

## **CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE PENALI**

**Sentenza 5 ottobre 2010, n. 35737**

**Pres. Gemelli – Est. Fiandanese**

### **Svolgimento del processo**

Il Tribunale di Campobasso, con sentenza in data 7 luglio 2006, dichiarava R. D. colpevole del reato di cui agli artt. 81, comma 2, c.p., 73, comma 4 e 80 comma 1 lett. a) del D.P.R. n. 309 del 1990, per avere, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, acquistato, detenuto e venduto sostanza stupefacente di cui alla tabella II dell'art. 14 del citato D.P.R. (hashish); con l'aggravante che, in una circostanza, la sostanza stupefacente è stata venduta a persona minore di età. Fatti commessi sino al mese di agosto dell'anno 2001.

Il Tribunale condannava il R., concesse le attenuanti generiche prevalenti sulla contestata aggravante, alla pena di anni uno e mesi cinque di reclusione ed euro 4.500,00 di multa.

La Corte di Appello di Campobasso, con sentenza in data 2 luglio 2009, in esito a gravame dell'imputato, dichiarava non doversi procedere, perché, «concessa l'attenuante speciale del fatto di lieve entità, di cui al comma 5 dell'art. 73 - testo previgente - del D.P.R. 309/1990, ed in concorso con le attenuanti generiche, già concesse in prime cure in termini di prevalenza sulla contestata aggravante, il reato è estinto per prescrizione».

Il giudice di appello osservava che il quantitativo di droga ceduta dal R. nelle diverse occasioni, compresa quella che ha riguardato il minore (pari ad un grammo) non può essere apprezzato in termini di modesta consistenza; che, in considerazione della qualità di detta sostanza (hashish), dei mezzi, delle modalità e delle circostanze dell'azione (la cessione della droga avveniva senza speciali accorgimenti e all'esito di richieste telefoniche facilmente controllabili dalle forze di polizia) è ben ravvisabile il fatto di lieve entità, essendo possibile procedere, pur in presenza della cessione della droga ad un minore, ad identificare condotte di minima offensività.

Ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Campobasso, deducendo il vizio di cui all'art. 606, lett. b), c.p.p., per inosservanza ed erronea applicazione dell'attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 72, comma 5, del D.P.R. 309/90.

Il P.G. ricorrente, dopo avere affermato che il riconoscimento della suddetta attenuante è rilevante ai fini della decisione, giacché soltanto tale concessione consentirebbe di pervenire ad una declaratoria di estinzione per prescrizione sostiene, richiamando la giurisprudenza di questa Suprema Corte, la sussistenza di un'evidente incompatibilità tra la circostanza aggravante della cessione a minori di sostanza stupefacente e l'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità, in quanto il fatto stesso della cessione a minori, per la sua maggiore intrinseca pericolosità, rende più grave l'azione delittuosa ed esclude l'applicazione dell'ipotesi attenuata, anche in costanza di altri elementi sintomatici, in astratto, della lieve entità del fatto.

La Quarta Sezione di questa Suprema Corte, con ordinanza del 26 marzo 2010, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito alla compatibilità dell'attenuante del fatto di lieve entità con l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a persona minore di età, poiché, secondo un primo orientamento il fatto stesso della cessione a minori, per la sua maggiore intrinseca pericolosità, renderebbe più grave l'azione delittuosa ed escluderebbe l'applicazione dell'ipotesi attenuata, mentre, secondo un altro orientamento, nella cessione di sostanze stupefacenti a minorenni sarebbe possibile identificare condotte di minima offensività.

Il Presidente Aggiunto di questa Suprema Corte assegnava il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza.

### **Motivi della decisione**

La questione di diritto sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite è la seguente: se l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età (art. 80, comma 1, lett. a), D.P.R. 9

ottobre 1990, n. 309) sia compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, stesso D.P.R.).

Sulla questione controversa si sono formati due orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Secondo un primo orientamento sarebbe "evidente" la incompatibilità tra la circostanza aggravante della cessione a minori di sostanza stupefacente e l'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità, in quanto il fatto stesso della cessione a minori, per la sua maggiore intrinseca pericolosità, rende più grave l'azione delittuosa ed esclude l'applicazione dell'ipotesi attenuata, anche in presenza di altri elementi sintomatici, in astratto, della lieve entità del fatto (Sez. IV, 11 luglio 1991, n. 10793 Spanazzi, rv. 188578; Sez. IV, 29 aprile 1992, n. 6672, Fares, rv. 190503; Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20663, Cassoni, rv. 240057).

Secondo un altro orientamento, invece, l'aggravante della cessione di sostanza stupefacente a persona minore di età non è incompatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità, con cui è oggetto di bilanciamento nell'ambito di un giudizio di globale valutazione della fattispecie, giacché anche nella cessione di droga a persona minore è possibile procedere ad identificare condotte di minima offensività in rapporto ai mezzi, alle modalità e circostanze dell'azione, alla quantità e qualità della sostanza ceduta (Sez. IV, 19 maggio 1997, n. 4240, Bettoschi, rv. 207917; Sez. VI, 17 aprile 1998, n. 8612, Piccardi, rv. 211461; Sez. VI, 17 giugno 1999, n. 9579, Caruso, rv. 214318; Sez. VI, 6 maggio 2009, n. 22123, D.P., rv. 244145; nonché, implicitamente, Sez. VI, 15 ottobre 2002, n. 37016, Mazzei, rv. 222845. Esemplificativamente tali decisioni indicano i casi di cessione di minime quantità, sporadicamente effettuata a soggetto prossimo alla maggiore età; di cessione analoga a titolo gratuito o di mera amicizia a soggetto notoriamente tossicodipendente, che ne abbia fatto richiesta; di cessioni effettuate da una persona a sua volta minore a favore di coetanei, al di fuori di abituale attività di spaccio e senza finalità di lucro. Nelle concrete fattispecie, le stesse decisioni hanno tenuto conto della qualità e quantità dello stupefacente ceduto (una sola dose di hashish) e della circostanza che il cessionario fosse molto prossimo al raggiungimento della maggiore età e già dedito all'uso abituale di droga.

Deve osservarsi che il primo orientamento basa le sue tesi su un criterio di incompatibilità «in linea teorica e logica», arrivando ad affermazioni di carattere generale, secondo le quali «ogni qual volta il legislatore ha stabilito che una determinata fattispecie penale debba ritenersi portatrice di maggior danno sociale comminando un aggravamento di pena, tutte queste volte il fatto, indipendentemente dalla valorizzazione del profilo aggravante ai fini dell'applicazione della pena, e quindi, della formale contestazione ovvero della comparazione con eventuali attenuanti, non può ritenersi di "lieve entità" per la evidente concettuale *contradictio in adjecto*» (Sez. IV, n. 6672 del 1992 cit.).

L'altro orientamento, invece, non solo ritiene che sia, al contrario, contrastante con la logica ed anche con un principio di giustizia sostanziale il divieto di bilanciamento tra attenuante del fatto lieve ed aggravante ex art. 80, comma 1, lett. a), D.P.R. cit., ma soprattutto evidenzia che la affermata incompatibilità fra circostanze eterogenee è priva di specifica previsione normativa che ne sancisca appunto la non coesistenza ed anche di un sicuro aggancio di ordine sistematico.

Quest'ultima interpretazione è quella che queste Sezioni Unite ritengono di dover condividere.

Occorre premettere che l'art. 73 comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza ad effetto speciale e non un reato autonomo, secondo la pacifica giurisprudenza di questa Suprema Corte (Sez. Un. 31 maggio 1991, n. 9148, Parisi, rv. 187930; Sez. Un. 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, rv. 216668), essendo correlata ad elementi (i mezzi, le 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, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva. Tale configurazione è stata confermata anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4-bis, comma 1, lett. f), D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, che riguardano esclusivamente una nuova modulazione dell'entità della pena, non più rapportata alla natura delle sostanze stupefacenti o psicotrope (Sez. IV, 20 febbraio 2007, n. 16444, Severa, rv. 236606; Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 27429, Messina, rv. 240849; Sez. VI, 22 ottobre 2008 - 26 marzo 2009, n. 13523, De Lucia, rv. 243828).

La natura giuridica della fattispecie prevista dal comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, consente, in primo luogo, di osservare che l'art. 69, comma 4, c.p. assoggetta al giudizio di comparazione tutte le circostanze ad effetto speciale, oltre quelle inerenti la persona del colpevole: testo di legge tanto più chiaro ove si consideri che, invece, tali circostanze erano escluse dal giudizio di comparazione nella precedente formulazione della norma (modificata dall'art. 6, d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220). Pertanto, non può ritenersi fondata, nella sua generalizzata e astratta formulazione, l'affermazione della giurisprudenza sopra citata, secondo la quale il fatto non può ritenersi di "lieve entità" «ogni qual volta il legislatore ha stabilito che una determinata fattispecie penale debba ritenersi portatrice di maggior danno sociale comminando un aggravamento di pena»: soltanto in caso di eccezione espressa o desumibile da una ricostruzione sistematica è possibile derogare alla regola del bilanciamento tra circostanze (cfr. Sez. Un. 25 febbraio 2010, n. 10713, Contaldo, rv. 245929).

Nella fattispecie in esame, nessun elemento di ordine letterale o sistematico è rinvenibile a sostegno della tesi della incompatibilità fra l'aggravante specifica di cui all'art. 80, comma 1, lett. a), D.P.R. n. 309 del 1990 e l'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, stesso D.P.R. Non deve essere fuorviante il riferimento alla circostanza della destinazione di sostanze stupefacenti a persona di età minore, poiché tale aggravante è solo una delle tante specifiche elencate nel citato art. 80 e non risulta che ci siano affermazioni giurisprudenziali di incompatibilità delle altre aggravanti di cui all'elenco con l'attenuante della "lieve entità" del fatto, anzi si rintracciano precedenti pacificamente favorevoli alla compatibilità (Sez. VI, 8 luglio 1993, n. 10947, Cappelli, rv. 195891, con riferimento all'aggravante di cui alla lett. g) del citato art. 80), come anche precedenti in cui è ammesso il giudizio di comparazione dell'attenuante del fatto di lieve entità con aggravanti comuni (Sez. VI, 11 novembre 1992, n. 1892, Farana, rv. 193536, nel caso specifico l'aggravante del numero delle persone). Del resto, in un contesto normativo analogo, ugualmente non si ravvisa contrasto giurisprudenziale sulla compatibilità nelle condotte di violenza sessuale dell'attenuante della "minore gravità" (art. 609 bis, comma 3, c.p.) con l'aggravante dell'età inferiore a dieci anni della vittima (art. 609 ter, comma 2, c.p.) (Sez. III, 9 luglio 2002, n. 37565, Capaccioli, rv. 223672; Sez. III, 10 maggio 2006, n. 22036, Celante, rv. 234640; Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 11085, D.S., rv. 246439).

L'interpretazione letterale e sistematica è sorretta anche dalla ratio, insita in tutte le norme che prevedono come attenuante la "lieve entità" (v. art. 311 c.p.; art. 5 legge 2 ottobre 1967, n. 895; art. 4 legge 18 aprile 1975, n. 110) od anche la "particolare tenuità" (art. 323 bis e 648, comma 2, c.p.) dei fatti incriminati, che è quella di adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie. Si tratta di una esigenza che si inserisce perfettamente in un quadro di ragionevolezza della disciplina legislativa costituzionalmente rilevante e che è stata presa in considerazione dalla Corte costituzionale anche con riferimento alla attenuante in questione, che, appunto, «permette una modulazione della sanzione sufficientemente rispettosa del criterio di ragionevolezza» (Corte cost. n. 333 del 1991). La stessa esigenza trova riconoscimento nella recente giurisprudenza costituzionale, la quale dà ampio spazio alle valutazioni discrezionali del giudice di merito al fine di evitare automatismi sanzionatori relativi «alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee» (Corte cost. sent. n. 192 del 2007, n. 257 del 2008, n. 171 del 2009).

Sotto un altro profilo, occorre considerare che l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti reato tipici, e, quindi, del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore, in applicazione del principio della riserva di legge del trattamento sanzionatorio, ma tale principio deve essere coordinato con quello, anch'esso costituzionalmente rilevante, della individualizzazione della pena (artt. 132 e 133 c.p.; Corte cost. n. 285 del 1991, n. 145 del 1998, n. 456 del 1997, n. 220 del 1996, n. 213 del 2000); compete, pertanto, al giudice di valutare le particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse quella adeguata al caso concreto. Nella fattispecie in esame, la riserva di legge è rispettata con la previsione di molteplici ipotesi di reato sanzionate in modo differenziato (art. 73, commi da 1 a 4, D.P.R. n. 390 del 1990) e dei casi in cui essi devono ritenersi aggravati (art. 80 D.P.R. cit.), mentre l'individualizzazione della pena è assicurata, oltre che dalla oscillazione tra il minimo e il massimo edittale, anche dalla previsione

della "lieve entità" (art. 73, comma 5, D.P.R. cit.) relativa a tutte le suddette ipotesi siano esse aggravate o meno. Non può sussistere, dunque, una incompatibilità logica in astratto fra aggravanti e attenuante specifica, ma solo una non concedibilità in concreto, valutati i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero la qualità e quantità delle sostanze. In altri termini, la questione non può essere risolta in astratto, stabilendo incompatibilità in via di principio, ma deve trovare soluzione caso per caso, con valutazione che di volta in volta tenga conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione di stupefacente a persona minore si realizza.

Su quest'ultimo punto deve richiamarsi la rigorosa giurisprudenza di questa Suprema Corte, secondo la quale l'attenuante in questione 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 uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio (per tutte, Sez. Un. n. 17 del 2000 cit. e, da ultimo, Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 38879, Frank, rv. 232428; Sez. VI, 14 aprile 2008, n. 27052, Rinaldo, rv. 240981).

Si consideri, peraltro, che la Corte costituzionale non considera strettamente oggettiva l'attenuante in questione poiché «tra le "circostanze dell'azione" menzionate nella disposizione citata sono comprese anche le "circostanze soggettive" tutte, e quindi anche le finalità della condotta tenuta dall'agente» (Corte cost. n. 333 del 1991).

In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: «l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità».

Nel caso di specie, la sentenza impugnata ha motivatamente ritenuto sussistente l'attenuante speciale, con valutazione di fatto non sindacabile in questa sede di legittimità, facendo riferimento al quantitativo di droga ceduta al minore di età (pari ad un grammo) e alla "modesta consistenza" di quella ceduta in diverse occasioni, alla qualità di detta sostanza (hashish), ai mezzi, alle modalità e alle circostanze dell'azione («la cessione della droga avveniva senza particolari accorgimenti e all'esito di richieste telefoniche facilmente controllabili dalle forze di polizia»).

Il ricorso del P.G., pertanto, deve essere rigettato.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso.