

Lo spaccio di droghe e le relative attenuanti

Autore: Baiguera Altieri Andrea

In: Diritto penale

La fattispecie emblematica in parola in Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990

Il quesito di Diritto rimesso, ex Art. 618 Cpp, a Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990 è il seguente: “ se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità, di cui al n. 4 Art. 62 CP, sia applicabile ai reati in materia di stupefacenti, e, in caso affermativo, se sia compatibile con l' autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dal comma 5 Art. 73 TU 309/90 “.

Gli orientamenti giurisprudenziali di legittimità.

Secondo un primo orientamento ermeneutico, inaugurato da Cass. Sez. pen. VI, 30 marzo 1999, n. 7830, “ la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui al n. 4 Art. 62 CP non è applicabile ai reati in materia di stupefacenti, né è compatibile con la fattispecie prevista dal comma 5 Art. 73 TU 309/90 “. Più dettagliatamente, Cass., sez. pen. VI, 30 marzo 1999, n. 7830 asserisce che **il n. 4 Art. 62 CP è codicisticamente ed esplicitamente riferito a “ delitti determinati da motivi di lucro “, oppure a “ delitti contro il patrimonio “. Viceversa, le disposizioni penali del TU 309/90 tutelano gli atti offensivi alla salute collettiva ex comma 1 Art. 32 Cost. .** Dunque, nella fattispecie dello spaccio di sostanze stupefacenti, è precettivo, in maniera esclusiva, il comma 5 Art. 73 TU 309/90. Più recentemente, Cass., sez. pen. III, 9 aprile 2019, n. 36371 ha affermato che, sotto il profilo della ratio, il n. 4 Art. 62 CP è connesso al valore della proprietà privata ex cpv. 1 comma 2 Art. 42 Cost., mentre il comma 5 Art. 73 TU 309/90 rimane ancorato al diverso valore costituzionale della tutela della salute collettiva ex comma 1 Art. 32 Cost. . Ovverosia, come dichiarato da Cass., sez. pen. III, 9 aprile 2019, n. 36371, “ nei reati in materia di stupefacenti, l' evento non potrebbe essere in alcun caso qualificato in termini di speciale tenuità [ex n. 4 Art. 62 CP] sia perché le condotte contemplate e sanzionate dal TU 309/90 sono lesive dei valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, alla salvaguardia del sociale ed alla sicurezza dell' ordine pubblico, di fronte ai quali resterebbe del tutto irrilevante la ridotta valenza del lucro conseguito [ex n. 4 Art. 62 CP], sia perché occorre tener conto non dei soli danni immediati, ma anche di quelli non immediati, pur sempre ricollegabili [ex comma 1 Art. 32 Cost.] all' uso delle sostanze

stupefacenti “. Analogo è pure il parere di Cass., sez. pen. IV, 26 febbraio 1993, n. 3621, Cass, sez. pen. VI, 13 ottobre 2009, n. 41758, Cass, sez. pen. VI, 27 febbraio 2013, n. 23821 e Cass., sez. pen. VI, 29 gennaio 2014, n. 9722. Molto interessante, sotto il profilo della Logica giuridica, è pure Cass., sez. pen. III, 9 aprile 2019, n. 36371, a parere della quale “ l' attenuante comune in esame [ex n. 4 Art. 62 CP] è incompatibile con l' autonoma fattispecie di reato prevista dal comma 5 Art. 73 TU 309/90 [poiché] [...] si verificherebbe sempre la coincidenza dei presupposti fattuali [sia del n. 4 Art. 62 CP sia del comma 5 Art. 73 TU 309/90] [...] sicché **la concessione dell' attenuante comune determinerebbe una duplice valutazione degli stessi elementi ed una conseguente, indebita applicazione [duplice] dei benefici sanzionatori** “ (v. anche Cass., sez. pen. I, 26 giugno 2013, n. 36408, Cass., sez. pen. III, 10 ottobre 2017, n. 46447 e Cass., sez. pen. IV, 16 aprile 2019, n. 32513).

All' opposto, Cass., sez. pen. VI, 18 gennaio 2011, n. 20937, per la prima volta nella storia della Giurisprudenza di legittimità, ha ammesso la precettività del n. 4 Art. 62 CP nei confronti dello spaccio di droghe dal quale “ [è stato] conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l' evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità “. Più precisamente, la meno restrittiva Cass, sez. pen. VI, 18 gennaio 2011, n. 20937 sostiene che “ a seguito delle modifiche recate dalla L. 19/1990 al testo del n. 4 Art. 62 CP, l' attenuante in esame è configurabile per ogni tipo di delitto, purché commesso per motivi di lucro, a prescindere dalla natura dell' offesa prodotta e dal bene [costituzionalmente] protetto dalla norma incriminatrice. Ritenere ex lege presuntivamente esclusa tale attenuante per alcune categorie di fattispecie criminose, quali quelle riguardanti le sostanze stupefacenti, considerandola circoscritta ai soli reati offensivi del patrimonio, sarebbe contrario al chiaro tenore letterale della nuova disposizione ed avrebbe di fatto vanificato la portata della modifica normativa “. **Cass., sez. pen. VI, 18 gennaio 2011, n. 20937 ha svelato, a parere di chi redige, una certa qual prepotenza esegetica della Suprema Corte, la quale, alla luce della novella ex L. 19/1990, non può contestare, limitare o impedire l' applicazione del n. 4 Art. 62 CP anche allo spaccio di stupefacenti dal quale derivi un lucro esiguo.** Le scelte de jure condito debbono prevalere sulle intepretazioni giurisprudenziali, pur se rimane innegabile una sottile ridondanza precettiva cagionata dalla coesistenza del n. 4 Art. 62 CP con il comma 5 Art. 73 TU 309/90.

Altri Precedenti di legittimità favorevoli alla precettività combinata del comma 5 Art. 73 TU 309/90 e del n. 4 Art. 62 CP.

La compatibilità tra il n. 4 Art. 62 CP ed il comma 5 Art. 73 TU 309/90 è asserita pure da Cass., SS.UU., 31 maggio 1991, n. 9148, in tanto in quanto “ la prima attenuante [ex comma 5 Art. 73 TU 309/90] si riferisce all' azione ed all' oggetto materiale del reato, globalmente ed unitariamente vagliati, mentre la seconda attenuante [ex n. 4 Art. 62 CP] attiene unicamente al lucro ed all' evento dannoso o pericoloso che siano connotati da speciale tenuità “. **A parere di chi scrive, Cass., SS.UU., 31 maggio 1991, n. 9148 dimentica la diversa ratio costituzionale sottesa alle due attenuanti in parola, ovvero sia, detto con espressione algebrica, il comma 5 Art. 73 TU 309/90 sta al comma 1 Art. 32 Cost.,**

come il n. 4 Art. 62 CP sta al cpv. 1 comma 2 Art. 42 Cost. (“ la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge “). Un' ulteriore conferma di quanto testé asserito proviene anche da Cass., sez. pen. II, 16 ottobre 2007, n. 43046, ovverosia “ l' attenuante comune ex n. 4 Art. 62 CP è di solito ritenuta compatibile con le attenuanti speciali da particolare tenuità del fatto di cui al comma 2 Art. 648 CP [ricettazione] e di cui all' Art. 323 bis CP [delitti contro la PA attenuati]. [... e si tratta di Norme] relative, al pari del comma 5 Art. 73 TU 309/90, a reati non annoverabili tra quelli posti a tutela del patrimonio “. **A parere di chi redige, Cass., sez. pen. II, 16 ottobre 2007, n. 43046 fa un uso legittimo ancorché ardito dell' analogia nell' interpretare regole di matrice penalistica.** Pure Cass., sez. pen. VI, 24 novembre 2016, n. 5812 contesta la presunta inapplicabilità del n. 4 Art. 62 CP all' Art. 73 TU 309/90, in tanto in quanto “ questa incompatibilità è normativamente contraddetta dal chiaro disposto del comma 5 Art. 73 TU 309/90, il quale riconosce espressamente la possibilità che un fatto punibile ai sensi dell' Art. 73 TU 309/90 sia caratterizzato da una minima offensività dei beni protetti, pure certamente primari e costituzionalmente garantiti [ex comma 1 Art. 32 Cost.] [...] Sicché il contrario indirizzo giurisprudenziale si pone in contrasto col chiaro tenore letterale del n. 4 Art. 62 CP, il quale prevede l' applicabilità dell' attenuante comune in questione a tutti [dicesi: tutti, ndr] i delitti determinati da motivi di lucro “ (v. anche Cass., sez. pen. IV, 6 maggio 2004, n. 25321 e Cass, sez. pen. VI, 9 dicembre 1996, n. 2620). Si deve pure considerare che, dopo il DLVO n. 28/2015, l' Art. 131 bis CP, rubricato “ esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto “, ha affiancato il comma 5 Art. 73 TU 309/90 nonché il n. 4 Art. 62 CP. Pertanto, sempre per via analogica, anche il n. 4 Art. 62 CP può attenuare i delitti pp. e pp. ex Art. 73 TU 309/90. Più precisamente, come enunziato giustamente da Cass., sez. pen. VI, 24 novembre 2016, n. 5812, “ deve ritenersi che la causa di non punibilità di cui all' Art. 131 bis CP possa applicarsi alle condotte rientranti nella fattispecie della lieve entità. Sicché, anche per tal via, risulta confermata la possibilità che i delitti in materia di stupefacenti di cui all' Art. 73 TU 309/90 siano caratterizzati da una minima offensività, tale da determinare, alternativamente, previa scrupolosa verifica degli elementi indicati nelle norme testé citate, la qualificazione del fatto in termini di lieve entità ex comma 5 Art. 73 TU 309/90, ovvero la sua non punibilità ex Art. 131 bis CP. In definitiva, [...] i delitti in materia di stupefacenti di cui all' Art. 73 TU 309/90 non solo possono essere caratterizzati da una minima offensività ex comma 5 Art. 73 TU 309/90 [...] ma potrebbero risultare addirittura non punibili in ragione della particolare tenuità del fatto “. **A parere di chi commenta, dunque, il n. 4 Art. 62 CP, il comma 5 Art. 73 TU 309/90 e l' Art. 131 bis CP svolgono pure una preziosa funzione criminologica di temperamento istituzionale semi-abolizionistico nei confronti dello spaccio bagattellare di stupefacenti. Un conto è il narcotrafficante internazionale, un altro conto è il piccolo spacciatore tossicodipendente operante in una periferia degradata, giacché anche l' Art. 73 TU 309/90 deve attenersi alla ratio della proporzionalità e dell' equilibrio punitivo.** . Di recente, Cass., sez. pen. II, 1° ottobre 2019, n. 51174 ha pure “ escluso che [il n. 4 Art. 62 CP] possa determinare un' indebita duplicazione dei benefici sanzionatori [...] in quanto il n. 4 Art. 62 CP richiede, per la sua applicazione, l' esistenza di un elemento ulteriore rispetto alla tenuità dell' offesa [ex comma 5 Art. 73 TU 309/90] [...] E questo ulteriore elemento consiste nell' essere il delitto determinato da motivi di lucro e nell' avere l' agente perseguito o effettivamente conseguito un lucro di speciale tenuità “. Inoltre, non si deve obliare che il comma 5 Art. 73 TU 309/90 non è un' attenuante, bensì una fattispecie autonoma di reato, quindi, come precisato da Cass., sez. pen. VI, 21 maggio 2019, n. 38381, “ la presenza, nell'

attenuante di cui al n. 4 Art. 62 CP, dell' elemento specializzante relativo alla speciale tenuità del lucro e del danno diviene, pertanto, argomento secondario e rafforzativo di quello principale [ex comma 5 Art. 73 TU 309/90] “ (si vedano anche Cass., sez. pen. VI, 31 gennaio 2018, n. 11363 e Cass., sez. pen. IV, 15 gennaio 2019, n. 5031).

Il concetto di offensività “ fattuale “.

Come normale e prevedibile, il n. 4 Art. 62 CP, l' Art. 131 bis CP nonché il comma 5 Art. 73 TU 309/90 non possiedono alcuna rilevante precettività di fronte a fattispecie criminose astrattamente o trascurabilmente pericolose. Nella Giuspenalistica, il danno ed il pericolo debbono coniugarsi con una reale, fattuale e materiale pericolosità anti-giuridica ed anti-sociale. Per tal motivo, infatti, Cass., SS.UU., 18 luglio 2013, n. 40354 afferma che “ [è sempre necessaria] la costituzionalizzazione del principio di offensività, operata attraverso la lettura integrata di diverse norme della legge fondamentale [...]. L' interprete delle norme penali ha l' obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo a fatti concretamente ed apprezzabilmente offensivi “. Perciò, Cass., SS.UU., 18 luglio 2013, n. 40354 svela l' assoluta importanza, nel contesto del comma 5 Art. 73 TU 309/90, della ratio costituzionale ex comma 1 Art. 32 Cost. (“ la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell' individuo e interesse della collettività “). Entro tale ottica, quindi, anche il n. 4 Art. 62 CP e l' Art. 131 bis CP non hanno alcun senso precettivo qualora il bene della salute pubblica sia astrattamente messo in pericolo dallo spaccio di stupefacenti. P.e., si pensi ad una partita di cannabis con un valore di THC prossimo allo zero. **L' Art. 73 TU 309/90 e, più latamente, l' intero Diritto Penale necessitano di una lesività molto concreta del bene costituzionalmente tutelato.** Anche Cass., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 13681 ribadiscono l' inutilità ontologica di un reato non concretamente offensivo, in tanto in quanto “ i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto [...] sicché tipicità e offensività convergono sul piano ermeneutico, **dovendosi considerare fuori dal tipo del fatto incriminato i comportamenti non effettivamente offensivi dell' interesse protetto.** . Ovverosia, non è una sterile elucubrazione ribadire la centralità del comma 1 Art. 32 Cost. all' interno della sostanzialità profonda del n. 4 Art. 62 CP, dell' Art. 131 bis CP e, soprattutto, del comma 5 Art. 73 TU 309/90. Viceversa, un' offensività astratta ed una pericolosità meramente ipotetica riaprirebbero la strada agli ormai abrogati nonché inutili delitti di mero sospetto. In effetti, pure Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990 rigetta il concetto di pericolosità astratta, giacché “ ai fini della configurabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto [ex Art. 131 bis CP] [...] **non esiste un' offesa tenue o grave in chiave archetipica, ma è la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore** “. Dunque, il Magistrato del merito è sempre e comunque tenuto alla fattualizzazione, al fine di evitare uno spreco inutile delle energie investigative e valutative della PG e dell' AG. Tale ratio della concretizzazione è ribadita pure dalla summenzionata Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990, nel senso che “ **l' esistenza, nel caso concreto, di un' effettiva, specifica offesa del bene giuridico protetto [...] rappresenta condizione indefettibile per l' applicazione della fattispecie di reato [e] l' intensità ed il grado di**

quell' offesa costituiscono il presupposto del giudizio di utilità e di necessità della relativa pena “. Siffatta, necessaria, costante, rigorosa **contestualizzazione** è asserita pure da Cass., sez. pen. V, 27 gennaio 2016, n. 27874, in tanto in quanto, nel contesto del n. 4 Art. 62 CP e dell' Art. 131 bis CP, “ assume decisivo rilievo la connotazione storica del fatto e l' accertamento, nel caso concreto, dell' esistenza, o meno, di un' apprezzabile [e non astratta, ndr] offesa del bene giuridico protetto, la quale sia eventualmente caratterizzata da particolare tenuità “. Anche codicisticamente, la non astrattezza dell' offensività si denota dal comma 2 Art. 131 bis CP, ai sensi del quale “ l' offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità [...] quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona “. Quindi, anche nel caso dell' Art. 73 TU 309/90, non esiste un' applicabilità o, viceversa, una non applicabilità automatica, de-contestualizzata od imprudente del n. 4 Art. 62 CP e dell' Art. 131 bis CP. Del pari, tali asseriti sono rimarcati pure in Cass., sez. pen. V, 22 giugno 2015, n. 36790, a parere della quale le circostanze attenuanti dipendono dall' offensività fattuale del delitto, poiché “ si deve esaminare un fatto [...] nel suo concreto modo di essere e nella individualità criminosa nella quale si estrinseca“. Lo spaccio attenuato di stupefacenti, quindi, dipende o meno dalle circostanze fattuali di volta in volta valutate dal Magistrato del merito. Sempre a tal proposito, Cass., sez. pen. V, 19 marzo 2013, n. 26807 utilizza i lemmi “ grado di effettiva offensività del fatto nel caso concreto “. Oppure ancora, a titolo paradigmatico, Cass., sez. pen. III, 2 ottobre 2014, n. 3199 esclude “ l' applicabilità delle attenuanti [ex n. 4 Art. 62 CP ed ex Art. 131 bis CP] sulla base di considerazioni sganciate dalla concreta connotazione storica del fatto “. D' altra parte, come dimostra la triste esperienza italiana del Ventennio, **i delitti di mero sospetto sono ontologicamente incompatibili con i valori della democrazia e del garantismo giuspenalistico.**

L' autonomia applicativa del comma 5 Art. 73 TU 309/90 (a prescindere dal n. 4 Art. 62 CP e dall' Art. 131 bis CP).

Inizialmente, Cass., SS.UU. 31 maggio 1991, n. 9148 e Cass., SS.UU., 24 giugno 2010, n. 35737 qualificavano il comma 5 Art. 73 TU 309/90 alla stregua di una circostanza attenuante da applicare alle disposizioni penali contemplate dal TU 309/90. Successivamente, de jure condito, tale Norma ha acquisito un' autonomia precettiva grazie alla novella apportata dal DL 23/12/2013 n. 146, convertito, con modifiche, nella L. n. 10 del 21/02/2014. Tale L. 10/2014 è stata recepita, nella Giurisprudenza di legittimità, da parte di Cass., sez. pen. VI, 28 gennaio 2014, n. 9892, Cass., sez. pen. IV, 6 luglio 2017, n. 36078 e Cass., sez. pen. VII, 26 gennaio 2018, n. 22398. Sotto il profilo criminologico, i Lavori Preparatori della L. 10/2014 sono improntati ad un robusto riduzionismo libertario, ovverosia si avvertiva ormai “ l' esigenza, da più parti segnalata, di riconoscere, a fronte del [troppo, ndr] severo regime sanzionatorio previsto dall' Art. 73 TU 309/90, delle diverse tipologie di condotte, caratterizzate da specifiche e più adeguate previsioni edittali, in funzione della loro ridotta offensività, nella consapevolezza del carattere variegato e mutevole del corrispondente fenomeno criminale e nella prospettiva di rendere il sistema repressivo, in materia di stupefacenti, maggiormente rispondente al principio costituzionale di proporzionalità della pena, evitando automatismi decisori nell' adeguamento della pena al fatto “. D'

altronde, **i Lavori Preparatori della L. 10/2014 non potevano non tenere conto della natura oggi pressoché ordinaria del consumo di stupefacenti presso la popolazione giovanile. Negare o sminuire il comma 5 Art. 73 TU 309/90 avrebbe significato creare un sistema di polizia eccessivamente repressivo e senz' altro non idoneo al mutato contesto sociologico.** Soltanto, pare, uno zoccolo duro del 4 % o 5 % degli adolescenti italiani non ha mai fatto uso, nemmeno occasionale, di sostanze legalmente proibite. L' Art. 73 TU 309/90 non poteva e non può essere l' intervento risolutivo del disagio giovanile. Del resto, anche Consulta n. 251 del 15/11/2012, due anni prima della L. 10/2014, aveva dichiarato incostituzionale il comma 4 Art. 69 CP nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza del comma 5 Art. 73 TU 309/90 nel caso di recidiva reiterata ex comma 4 Art. 99 CP (“Se il recidivo commette un altro delitto non colposo [in questo caso ex comma 73 TU 309/90], l' aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi “). Il Diritto Penale, specialmente intesa di minorenni o di giovani adulti, non si fonda su inutili giustizialismi o su pene esemplari per nulla deterrenti.

Corollari esegetici (Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990).

La trasformazione in reato autonomo del comma 5 Art. 73 TU 309/90, a parere di Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990, risulta preziosa anche perché evita un c.d. “ cumulo di benefici sanzionatori tra di loro concorrenti “. Quindi, rimangono applicabili le regole del “ lucro esiguo “ ex n. 4 Art. 62 CP e della “ particolare tenuità del fatto “ ex Art. 131 bis CP.

Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990 afferma pure che l' applicabilità attenuatoria del n. 4 Art. 62 CP e dell' Art. 131 bis CP “ emancipa il giudice [...] da rigidi meccanismi di determinazione del trattamento sanzionatorio “. **Il mutamento legislativo e giurisprudenziale, in tema di stupefacenti, non poteva non tenere in considerazione l' odierna, seppur triste, normalità delle tossicodipendenze degli infra-18enni.**

In terzo luogo, la recente Giurisprudenza della Corte Suprema sottolinea, giustamente, che non sussiste alcuna ridondanza tra il n. 4 Art. 62 CP e l' Art. 131 bis CP. Infatti, il primo è fondato sulla ratio del “ lucro di speciale tenuità “, mentre il secondo reca il presupposto dell' “ offesa di particolare tenuità “ giudicabile, quest' ultima, sempre entro l' ottica fondamentale del comma 1 Art. 32 Cost.

Conclusioni di Cass., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 24990

In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto: la circostanza attenuante del lucro e dell' evento di speciale tenuità è applicabile, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, ad ogni tipo di delitto commesso per un motivo di lucro, compresi i delitti in materia di stupefacenti, ed è compatibile con la fattispecie di lieve entità prevista dal comma 5 Art. 73 TU 309/90.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/lo-spaccio-di-droghe-e-le-relative-attenuanti/>