

Norme interessate

- > Cp, articolo 62, n. 4
- > Dpr 309/1990, articolo 73, comma 5

Piccolo spaccio: i dubbi sulla tenuità del lucro applicabile al fatto lieve stupefacenti

Aldo Natalini

L'appuntamento odierno, in materia penale-sostanziale, si sofferma sulle oscillazioni della giurisprudenza di legittimità sull'applicabilità o meno della circostanza attenuante comune del conseguimento di un lucro di speciale tenuità alla (autonoma) fattispecie incriminatrice del fatto "lieve" prevista dall'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990: questione ricorrente nei casi di attività di "piccolo spaccio" su cui è ora intervenuta la sentenza 24990/2020 (depositata il 2 settembre scorso) - favorevole alla compatibilità delle due previsioni - delle sezioni Unite penali della Cassazione.

Il terreno della disciplina penale degli stupefacenti - assai "arato" in giurisprudenza, attesa la numerosità statistica dei relativi procedimenti (aventi, peraltro, un elevato tasso di carcerizzazione) - è tra i più fertili quanto a produzione di contrasti interpretativi.

1. Lievità del fatto e tenuità del lucro da attività di spaccio

Solo negli ultimi mesi il massimo Consesso nomofilattico è intervenuto per dipanare più conflitti in materia, tutti rilevanti, i cui esiti, non a caso, hanno avuto grande eco anche nel dibattito politico-parlamentare antepandemia: **la questione della liceità o meno della coltivazione "domestica" di piante stupefacenti destinate a uso personale** (risolta in senso favorevole dalle sezioni Unite penali con sentenza n. 12348/2020, Ced 278624) **e quella della (il)liceità della commercializzazione dei derivati della cannabis sativa** (la cosiddetta *cannabis light*: vedi Cassazione, sezioni Unite penali, n. 30475/2019, Ced 275956); ancora, la "sopravvivenza" dei **criteri quantitativi dell'aggravante dell'ingente quantità** di cui all'articolo 80, comma 2, del Dpr n. 309/1990 (Cassazione, sezioni Unite penali, n. 14722/2020, Ced 279005), che resta **fissata in due chilogrammi di principio attivo** con riferimento alle droghe leggere (come già affermato da sezioni Unite penali, n. 36258/2012, Ced 253151).

Tra le fattispecie più problematiche affiora, nella prassi, quella della **"lieve entità"** di cui all'**articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990**, la cui "appetibilità" sanzionatoria è direttamente proporzionale alla sua **"elasticità" contenutistica**, tanto da offrire ampi margini di discrezionalità giudiziale con conseguenti, inevitabili contrasti esegetici.

Da ultimo si è riproposta la questione - non nuova ma "riattualizzata" per effetto dell'introduzione dell'articolo 131-bis del Cp - se **l'attenuante** prevista dall'articolo 62, n. 4, seconda parte, del Cp sia **compatibile** con l'ipotesi di reato di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990.

Le due norme presentano, infatti, potenziali profili di **sovrapposizione**: l'attenuante comune presuppone, nella seconda parte, quanto ai «**delitti comunque determinati da motivi di lucro**», che l'agente abbia conseguito un **lucro** di speciale tenuità e, al contempo, che anche l'**evento** (dannoso o pericoloso) sia stato di **speciale tenuità**; l'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309 del 1990, sanziona le condotte illecite in materia di stupefacenti (descritte al comma 1: per quel che qui rileva detenzione a fini di spaccio, vendita o cessione non gratuita) che si connotino per la loro lieve entità, desunta da una valutazione complessiva della condotta posta in essere, valutata alla luce dei mezzi, modalità e circostanze dell'azione, qualità e quantità delle sostanze.

Si tratta di capire, allora, se nell'ampia casistica criminosa delle attività di "piccolo spaccio" - procedimenti spesso "spediti" in direttissima quando non richiedono particolari approfondimenti investigativi - le sanzioni (ora

CODICE PENALE

Articolo 62

Circostanze attenuanti comuni

1. Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti:

[...]

4) l'averne nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'averne agito per conseguire o l'averne comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; [...]

DPR 9 OTTOBRE 1990 N. 309

Articolo 73

Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope

[...]

5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

[...]

autonomamente) previste per il reato di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990 (rientrante tra i delitti comunque determinati da «**motivi di lucro**»: questione ormai pacifica), possano essere diminuite (fino a un terzo) per effetto del riconoscimento dell'attenuante comune di cui all'articolo 62, n. 4, seconda parte, del codice penale.

In breve: ci si chiede se esista un **marginale di autonomo apprezzamento**, a fini diminuenti, dell'**irrisorietà del profitto** ottenuto dall'attività di (piccolo) spaccio senza "duplicare" i profili già apprezzati per qualificare il fatto-reato come lieve, o se, **viceversa, l'attenuante comune** presenti già come "**elemento specializzante**" proprio quello della **tenuità del lucro** conseguito, sicché si intaccherebbe il principio del *ne bis in idem* sostanziale.

2. La fattispecie della lieve entità: da attenuante a reato autonomo

Per comprendere i termini del contrasto in disamina, occorre focalizzare succintamente la struttura della fattispecie della "lieve entità" che ci occupa.

L'articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990, così come lo conosciamo oggi, nasce come "contrappeso" rispetto all'inasprimento recato dalla disciplina repressiva del 1990: la *ratio* della previsione di favore è stata ricollegata alla minore incisività della condotta "lieve" rispetto al bene giuridico protetto, identificato tradizionalmente dall'interesse della collettività a evitare la circolazione e la diffusione delle sostanze stupefacenti, a tutela della salute degli individui, specie delle giovani generazioni, e dell'ordine pubblico.

Unanimente la giurisprudenza - e gran parte della dottrina - hanno riconosciuto alla disposizione originaria **natura di circostanza attenuante a effetto speciale** (per tutte: sezioni Unite penali, n. 9148/1991, Ced 187930, secondo cui la norma non dava luogo a un titolo autonomo di reato, essendo correlata a elementi - i mezzi, la modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze - che non mutano, nell'obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie previste dai primi commi dell'articolo 73, ma attribuiscono a esse una minore valenza offensiva).

Le prime applicazioni giurisprudenziali e la successiva evoluzione ermeneutica hanno costantemente valorizzato, pur nella specificità dei singoli casi, la necessità di una **valutazione complessiva dei parametri epifenomenici della fattispecie di lieve entità**, con la conseguente esclusione dell'ipotesi attenuata qualora uno degli indici normativi ivi previsti non fosse qualificabile di minima offensività (così già Cassazione, sezione VI penale, n. 12890/1991, Ced 188753, che sarà ripresa da due pronunce nomofi-

LA GIURISPRUDENZA NOMOFILATTICA SULL'ARTICOLO 73, COMMA 5, DEL DPR 309/1990

Stupefacenti - Fatto di lieve entità - Carattere ostativo della diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta - Esclusione - Ragioni. (Dpr n. 309/1990, articolo 73, comma 5)

La diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990, in quanto l'accertamento della lieve entità del fatto implica una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta, selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla disposizione (vedi sezioni Unite penali, n. 17/2000, Ced 216668).

› Cassazione, sezioni Unite penali, sentenza 27 settembre-9 novembre 2018 n. 51063, Ced 274076 (conformi Id., sentenza 24 giugno-5 ottobre 2010 n. 17, Ced 216668)

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Aggravante della cessione a minore - Concorso di circostanze - Configurabilità - Compatibilità - Sussistenza - Fattispecie. (Dpr n. 309/1990, articolo 73, comma 5)

L'aggravante della cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è astrattamente compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità; ne consegue che il giudice deve valutarne la compatibilità caso per caso, tenendo conto di tutte le speci-

fiche e concrete circostanze nelle quali la cessione a minore si realizza. (Fattispecie nella quale l'attenuante era stata riconosciuta in relazione alla cessione a soggetto minore di età di un grammo di *hashish*, posta in essere senza particolari accorgimenti).

› Cassazione, sezioni Unite penali, sentenza 24 giugno-5 ottobre 2010 n. 35737, Ced 247912

Stupefacenti - Circostanze attenuanti - Fatto di lieve entità - Condizioni per la sua configurabilità - Fattispecie. (Dpr n. 309/1990, articolo 73, comma 5)

La circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità di cui all'articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove venga meno anche uno soltanto degli indici previsti dalla legge, diviene irrilevante l'eventuale presenza degli altri. (Fattispecie nella quale è stato ritenuto sufficiente a escludere l'attenuante in questione il dato quantitativo della sostanza stupefacente detenuta).

› Cassazione, sezioni Unite penali, sentenza 21 giugno-21 settembre 2000 n. 17, Ced 216668

lattice a distanza di dieci anni: sezioni Unite penali, n. 17/2000, Ced 216668 e Id., n. 35737/2010, Ced 247911).

Col decreto legge 146/2013, convertito dalla legge 10/2014, la disposizione in disamina (già modificata nel 2006 dalla cosiddetta legge Fini-Giovanardi) ha mutato **natura**: è stata "elevata" (da circostanza ad effetto speciale) a **fattispecie autonoma di reato**, con il dichiarato obiettivo - "**decarcerizzante**" - di evitare che l'annesso quadro editale potesse essere eliso, con ritorno al ben più severo compasso sanzionatorio per il reato-base, nel caso, assai frequente, di concorso con l'aggravante della recidiva.

3. Gli indici costitutivi del fatto lieve: la valutazione complessiva

Nonostante le ripetute novelle legislative che hanno interessato (anche) la fattispecie in discorso, i parametri di configurabilità del fatto di lieve entità sono rimasti gli stessi.

Per la giurisprudenza di legittimità l'avvenuta **trasformazione dell'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990** da circostanza a ipotesi autonoma di reato non ha comportato **alcun mutamento nei caratteri costitutivi del fatto di lieve entità**, che continua a essere configurabile nei casi di minima offensività penale della condotta, deducibili sia dal dato **qualitativo** e **quantitativo**, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (**mezzi, modalità, circostanze dell'azione**), con la ricordata conseguenza che, ove anche solo uno dei suddetti indici risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio (Cassazione, sezione III penale, n. 36208/2019; sezione IV, n. 15020/2014, Ced 259353; sezione VI penale, n. 9892/2014, Ced 259352).

Da ultimo la giurisprudenza massimamente nomofilattica ha chiarito che **la diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta contestata**

MATERIA: Diritto penale/legislazione speciale

LA QUESTIONE: L'attenuante comune della speciale tenuità del lucro è applicabile ai "fatti lievi" di piccolo spaccio (già qualificati ai sensi del comma 5 dell'articolo 73 del Dpr n. 309/1990)?

IL FILONE FAVOREVOLE: ATTENUANTE APPLICABILE

La circostanza attenuante comune del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del Cp è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, ed è compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990. (In motivazione, la Corte ha affermato che l'attenuante comune richiede, rispetto al "fatto lieve", un elemento specializzante costituito dall'avere l'agente perseguito o conseguito un lucro di speciale tenuità, per cui non si determina un'indebita duplicazione di benefici sanzionatori).

- › Cassazione, sezione VI penale, sentenza 31 gennaio-13 marzo 2018 n. 11363, Ced 272519; sezioni Unite penali, sentenza 30 gennaio-2 settembre 2020, n. 24990

IL FILONE RESTRITTIVO: ATTENUANTE INAPPLICABILE

La circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del Cp non è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti, sia perché, vertendosi in materia di salute della persona e dovendosi tener conto anche dei danni mediati, non può ritenersi integrata l'altra condizione normativa, costituita dalla speciale tenuità del danno o del pericolo derivati al consumatore dall'azione dello spacciatore, sia perché, potendo la ridotta rilevanza economica della violazione di uno dei precetti contenuti nell'articolo 73 del Dpr n. 309/1990 rendere configurabile la fattispecie di lieve entità di cui al comma 5, l'eventuale riconoscimento dell'attenuante si risolverebbe in una duplice valutazione del medesimo elemento.

- › Cassazione, sezione IV penale, sentenza 16 aprile-22 luglio 2019 n. 32513, Ced 276686

(ad esempio: eroina, marijuana, droghe sintetiche) **non è di per sé ostativa** alla configurabilità del reato di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990, proprio perché «l'accertamento della lieve entità del fatto implica una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie **concreta**, selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla disposizione» (così sezioni Unite penali, n. 51063/2018, Ced 274076, che si richiama a Id., n. 17/2000, citata).

4. I termini del problema: valutazione concreta e bis in idem sostanziale

In questo quadro evolutivo, posta l'indispensabilità di una **valutazione complessiva del "fatto lieve"**, si pone il problema di verificare se l'ampiezza dei parametri alla stregua dei quali riconoscere, in **concreto**, l'applicabilità del comma 5 dell'articolo 73 **inglobi anche i presupposti richiesti per il riconoscimento dell'attenuante comune della speciale tenuità del lucro**.

Si pensi alla ricorrente ipotesi della vendita (o cessione non gratuita) di piccole dosi di *marijuana*, dietro pagamento di poche decine di euro. Se - come insegna il giudice nomofilattico (sezioni Unite penali, n. 35737/2010, Ced 247911; n. 17/2000, citata) - il fatto di lieve entità può essere riconosciuto a fronte di una minima offensività della condotta, deducibile sia dal dato **qualitativo** e **quantitativo**, sia dagli altri parametri di legge («*mezzi, modalità, circostanze dell'azione*»), occorre stabilire se, in questo caso, l'assoluta modestia del guadagno conseguito rientri (già) nei requisiti strutturali apprezzati per qualificare il fatto sotto il comma 5 (nel senso che il concetto di «*mezzi, modalità, circostanze dell'azione*» ricomprende anche l'**entità del lucro** conseguito dalla cessione di sostanza stupefacente).

Il conflitto (apparente) tra le due previsioni "di favore" è dato dall'impossibilità di valutare due volte lo stesso parametro, con conseguente **duplicazione degli effetti in bonam partem**. A ciò si aggiungerebbe un altro possibile ostacolo, tradizionalmente agganciato al bene giuridico tutelato: l'orientamento consolidato della Suprema corte - sviluppatosi quando l'articolo 73, comma 5, aveva natura circostanziale - propugna l'**inapplicabilità tout court dell'attenuante della "speciale tenuità" ai reati in materia di stupefacenti**, data la loro idoneità a ledere i valori costituzionali della salute pubblica, sicurezza e ordine pubblico.

Le sezioni Unite Tushaj del 2016

Senonché questa tratlatizia linea di "chiusura" - peraltro via via intaccata da opposte letture "aperturiste" (si veda già Cassazione, sezione VI penale,

Per l'indirizzo, ora "affossato" dalle sezioni Unite, la circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità non si applica al piccolo spaccio di stupefacenti

n. 20937/2011, Ced 250028) - da ultimo è parsa superata dall'**introduzione della causa di non punibilità prevista dall'articolo 131-bis del codice penale**.

Infatti - secondo il massimo Consesso di Piazza Cavour - questo istituto **è compatibile con qualsivoglia ipotesi delittuosa**, atteso che l'articolo 131-bis del codice penale intende «riferirsi alla connotazione storica della condotta, essendo in questione non la conformità al tipo, bensì l'entità del suo **complessivo** disvalore [...] essendo in considerazione la caratterizzazione del fatto storico nella sua interezza, non si dà tipologia di reato per la quale non sia possibile la considerazione della modalità della condotta ed in cui sia quindi inibita ontologicamente l'applicazione del nuovo istituto» (Cassazione, sezioni Unite penali, n. 13681/2016, Ced 266589).

Tale autorevole statuizione - oggi confermata dalla sentenza n. 24990/2020 - induce perciò a ritenere che, se la clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile a qualsivoglia fattispecie di reato, a maggior ragione **a identica conclusione** dovrebbe giungersi con riferimento **all'attenuante di cui all'articolo 62, n. 4, seconda parte, del codice penale** (sezione VI penale, n. 5812/2017, Ced 269032), tanto più ora che l'articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 è divenuto fattispecie autonoma di reato, con annessa **autonoma cornice sanzionatoria**.

5. L'indirizzo contrario

Secondo il più risalente indirizzo di legittimità - affermatosi sin dagli anni novanta del secolo scorso, quindi in epoca **precedente** alla trasformazione della fattispecie della lieve entità in reato autonomo - **la circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità**, di cui all'articolo 62, n. 4, seconda parte, Cp (come modificato dalla legge n. 19/1990), **non è applicabile ai reati di stupefacenti** sia in ragione del bene giuridico tutelato, sia perché la ridotta rilevanza economica della violazione di uno dei precetti contenuti nell'articolo 73 del Dpr n. 309/1990 è già indice per l'eventuale configurabilità della fattispecie di lieve entità di cui al comma 5 del medesimo articolo (sezione IV, n. 3621/1993, Ced 193651; sezione VI, n. 7830/1999, Ced 214733; Id., n. 41758/2009, Ced 245019; Id., n. 23821/2013, Ced 255663; Id., n. 9722/2014, Ced 259071; sezione I, n. 36408/2013, Ced 255958; sezione III, n. 46447/2017, Ced 272078).

Tale divisamento - ora definitivamente superato dalla sentenza n. 24990/2020 delle sezioni Unite penali - muoveva dai due **concorrenti requisiti richiesti** per la configurabilità dell'attenuante comune che, nei delitti comunque determinati da motivi di lucro, sono:

- 1) l'aver agito per conseguire, o l'aver comunque conseguito, un **lucro di speciale tenuità** e
- 2) l'essere poi l'evento, dannoso o pericoloso, di **speciale tenuità**.

L'evento di danno o di pericolo

Il primo argomento oppositivo postulava **l'ontologica impossibilità del verificarsi di un evento dannoso o pericoloso "tenue" in caso di violazione della disciplina penale degli stupefacenti** perché, quand'anche il lucro conseguito a seguito delle condotte di illecita cessione o vendita fosse irrisorio, non potrebbe **mai** ritenersi soddisfatta la seconda condizione: cioè la speciale **tenuità del danno** (o del pericolo) derivanti dall'azione criminosa, trattandosi di delitti lesivi dei valori costituzionali attinenti alla **salute pubblica, alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla salvaguardia del sociale**, dovendosi peraltro a tal fine tenersi conto non solo dei danni immediati alla salute, ma anche di quelli mediati, pur sempre ricollegabili alla diffusione e all'uso delle sostanze stupefacenti (così sezione VI penale, n. 7830/1999, citata; Id., n. 41758/2009, citata).

A questa soluzione negativa si era allineato, poi, un ulteriore arresto secondo cui, ai fini della configurabilità della circostanza comune dell'aver conseguito un lucro di speciale tenuità, non si deve avere riguardo solo al **valore venale del corpo del reato**, ma anche al **pregiudizio complessivo e**

La circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del Cp è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, ed è compatibile con l'autonomia fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990.

› *Cassazione, sezione IV penale, sentenza 21 maggio-17 settembre 2019 n. 38381, Ced 277186*

La circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del Cp non è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti, sia perché, vertendosi in materia di salute della persona e dovendosi tener conto anche dei danni mediati, non può ritenersi integrata l'altra condizione prevista dalla norma, costituita dalla speciale tenuità del danno o del pericolo derivati al consumatore dall'azione dello spacciatore, sia perché, potendo la ridotta rilevanza economica della violazione di uno dei precetti contenuti nell'articolo 73 del Dpr n. 309/1990 rendere configurabile la fattispecie di lieve entità di cui al comma 5 del medesimo articolo, l'eventuale riconoscimento dell'attenuante si risolverebbe in una duplice valutazione del medesimo elemento.

› *Cassazione, sezione IV penale, 16 aprile-22 luglio 2019 n. 32513, Ced 276686*

La circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4,

del Cp è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, ed è compatibile con l'autonomia fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990. (In motivazione, la Corte ha affermato che l'attenuante richiede, rispetto al "fatto lieve", un elemento specializzante costituito dall'aver l'agente perseguito o conseguito un lucro di speciale tenuità, per cui non si determina una indebita duplicazione di benefici sanzionatori).

› *Cassazione, sezione VI penale, sentenza 31 gennaio-13 marzo 2018 n. 11363, Ced 272519*

La circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del codice penale è applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, ed è compatibile con l'autonomia fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990. (In motivazione, la Corte ha affermato che l'attenuante richiede, rispetto al "fatto lieve", un elemento specializzante costituito dall'aver l'agente perseguito o conseguito un lucro di speciale tenuità, per cui non si determina una indebita duplicazione di benefici sanzionatori).

› *Cassazione, sezione VI penale, sentenza 24 novembre 2016-8 febbraio 2017 n. 5812, Ced 269032 (conforme sezione VI penale, sentenza 18 gennaio-25 maggio 2011 n. 20937, Ced 250028)*

al disvalore sociale recati dalla condotta dell'imputato, in termini effettivi o anche soltanto **potenziali** (sezione III penale, n. 18013/2019, Ced 275950: fattispecie in cui la Sc ha ritenuto legittima la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza dell'[allora] attenuante del comma 5 dell'articolo 73, integrato dalla cessione di una dose di eroina dietro pagamento di venti euro, ascritta all'imputato trovato in possesso di altri sei panetti della stessa sostanza; così vedi già sezione II penale, n. 21014/2010, Ced 247122).

La duplicazione dei benefici sanzionatori

Il secondo argomento proposto dalla contraria giurisprudenza di legittimità - formatosi, come detto, nel regime *ante* Dl n. 146/2013 e senza approfondimenti successivi alla trasformazione del "fatto lieve" in reato autonomo - muoveva dalla **coincidenza** dei presupposti fattuali giustificanti l'applicabilità del comma 5 dell'articolo 73 del Dpr n. 309/1990 con quelli rilevanti agli effetti dell'articolo 62, n. 4, seconda parte, del Cp, trattandosi, in entrambi i casi, di situazioni di **minima offensività del fatto**. Pertanto si asserisce **l'impossibilità di duplicare i benefici sanzionatori, non potendosi addivenire a un'ulteriore diminuzione rispetto al fatto di "lieve entità" già giudicato tale sulla base dei medesimi elementi costitutivi di fattispecie** (così, da ultimo, sezione III penale, n. 36371/2019, Ced 276757; sezione IV penale, n. 36408/2013, citata).

Risulta oggi confermata la possibilità che i delitti in materia di droga possono essere caratterizzati da minima offensività

L'ULTIMA SEZIONI UNITE

Stupefacenti - Fatto di lieve entità di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990 - Attenuante del lucro e dell'evento di speciale tenuità ex articolo 62, n. 4, del Cp - Compatibilità - Sussistenza.

In materia di stupefacenti, la circostanza attenuante del lucro e dell'evento di speciale tenuità di cui all'articolo 62, n. 4, del codice penale è applicabile, indipendentemente dalla natura del bene giuridico oggetto di tutela, a 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 dall'articolo 73, comma 5, del Dpr 9 ottobre 1990, n. 309.

› Cassazione, sezioni Unite penali, sentenza 30 gennaio-2 settembre 2020

6. L'indirizzo favorevole

Il più recente filone giurisprudenziale - ora autorevolmente "convalidato" dalle sezioni Unite penali (sentenza n. 24990/2020) - ritiene, al contrario, l'attenuante comune **compatibile** col reato di cui all'articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990. Infatti - spiega questa diversa, e più evoluta lettura ermeneutica - l'articolo 62, n. 4, seconda parte, del Cp si connota per un elemento **specializzante**, costituito dall'avere **l'agente perseguito o conseguito un lucro di speciale tenuità**, per cui non si determinerebbe un'indebita duplicazione dei benefici sanzionatori rispetto al contestuale riconoscimento della fattispecie delittuosa di minore gravità prevista dal comma 5 dell'articolo 73, tanto più essendo ormai reato autonomo (così Cassazione, sezione VI, n. 11363/2018, Ced 272519; Id., n. 36868/2017, Ced 270671; Id., n. 5812/2017, citata; sezione IV, n. 5031/2019, Ced 275265; Id., n. 38381/2019, Ced 277186; Id., n. 51174/2019).

I nova della riforma del 1990

Le pronunce favorevoli a questa soluzione sottolineano come la novella del 1990 dell'articolo 62, n. 4, del Cp - in precedenza limitato alle ipotesi di danno economico di particolare tenuità prodotto nei soli **reati contro il patrimonio - abbia reso applicabile l'attenuante comune anche ai reati determinati da motivi di lucro**, allorché al profitto di speciale tenuità raggiunto dall'imputato si coniughi, in **sincronica** relazione, la complementare produzione di un evento dannoso o pericoloso di speciale tenuità.

Per effetto di tale modifica, l'attenuante in esame **deve ritenersi configurabile per ogni tipo di delitto purché commesso per fini di lucro, a prescindere dalla natura dell'offesa prodotta e dal bene protetto dalla norma incriminatrice.**

Perciò sarebbe errato escludere **presuntivamente** tale attenuante per specifiche fattispecie criminose, quali - nella specie - quelle in materia di stupefacenti, **considerandola circoscritta ai soli reati offensivi di beni ed entità patrimoniali** (sezione VI penale, n. 20937/2011, citata): siffatta limitazione non è desumibile dal tenore letterale e finirebbe per vanificare la stessa portata della modifica normativa (sezione VI penale, n. 43342/2005, Ced 232851).

I riferimenti sistematici: articoli 323-bis e 648, comma 2, del codice penale

All'indomani della trasformazione dell'ipotesi attenuata prevista dall'articolo 73, comma 5, in reato autonomo, è stato poi precisato che, pur trattandosi di fattispecie poste a tutela di beni giuridici, costituzionalmente protetti, attinenti alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza e all'ordine pubblico, **non vi sono ostacoli giuridici a graduare in concreto la condotta in termini di minima offensività** (sezione VI penale, n. 5812/2017, Ced 269032). A supporto di tale conclusione, si argomenta come - a livello sistematico - il rapporto che intercorre tra l'attenuante di cui all'articolo 62, n. 4, seconda parte, del Cp e il reato di cui all'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990, non sia dissimile da quello ritenuto sussistere, **nell'ottica della conciliabilità delle attenuanti**, tra quella comune in esame e quella speciale di cui all'articolo 323-bis del codice penale, la quale si applica ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione caratterizzati da «*particolare tenuità*». Invero, al pari delle fattispecie punite dall'articolo 73 del Dpr n. 309/1990, quei delitti non sono reati contro il patrimonio e sono posti a tutela di beni primari costituzionalmente protetti - il buon andamento e l'imparzialità della Pa - senza che ciò impedisca l'**astratta** possibilità che essi siano connotati dalla minima entità dell'offesa arrecata nel caso concreto al bene tutelato (sezione VI penale, n. 20937/2011, citata; Id., n. 2620/1996, Ced 208675).

In assenza di indici normativi che lo sostengano - e anzi in presenza di beni protetti di rango equivalente - la giurisprudenza in esame contesta l'**ingiustificata selezione di alcune fattispecie** tra quelle per le quali il legislatore ha indicato la **configurabilità di un'offesa di speciale tenuità**

Con la sentenza n. 24990/2020 **le sezioni Unite penali della Cassazione** - chiamate a decidere «se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità, di cui all'articolo 62, n. 4, del Cp, sia applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti, e, in caso affermativo, se sia compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990» - **hanno composto l'insorto contrasto in senso affermativo.**

La soluzione positiva - facente leva su convergenti dati testuali, teleologici e sistematici - sembra orientata a dare piena attuazione ai **principi di proporzionalità della pena e di offensività**, la cui costituzionalizzazione viene pure ribadita in sentenza.

Dopo aver analizzato la struttura dell'attenuante comune di cui all'articolo 62, n. 4, il *plenum* di legittimità valorizza l'innesto dell'articolo 131-*bis* nel Codice penale, nei cui limiti di pena rientra l'articolo 73, comma 5, del Dpr 309/1990, senza che rilevi - ai fini della declaratoria di non punibilità - l'astratta valutazione del tipo di bene giuridico protetto (come già affermato dalla sentenza *Tushaj*, citata).

La Corte di legittimità, nella sua più autorevole composizione, ritiene fondato il rilievo - espresso dal più recente indirizzo favorevole - secondo il quale la trasformazione dell'attenuante speciale *de qua* in reato autonomo, come tale dotata di specifica cornice edittale, fa sì che l'attenuante comune sia ormai destinata a incidere sull'ordinario trattamento punitivo riservato a quelle condotte, sicché in tal caso non si verifica - come paventato dall'opposto indirizzo "negazionista" - alcun cumulo di

benefici sanzionatori tra loro concorrenti. Tanto più che quando il legislatore ha voluto affermare l'incompatibilità dell'attenuante con la nuova fattispecie delittuosa, lo ha fatto espressamente (vedi, nel processo minorile, l'articolo 19, comma 5, del Dpr n. 448/1998, come introdotto dalla legge n. 10/2014).

Inoltre in motivazione si valorizza la **non sovrapposibilità dei presupposti applicativi delle due norme**, siccome basate su **accertamenti di diversa natura e di diverso grado**, tra loro **ontologicamente distinti**: infatti mentre la valutazione - unitaria e complessiva - della lieve entità del fatto *ex* comma 5 dell'articolo 73 del Dpr 309/1990 è relativa alla **condotta** (avuto riguardo ai mezzi, alla modalità e alle circostanze dell'azione) all'**oggetto materiale del reato** (in relazione alla quantità e qualità delle sostanze), la verifica della speciale tenuità agli effetti dell'attenuante comune - ancorata a parametri di maggiore intensità e pregnanza rispetto alla fattispecie "lieve" - attiene ai **motivi a delinquere** (lucro perseguito), al **profitto** (lucro conseguito) e all'**evento** (dannoso o pericoloso) del reato.

Esclusa l'incompatibilità logica e giuridica tra le due norme, il massimo Consesso nomofilattico puntualizza infine che il **riconoscimento dell'attenuante del lucro/offesa di speciale tenuità nel caso concreto resta in ogni caso affidato a una puntuale ed esaustiva verifica giudiziale**, della quale il giudice di merito deve offrire adeguata giustificazione che dia consistenza sia all'entità del lucro (perseguito o effettivamente) conseguito dall'agente, sia alla gravità dell'evento (dannoso o pericoloso) prodotto dalla condotta considerata.

laddove determinate da **motivi di lucro**. Si tratta inoltre di un enunciato normativamente contraddetto dal chiaro disposto dell'articolo 73, comma 5, del Dpr n. 309/1990, il quale riconosce espressamente la possibilità che un fatto punibile ai sensi del citato articolo 73 sia caratterizzato da minima offensività dei beni protetti, pure certamente primari e costituzionalmente garantiti (sezione VI penale, n. 5812/2017, citata).

L'articolo 131-bis del codice penale

A ulteriore conferma del fatto che l'offensività dei reati in materia di stupefacenti è **graduabile** a seconda dell'entità del danno o del pericolo, la sezione VI penale di Piazza Cavour - e, oggi, anche le sezioni Unite penali - hanno rammentato che l'ipotesi di cui all'articolo 73, comma 5 ben può **rientrare nell'ambito applicativo della causa di non punibilità** prevista dall'articolo 131-*bis* del Cp, a riprova di come la tenuità del fatto non solo possa fungere da attenuante, ma, in presenza di tutti i presupposti richiesti dalla norma, può addirittura determinare la non punibilità del fatto. Sicché anche per tale via risulterebbe dimostrata la possibilità che i delitti in materia di stupefacenti di cui all'articolo 73 del Dpr n. 309/1990 possano caratterizzarsi da minima offensività, tale da determinare **alternativamente** la qualificazione del fatto in termini di lieve entità *ex* articolo 73, comma 5, ovvero addirittura la sua non punibilità *ex* articolo 131-*bis* del codice penale.