

LE SEZIONI UNITE SUI RAPPORTI TRA
L'ATTENUANTE DEL LUCRO DI SPECIALE
TENUITÀ E LA FATTISPECIE DI SPACCIO DI
LIEVE ENTITÀ



Cosetta Castaldello

1. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con sentenza n. 24990 depositata il 2.9.2020 (ud. 30.1.2020), si sono pronunciate in ordine alla compatibilità dell'attenuante del lucro di speciale tenuità, contemplata dall'art. 62, n. 4, c.p., con la fattispecie di spaccio di lieve entità, di cui al comma 5 dell'art. 73, d.p.r. n. 309 del 1990.

Il caso che ha originato tale pronuncia riguardava una condotta di cessione di 2,2 grammi di *hashish*, a fronte di un corrispettivo pari ad euro 10 euro, qualificata ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.p.r. cit., rispetto alla quale i giudici di merito, nel pronunciare sentenza di condanna, avevano negato il riconoscimento dell'indicata attenuante, ritenendola astrattamente incompatibile con la fattispecie delittuosa *de qua*.

Investita dal ricorso promosso nell'interesse dell'imputato, la IV Sezione penale della Corte di legittimità, evidenziando sul punto un'alternanza di soluzioni giurisprudenziali contrapposte¹, ha rimesso al Supremo organo nomofilattico la seguente questione: *“Se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sia 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, e se sia compatibile con il fatto di lieve entità, previsto dall'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990”*.

2. La formulazione del duplice quesito interpretativo si comprende considerando che uno degli argomenti valorizzati dal filone giurisprudenziale più “restrittivo” verte sull'impossibilità di riconoscere la speciale tenuità del danno o del pericolo, prima ancora che nell'ipotesi dell'art. 73, comma 5, d.p.r. cit., nei reati concernenti gli stupefacenti in genere. Tale requisito, infatti, che, ai sensi dell'art. 62, n. 4, c.p., deve coesistere con quello della ridotta valenza economica del lucro conseguito, mai potrebbe, se-

¹ Contrasto già segnalato dall'Ufficio del Massimario nella relazione n. 54/18 del 9 luglio 2018.

condo tale impostazione, dirsi sussistente in rapporto a fattispecie lesive di valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, alla salvaguardia del sociale, alla sicurezza e all'ordine pubblico, quali, appunto, quelle sanzionate dal d.p.r. 309 del 1990².

Per quanto concerne, più specificamente, la fattispecie del comma 5 dell'art. 73, la compatibilità della diminvente è esclusa da parte di certa giurisprudenza, sulla base del rilievo che l'art. 62, n. 4, c.p., richiedendo una situazione caratterizzata dalla "minima offensività" del fatto, sotto il profilo del profitto derivatone per l'agente e del danno dal medesimo provocato, sottenderebbe una situazione già coincidente con i presupposti fattuali per il riconoscimento della fattispecie di "lieve entità"; sicché, l'applicazione "combinata" delle due norme determinerebbe un'indebita duplicazione di benefici sanzionatori³.

Un opposto e più recente orientamento giurisprudenziale ammette, invece, l'esistenza di uno spazio applicativo dell'attenuante nell'ambito dei reati concernenti gli stupefacenti. Ciò anche nelle ipotesi qualificate *ex art.* 73, comma 5. Ai principali argomenti posti a sostegno della tesi avversa, si replica, da un lato, evidenziando come risulti ormai generalizzato l'ambito di operatività dell'art. 62, n. 4, c.p., il quale risulta, ad oggi⁴, applicabile a ogni tipo di delitto determinato da motivi di lucro⁵; d'altro, rispetto allo "spaccio lieve", si afferma che l'eventuale riconoscimento della circostanza del lucro di speciale tenuità, presupponendo l'esistenza di un elemento specializzante, costituito dall'aver l'agente perseguito o conseguito un lucro di speciale tenuità, non darebbe origine ad alcuna indebita duplicazione di benefici sanzionatori⁶.

² Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32513, in *CED Cass.*, rv. 276686; Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2009, n. 41758, *ivi*, rv. 245019; Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 1999, n. 7830, *ivi*, rv. 214733.

³ In tal senso, Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2017, n. 46447, in *CED Cass.*, rv. 272078; Cass. pen., sez. I, 5 settembre 2013, n. 36408, *ivi*, rv. 255958; Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2013, n. 23821 *ivi*, rv. 255663.

⁴ Precisamente, a seguito della modifica apportata dall'art. 2 della l. n. 19 del 1990 al testo della norma.

⁵ Così, Cass. pen., sez. IV, 1° febbraio 2019, n. 5031, in *CED Cass.*, rv. 275265; Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 2017, n. 5812, *ivi*, rv. 269032, nella quale si fa, tra l'altro, riferimento alla giurisprudenza che ha ritenuto compatibile la circostanza del lucro di speciale tenuità con le attenuanti speciali di particolare tenuità di cui agli artt. 648, comma 2, c.p. e 323-bis c.p. (v. Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 2007, n. 43046, in *CED Cass.*, rv. 238508; Cass. pen., Sez. Un., 26 aprile 1989, n. 13330, in *C. pen.*, 1992, p. 1765, con nota di L. BISSI, *Sull'applicabilità congiunta delle attenuanti di cui agli artt. 62 n.4 e 648 comma secondo cod. pen.*); Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2011, n. 20937, in *C. pen.*, 2012, p. 447, con nota di G. DENORA, *Lievità del fatto e tenuità del lucro nello spaccio di stupefacenti: prove tecniche di concorso*.

⁶ Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 2018, n. 11363, in *CED Cass.*, rv. 272519; Cass. pen., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 36868, *ivi*, rv. 270671.

3. Con la sentenza annotata – che si è conclusa con l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato –, hanno aderito al più recente indirizzo interpretativo anche le Sezioni Unite, dando, così, risposta affermativa ad entrambi i quesiti posti dalla Sezione rimettente, attraverso la formulazione del principio di diritto secondo cui “*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 dall'art. 73, comma 5, del d.p.r. n. 309 del 1990*”.

In motivazione, dopo aver ripercorso gli approdi della pregressa giurisprudenza di legittimità, il Supremo Collegio ha analizzato le argomentazioni svolte dalla sentenza “capostipite” del summenzionato orientamento di legittimità⁷. Detta pronuncia, nell'allontanarsi dal formante giurisprudenziale consolidato, ha posto l'accento, primariamente, sull'attuale formulazione dell'art. 62, n. 4, c.p. (la quale, come detto, non consentirebbe più di ritenere presuntivamente esclusa l'attenuante in rapporto a determinate categorie di fattispecie delittuose); poi, sulla diversità di presupposti applicativi delle disposizioni di cui agli artt. 73, comma 5, e 62, n. 4, c.p. (facendo, la prima, riferimento all'azione e all'oggetto materiale del reato, globalmente e unitariamente vagliati, e, la seconda, unicamente, al lucro e all'evento dannoso o pericoloso); nonché, sulla previsione del comma 5 dell'art. 73, che, inequivocabilmente, esprime la possibilità, proprio in materia di stupefacenti, di qualificare un fatto come “lieve”.

Altro argomento, già sviluppato in talune pronunce delle Sezioni semplici, richiamato dalle S.U. nella sentenza *de qua*, è quello che fa leva sulla generale sfera applicativa della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. In particolare, è stato rilevato, al riguardo, che la pena edittale prevista per l'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, rientra nei limiti stabiliti dalla predetta disposizione e che gli elementi oggettivi di esclusione della particolare tenuità dell'offesa sono tassativamente descritti, senza alcun riferimento alle condotte delittuose concernenti gli stupefacenti. Anche per tale via si avrebbe, allora, conferma del fatto che i delitti in questione possono essere caratterizzati da minima offensività⁸.

Come, ancora, ricordato dal Collegio, un ulteriore indice a sostegno della possibile applicazione congiunta delle due norme viene ricavato dalla intervenuta trasformazione dell'originaria attenuante speciale, prevista dall'art. 73, comma 5, in au-

⁷ Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2011, n. 20937, cit.

⁸ Sul punto, Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 2017, n. 5812, cit.

tonoma fattispecie di reato⁹, dotata di una propria cornice edittale. L'attenuante comune sarebbe, quindi, destinata a incidere sull'ordinario trattamento punitivo riservato a quelle specifiche condotte, senza determinare la paventata duplicazione di benefici sanzionatori.

Ebbene, il Supremo Consesso ha mostrato di condividere integralmente i suesposti passaggi interpretativi, cogliendo l'occasione per sviluppare ulteriori e più generali valutazioni in ordine alla portata applicativa dell'art. 131-*bis* c.p. e dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.

Richiamati, infatti, i principi già enunciati dalle S.U. in tema di necessaria offensività del fatto¹⁰, in motivazione si è inteso fermamente ribadire che, essendo l'intensità e il grado dell'offesa a costituire il presupposto del giudizio di utilità e necessità della relativa pena, a prescindere dall'interesse tutelato, non si dà tipologia di reato in cui sia inibita ontologicamente l'applicazione dell'istituto dell'art. 131-*bis* c.p.¹¹. Di più, si è osservato che il legislatore ha espressamente disposto che tale istituto trovi applicazione anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante (art. 131-*bis*, comma 3, c.p.)¹²; mentre, quando ha voluto evitare che la graduazione del reato espressa in una circostanza aggravante, ragguagliata all'entità della lesione, sia travolta da elementi di giudizio di segno opposto, lo ha fatto esplicitamente¹³.

Risultando, così, accolta "in tutto e per tutto" la concezione gradualistica del reato¹⁴, hanno specificato le S.U., che la tenuità del danno o del pericolo cagionati al bene giuridico protetto può – e deve – essere considerata – se, come nell'art. 62, n. 4, c.p., normativamente previsto – sia per attenuare la pena che, eventualmente, ai sensi ed alle condizioni dell'art. 131-*bis* c.p., per escluderne la necessità.

⁹ Trasformazione operata dal d.l. n. 146/2013 convertito con modifiche dalla L. n. 10/2014.

¹⁰ In particolare, l'assunto per cui "non esiste un'offesa tenue o grave in chiave archetipa", ma "è la concretizzazione del reato che ne segna il disvalore". Così, Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681, in, tra le altre, *C. pen.*, 2016, p. 4089, con nota di M.B. MAGRO, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*. V., inoltre, Cass. pen., Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, in *Giur. it.*, 2013, p. 1988, con nota di G. FUMU, *Furto aggravato*.

¹¹ Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681, *ibidem*.

¹² con l'importante precisazione che, anche in presenza di un danno di speciale tenuità, l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. è, comunque, legata anche alla considerazione degli ulteriori indicatori afferenti alla condotta ed alla colpevolezza.

¹³ Ad esempio, l'offesa non può essere ritenuta connotata da particolare tenuità quando la condotta ha cagionato, quale conseguenza non voluta, la morte o lesioni gravissime, ex art. 131-*bis*, comma 2, c.p.

¹⁴ Ancora, Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681, *op. loc. cit.*

Quanto alla seconda questione oggetto di contrasto, il S.C. ha evidenziato che l'accoglimento della tesi "restrittiva" comporterebbe un limite troppo rigido nella modulazione della pena al fatto storico, facendo sì che, anche in presenza di un lucro e di un'offesa di speciale tenuità, l'imputato non possa beneficiare di un possibile giudizio di bilanciamento con circostanze aggravanti. Del resto, hanno ulteriormente argomentato i giudici, quando il legislatore ha voluto affermare l'incompatibilità di una specifica attenuante con la fattispecie delittuosa in questione, lo ha fatto con espressa disposizione¹⁵.

Negli ultimi passaggi motivazionali, le Sezioni Unite hanno, poi, specificato che i presupposti che contrassegnano l'esistenza, rispettivamente, dello spaccio lieve e dell'attenuante *de qua*, oltre a non essere coincidenti¹⁶, implicano valutazioni di diversa natura e di diverso grado: l'una, quella pertinente alla "lieve entità del fatto", è unitaria e complessiva, non scandita da un ordine gerarchico degli elementi rilevanti, per ciascuno dei quali è possibile un giudizio di parziale o totale compensazione¹⁷; l'altra, quella relativa alla "speciale tenuità" del lucro e dell'offesa, attiene a due temi, suscettibili di opposte conclusioni nel medesimo caso di specie, ancorati ad un parametro di maggiore intensità e pregnanza, legato all'elemento specializzante – rispetto alla tenuità dell'offesa, che è comune alle due norme considerate –, costituito dai motivi a delinquere e dalla speciale tenuità del lucro perseguito o conseguito.

Esclusa l'incompatibilità logica e normativa tra la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, del d.p.r. n. 309 del 1990 e l'attenuante del lucro/offesa di speciale tenuità, le S.U. hanno rimesso, *ça va sans dire*, al giudice del merito il compito di effettuare una puntuale ed esaustiva verifica, "*volta a dare consistenza sia all'entità del lucro perseguito o effettivamente conseguito dall'agente che alla gravità dell'evento dannoso o pericoloso prodotto dalla condotta considerata*"; con la precisazione di dover

¹⁵ Così, in sede di conversione del d.l. n. 146 del 2013, la legge n. 10 del 2014 ha modificato l'articolo 19, comma 5, d.p.r. n. 448 del 1988, stabilendo che la diminuzione della minore età non opera per i delitti di cui all'art. 73, comma 5, del d.p.r. n. 309 del 1990, ai fini della determinazione del limite di pena rilevante in ordine all'applicazione delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere nei confronti degli imputati minorenni.

¹⁶ Dovendosi, come detto, fare riferimento, per la prima, alla condotta - avuto riguardo ai mezzi, alla modalità e alle circostanze dell'azione - e all'oggetto materiale del reato - in relazione alla qualità e quantità delle sostanze -; per la seconda, ai motivi a delinquere (lucro perseguito), al profitto (lucro conseguito) e all'evento (dannoso o pericoloso) del reato. Come si legge in motivazione, si tratta, quindi, di effettuare "*valutazioni focalizzate su elementi tra loro ontologicamente distinti, ancorché in astratto suscettibili di convergere nell'accertamento del complessivo disvalore del fatto storico*".

¹⁷ Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2018, n. 51063, in Guida dir., 2018, f. 49-50, p. 64, con nota di G. AMATO, *Soluzione corretta e in linea con l'attuale norma*.

riferire quest'ultimo elemento alla nozione di evento in senso giuridico, che dovrà rivelarsi “*di tale particolare modestia da risultare “proporzionata” alla tenuità del vantaggio patrimoniale che l'autore del fatto si proponeva di conseguire o ha in effetti conseguito*”.

Pur offrendo spunti di un certo interesse, tali ultime considerazioni avrebbero forse meritato qualche ulteriore approfondimento, in modo da fornire all'interprete più sicure indicazioni per individuare le reciproche sfere di operatività del fatto lieve e del lucro di speciale tenuità¹⁸. Ciò, quantomeno, per evitare – specie nei casi in cui la modesta entità del lucro perseguito o conseguito sia già considerata ai fini del riconoscimento del fatto lieve – che il rischio di incorrere in una duplice valutazione del medesimo elemento del fatto induca il giudicante ad una sistematica disapplicazione dell'attenuante in parola.

Ad ogni modo, pur essendo operazione affatto agevole a livello pratico, da quanto si può evincere anche dalla pronuncia annotata, ci si dovrebbe, in ogni caso, concentrare sulla diversità di significato da attribuire alle espressioni “lieve entità” e “speciale tenuità”. Quest'ultima, va, infatti, intesa, secondo le parole delle S.U., come parametro, dotato di maggiore intensità e pregnanza – quindi, se si vuole, più “stringente”¹⁹ –, che deve necessariamente investire sia il lucro perseguito o conseguito che l'offesa tipica²⁰.

¹⁸ Se è vero, come affermato dalla Corte, che entrambe le norme presuppongono un fatto dotato di minima valenza offensiva rispetto ai bene giuridici tutelati dalla norma (salute, sicurezza, ordine pubblico *etc.*), che ne costituisce il nucleo comune, assai labile appare il confine tra le situazioni legittimanti la concessione dell'uno e dell'altro beneficio. Osserva, tuttavia, G. DENORA, in *Lievità del fatto e tenuità del lucro nello spaccio di stupefacenti: prove tecniche di concorso*, in *C. pen.*, 2012, p. 451 ss., che la giurisprudenza ha, talvolta, riconosciuto il fatto di lieve entità anche in casi in cui l'evento derivante dalla condotta di spaccio (e, in particolare, l'offesa al bene della salute) era tutt'altro che tenue.

¹⁹ Infatti, in giurisprudenza, si ritiene che, per il riconoscimento della circostanza dell'art. 62, n. 4, c.p., occorra un pregiudizio non meramente lieve, ma lievissimo, ossia pressoché irrilevante o irrisorio: v. Cass. pen., sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 6635, in *Cass. CED*, rv. 269241

²⁰ Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2011, n. 20937, cit., ha fornito le seguenti indicazioni: “*a titolo di esempio, può assumere rilievo il dato quantitativo della droga oggetto del rapporto contrattuale in re illecita (vendita o cessione non gratuita), l'oggettivo valore economico di mercato della stessa (minimo o assai ridotto per una persona di ordinaria disponibilità finanziarie) e soprattutto la qualità della sostanza stupefacente in rapporto ai potenziali effetti sulla salute dell'acquirente, dovendosi riconoscere la minore pericolosità di alcune sostanze droganti per solito qualificate anche in sede scientifica come “leggere”. Così, assume rilievo la generale posizione dell'imputato in relazione alla quantità della droga altrimenti detenuta al di fuori dello specifico episodio di vendita o della droga comunque dallo stesso acquisibile, anche fatta palese dalla disponibilità di strumenti o atti (conteggi, annotazioni nominative, ecc.) che ne attestino la concreta destinazione commerciale. Così, assume rilievo la condizione personale dell'imputato in rapporto alla disponibilità di altre e non effimere lecite fonti di red-*

Dunque, ben potendo esistere un fatto lieve non necessariamente contrassegnato da lucro ed evento giuridico di speciale tenuità²¹, alla ricorrenza di tali condizioni, l'attenuante dovrebbe trovare piena applicazione, quand'anche l'entità del lucro o dell'offesa al bene giuridico tutelato fossero già stati considerati ai fini della qualificazione del fatto *ex art. 73, comma 5, d.p.r. cit.*²².

dito (attività lavorativa remunerata, più o meno stabile e continuativa), sì da far ipotizzare che l'episodio in sé minimale di vendita di droga oggetto di giudizio non rappresenti l'espressione di una consueta e costante modalità di guadagno del giudicabile. Così, ancora ed a quest'ultimo medesimo fine, assumono rilievo il vissuto personale dell'imputato (precedenti penali e giudiziari anche specifici e recenti) nonché il suo inserimento nel tessuto sociale e territoriale in cui si sviluppa la sua attività di relazione intersoggettiva, in termini che non facciano ragionevolmente supporre che lo stesso sia di solito o con continuità temporale e professionale dedito all'illecito commercio di sostanze stupefacenti e, per ciò stesso, alla produzione di una pluralità di eventi dannosi o pericolosi per la salute di un determinato numero di acquirenti reali o potenziali".

²¹ V., in argomento, anche G. DENORA, in *Lievità del fatto e tenuità del lucro nello spaccio di stupefacenti*, cit., p. 451 ss.; P. BERNARDONI, *Rimessa alle sezioni unite una questione relativa alla compatibilità tra traffico di stupefacenti "di lieve entità" e attenuante del lucro di speciale tenuità*, in <https://sistemapenale.it/it>, 19 novembre 2019.

²² Diversamente da quanto sostenuto in talune decisioni in tema di ricettazione, nelle quali si è precisato che l'art. 62, n. 4, c.p. è compatibile con l'ipotesi attenuata di cui all'art. 648, comma 2, c.p., solo quando la valutazione del danno patrimoniale è rimasta estranea al giudizio sulla particolare tenuità del fatto (v. Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 2007, n. 43046, cit.).