 ss., con la quale la Consulta ha escluso la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., in relazione alle modifiche alla fattispecie di abuso d’ufficio introdotte con il d.l. 16.7.2020 n. 76 (c.d. decreto “Semplificazioni”). In relazione a tale pronuncia, con particolare attenzione alla questione di legittimità costituzionale relativa al preteso mancato rispetto dei requisiti per il ricorso alla decretazione d’urgenza, v. D. Chinni, *Un caso di sindacato sulla necessità relativa ex art. 77, secondo comma, della Costituzione*, in *GC 2022*, 111 ss.; A. Sperti, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in *Nomos 2022* (1), 1 ss.

³⁷ Occorre tuttavia riscontrare l’atteggiamento «giustificazionista» tradizionalmente seguito dalla Corte in relazione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al parametro di cui all’art. 77 co. 2 Cost., anche «a fronte di un decreto *omnibus* tenuto assieme da un assai tenue comune nesso teleologico»: così, con particolare riguardo proprio a Corte cost. n. 8 del 2022, cit., D. Chinni, *op. cit.*, 117. Con riferimento all’abuso dello strumento del decreto legge in materia penale v., in generale, C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, 130 ss.