

Sez. 4, Sentenza n. 9927 del 2011 (ECLI:IT:CASS:2011:9927PEN)
Data udienza: 01/02/2011 Data Deposito: 11/03/2011
N. Registro Generale: 034578/2010
Provv.orig.: 000044/2010 CORTE APPELLO MESSINA

Riferimenti normativi: Decr. Pres. Rep. del 1990 num. 309 art. 73, Legge del 1975 num. 110 art. 4, Decr. Pres. Rep. del 1990 num. 309 art. 80 com. 2, Legge Cost. art. 25 com. 2, Legge Cost. art. 13 com. 2, Cod. Pen. art. 61 com. 7, Cod. Pen. art. 62 com. 4, Cod. Pen. art. 648 com. 2, Legge del 1990 num. 309 art. 73

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE QUARTA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. MARZANO Francesco - Presidente
Dott. BRUSCO Carlo G. - rel. Consigliere
Dott. BIANCHI Luisa - Consigliere
Dott. MARINELLI Felicetta - Consigliere
Dott. VITELLI CASELLA Luca - Consigliere
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

A.A.;

avverso la sentenza 12 maggio 2010 della Corte d'Appello di Messina;

udita la relazione del Consigliere dott. Carlo Giuseppe Brusco;

udite le conclusioni del pubblico ministero, in persona del Sost. Procuratore Generale dott. GERACI Vincenzo che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito il difensore del ricorrente, avv. Silvestro Salvatore, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

La Corte:

OSSERVA

1) A.A. ha proposto ricorso avverso la sentenza 12 maggio 2010 della Corte d'Appello di Messina che ha parzialmente accolto l'appello proposto contro la sentenza 11 dicembre 2009 del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale della medesima Città che, all'esito del giudizio abbreviato, l'aveva condannato alla pena ritenuta di giustizia per il delitto di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, artt. 73 e 80 (oltre che per il reato di cui alla L. n. 110 del 1975, art. 4 che non forma oggetto del presente giudizio di legittimità).

La Corte di merito ha concesso all'imputato le attenuanti generiche, negate dal primo giudice, e le ha dichiarate equivalenti alla contestata aggravante riducendo conseguentemente la pena inflitta nel primo grado di giudizio.

2) Contro la sentenza di secondo grado ha proposto ricorso l'imputato il quale ha dedotto un unico motivo di censura con il quale si duole del fatto che sia stata ravvisata, dai giudici di merito, l'aggravante prevista dal citato D.P.R. n. 309 del 1990, art. 80, comma 2 in relazione alla condotta contestatagli (detenzione di kg. 10,291 di hashish oltre a gr. 26,8 di marijuana).

Secondo il ricorrente l'ingente quantità cui fa riferimento la norma indicata sarebbe ravvisabile solo quando la quantità commerciata "appaia di per sè esorbitante rispetto alla normale fenomenica del traffico di

stupefacente" in modo che possa affermarsi che la droga commerciata "sia in grado di soddisfare le esigenze di un numero molto elevato di consumatori".

Nel caso in esame difetterebbero invece quelle caratteristiche di eccezionalità che giustificano il riconoscimento dell'aggravante indicata.

3) È noto che, fino alla fine degli anni 90, la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione faceva riferimento, come criterio da seguire perché potesse ravvisarsi la "ingente quantità" cui fa riferimento il già ricordato art. 80, alla possibilità di saturare, per un periodo piuttosto lungo, larga parte del mercato producendo una modificazione notevole dell'offerta su medesimo mercato.

Ma le sezioni unite di questa Corte, con la sentenza 21 giugno 2000 n. 17, Primavera, rv. 216666, hanno rifiutato questa concezione ritenendo che il riferimento al concetto di "mercato", come inteso dalla precedente e prevalente giurisprudenza di legittimità, introducesse, nell'esegesi della disposizione di legge, "un elemento non richiesto e spurio rispetto alla ratio della disposizione, di profilo mercantile ma di impossibile accertamento con gli ordinari strumenti di indagine dei quali il giudice può processualmente disporre; quindi, del tutto immaginario affidato all'abilità dialettica di chi fornisce la motivazione della decisione, quale che sia".

Le sezioni unite hanno ancora precisato come la clandestinità di questo mercato non consentisse di rilevare alcun dato oggettivo sulla sua consistenza e quindi che il concetto di mercato si fondasse su dati aleatori non utilizzabili processualmente.

Conclusivamente è stato ritenuto che questa incerta nozione fosse da abbandonare e che fosse sufficiente, per ritenere esistente l'aggravante in questione, "verificare che la quantità della sostanza stupefacente ... sia oggettivamente di notevole quantità, molto elevata nella scala dei valori quantitativi, anche se non raggiunga il valore massimo che, per essere riferito a quantità, rimane sostanzialmente indeterminabile, vale a dire amplifiabile all'infinito" e hanno aggiunto che ciò che rileva, per i fini indicati, è che "la quantità di sostanza tossica oggetto, della specifica indagine nel dato procedimento superi notevolmente, con accento di eccezionalità, la quantità usualmente, trattata in transazioni del genere nell'ambito territoriale nel quale il giudice del fatto opera".

Per concludere che la relativa valutazione costituisce un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito che ha solo l'obbligo di fornire adeguata e congrua motivazione del proprio convincimento.

4) La giurisprudenza di legittimità si è attenuta, fino ad epoca recente, ai principi indicati dalla sentenza Primavera al cui fondamento si pone, sia pure implicitamente, il presupposto che non competeva al giudice di legittimità, né a quello di merito, di individuare criteri quantitativi predeterminati per ritenere configurati i presupposti per ritenere esistente l'aggravante in questione.

Più recentemente la sesta sezione di questa Corte ha però ritenuto di adottare un diverso criterio ermeneutico. La sentenza ' 2 marzo 2010 n. 20120, Mtumwa, rv. 247375, partendo dall'esigenza di fare riferimento a parametri oggettivi onde evitare che la norma si presti a violare il principio di determinatezza e pur condividendo, "in linea di massima", l'impostazione della sentenza Primavera, ha ritenuto che non potessero definirsi "ingenti" quantitativi che, presentando un valore di purezza medio, avessero un valore ponderale inferiore ai due chili per le droghe cd. "pesanti" (eroina e cocaina) e ai cinquanta chili per le droghe cd. "leggere" (hashish e marijuana). Questo orientamento è stato condiviso, per quanto consta, da altra sentenza della medesima sezione in data 4 novembre 2010 n. 42027, Immorlano, rv. 248740.

Un diverso avviso è stato invece espresso da questa sezione che, con sentenza 3 giugno 2010 n. 24571, Iberdemaj, rv. 247823, ha premesso al suo esame del tema la considerazione che la predeterminazione dell'indice quantitativo che "oggettivamente" segni il confine tra la quantità ingente e quella non ingente - finendo col proporsi, in sostanza, come dato avente valenza normativa - non potrebbe che essere prerogativa del legislatore".

Ha osservato poi, la sentenza, che se il criterio di valutazione trova il suo fondamento nella necessità di ragguagliare il concetto di quantità ingente al rilevante pericolo per la salute pubblica e all'uso della sostanza da parte di un molto elevato numero di tossicodipendenti non è però rinvenibile alcun dato di comune esperienza che possa far ritenere che i limiti indicati dalla sesta sezione realizzino questi presupposti.

5) Questo collegio condivide integralmente le conclusioni della sentenza Iberdemaj di questa sezione appena citata. Sono ovviamente da condividere le premesse da cui ha preso le mosse l'orientamento

proposto dalla sesta sezione di questa Corte (l'esigenza di garantire l'osservanza di parametri oggettivi e di rispettare il principio di determinatezza) ma appare ben difficile ritenere che sia possibile eludere l'obiezione formulata nel precedente di questa sezione: che un tale compito appartenga in via esclusiva al legislatore e che non possa essere attribuito ai giudici di merito o di legittimità.

Se il legislatore si è limitato a individuare un criterio di carattere generale - la quantità "ingente" - le conclusioni non possono che essere due: o effettivamente la descrizione del fatto tipico è priva del richiesto carattere di determinatezza e allora (la conseguenza non può che essere quella di ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale;

o la norma è sufficientemente determinata e dunque l'autorità giudiziaria ha il compito di individuare i criteri e i parametri necessari per consentirne l'applicazione ma non può svolgere una funzione normativa trasformando parametri interpretativi elastici in limiti quantitativi predeterminati.

6) Sul primo aspetto prospettato dalla sesta sezione è opinione di questo collegio che debba ritenersi manifestamente infondata la tesi che la norma in questione - se interpretata nel senso indicato dalle sezioni unite nella sentenza Primavera - si ponga in contrasto con il principio di determinatezza.

In merito a questo principio (che alcuni autori identificano col principio di tassatività che sembra invece riferibile al divieto di analogia) è oggi comunemente diffusa l'opinione che il principio di determinatezza - che esprime la necessità di formulare la norma in termini precisi e univoci anche con l'utilizzazione di elementi descrittivi esterni di carattere normativo e non normativo - costituisca espressione del principio di legalità riaffermato dall'art. 25 Cost., comma 2 oltre che dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche se non esplicitamente richiamato da queste norme (a differenza di quanto avviene, sul piano processuale, in base all'art. 13 Cost., comma 2). E questa interpretazione è costantemente seguita dalla Corte costituzionale che, ancora di recente (con la sentenza 1 agosto 2008 n. 327) ha confermato l'esistenza di una copertura costituzionale dei principi di determinatezza e di quello di tassatività. Nel precisare quali siano i limiti che incontra il legislatore in base al principio in questione la Corte ha però riaffermato, richiamando i suoi precedenti, che l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito, di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero ... di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite

dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo".

Particolarmente significativo, per i fini che interessano, è il passo successivo della sentenza laddove si precisa che i principi sottesi al principio di determinatezza sono costituiti dalla necessità di "evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico penali della propria condotta". Va premesso che i principi anzidetti - espressi, è opportuno precisarlo, in relazione ad una fattispecie (il disastro "innominato") inquadrabile nelle ipotesi di reato cd. "causalmente orientate" nelle quali il legislatore ha descritto l'evento ma non la condotta che resta quindi indeterminata - sono certamente riferibili non solo alle fattispecie incriminate ma altresì a tutti gli elementi (anche se non costituenti circostanze aggravanti) idonei ad aggravare la fattispecie o il suo trattamento sanzionatorio o che incidano sulla determinazione ed esecuzione della pena. 7) Ciò premesso ritiene questo collegio che nel caso in esame riguardante l'aggravante prevista dall'art. 80, comma 2 già citato siano rispettati i principi enunciati dal giudice delle leggi. I parametri indicati dalla giurisprudenza di legittimità, perché possa essere ritenuta l'esistenza dell'aggravante dell'ingente quantità, possono, in sintesi, essere così individuati: 1) l'oggettiva eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale (in concreto: non si deve trattare di grammi o etti di sostanza stupefacente); 2) il grave pericolo per la salute pubblica che lo smercio di un tale quantitativo della sostanza

comporta; 3) la possibilità di soddisfare le richieste (non di pochi o tanti ma) di numerosissimi consumatori per l'elevatissimo numero di dosi ricavabili.

Questi parametri consentono di dare alla norma una concretezza che vale ad escludere il rischio di genericità ipotizzata e consentono altresì al destinatario della norma - per ripetere le parole della Corte costituzionale - "di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo". Insomma l'agente è a conoscenza - o dovrebbe esserlo - che se il suo illecito traffico ha per oggetto chili o decine di chili di sostanza stupefacente la sua condotta può essere ritenuta aggravata ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 80, comma 2. Ed è questo in definitiva che distingue la norma determinata da quella indeterminata: non è indeterminata la norma elastica, soprattutto se si riferisce ad un elemento quantitativo; è indeterminata la norma vaga. L'elasticità ineliminabile deve pur sempre essere circoscrivibile in base a regole e criteri fondati su logica ed esperienza o su regole tecniche o scientifiche. 8) Escluso che, così interpretata, la norma in questione possa essere costituzionalmente censurata sotto il profilo ricordato è necessario affrontare due ulteriori argomenti che, a parere di questo collegio, avvalorano il giudizio di non condivisibilità dell'orientamento della sesta sezione.

La prima, di carattere generale, è una mera constatazione: in numerosi casi il legislatore - nell'impossibilità di determinare, quantitativamente limiti che consentono di ritenere una condotta aggravata o attenuata - utilizza espressioni lessicali di carattere generico per individuare una maggiore o minore gravità della condotta: si pensi, sotto il primo profilo, al danno patrimoniale di "rilevante gravità" (art. 61 c.p., n. 7) o all'ipotesi di reato, prevista dall'art. 38, comma 2 dello statuto dei lavoratori, che prevede un aggravamento del trattamento sanzionatorio "nei casi più gravi".

Sul versante della attenuazione (fermo restando che, in questi casi, il problema si pone in termini diversi per evidenti ragioni 1 ricollegate al principio del favor rei) si può accennare esemplificativamente alla "speciale tenuità" (62 c.p., n. 4) che aggrava i reati contro il patrimonio; alla "particolare tenuità" per il reato di ricettazione (art. 648 c.p., comma 2); alla stessa ipotesi attenuata della "lieve entità" prevista dal D.P.R. n. 309, art. 73, comma 5 del 1990 proprio in tema di reati concernenti le sostanze stupefacenti.

In tutte queste ipotesi mai si è dubitato della determinatezza delle fattispecie e la giurisprudenza ha elaborato parametri e criteri idonei a rendere concrete le fattispecie attenuate o aggravate in base a giudizi di valore che competono ai giudici di merito ma secondo criteri la cui logicità viene poi definitivamente vagliata dal giudice di legittimità che non potrebbe, per quanto si è detto, stabilire, per es., che danno di rilevante gravità, in un reato che offende il patrimonio, è quello che supera i 100.000,00 Euro (e neppure affermare che si ha speciale tenuità del danno quando non supera, per es., i 100,00 Euro).

9) Ma v'è un altro aspetto da considerare.

La più volte ricordata sentenza *Mtumwa* non ha eluso il tema che assume, all'interno della problematica in questione, la percentuale di principio attivo presente nella sostanza stupefacente e l'ha risolto nel senso che i dati ponderali indicati, perché possa ritenersi realizzata l'aggravante (2 chili o 50 chili), vanno intesi con riferimento ai valori "medi" di presenza di principio attivo (con la conseguenza, non esplicitata ma necessaria, che ad una minore percentuale di principio attivo corrisponde un innalzamento della soglia ponderale per ravvisare l'aggravante; e viceversa). Ma chi stabilisce quali sono i valori medi? E questi valori vanno individuati con riferimento alla droga importata, alle transazioni intermedie o a quella che acquista il consumatore finale? Non è compito del giudice di legittimità formulare massime di esperienza ma è una constatazione rilevabile dalle migliaia di casi relativi a traffici di sostanze stupefacenti che pervengono alla Corte di cassazione che le percentuali di principio attivo variano da valori irrisori (anche inferiori all'1%) a valori superiori al 90%. È possibile, in una realtà così varia, stabilire un valore medio del principio attivo? E non può omettersi di considerare ulteriormente che - anche per quelle sostanze che hanno un valore di principio attivo maggiormente stabile (perché inidonee ad essere tagliate), quali i derivati dalla cannabis indica - negli ultimi decenni si è assistito ad una elevazione dei valori medi a seguito di mutamenti genetici operati sulle piante dai produttori. Si aggiunga che, nella logica introdotta dalla sesta sezione (lo si ripete, condivisibile nelle sue finalità) andrebbe individuata, per coerenza sistematica, una soglia per l'aggravante anche per le altre sostanze stupefacenti, in particolare per quelle maggiormente diffuse (per es.: quante pastiglie di ecstasy sono necessarie per configurare l'aggravante in questione?).

Conclusivamente ritiene questo collegio che i criteri individuati dalla sentenza *Primavera* (oggettiva eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale; grave pericolo per la salute pubblica;

possibilità di soddisfare le richieste di numerosissimi consumatori) vadano confermati e che la valutazione conseguente sia riservata al giudice di merito.

10) La sentenza impugnata si è attenuta a questi criteri e, condividendo la valutazione espressa dal giudice di primo grado, ha posto in evidenza l'assai significativo dato ponderale di sostanza stupefacente (detenzione di oltre kg. 10,291 di hascish), il rilevante pericolo per la salute pubblica che lo smercio di un tale quantitativo comportava, l'elevatissimo numero di consumatori che avrebbero potuto usufruire dell'acquisto di un tale quantitativo di sostanza (idoneo al confezionamento di oltre 34.000 dosi medie giornaliere).

Trattasi di apprezzamento che, in quanto congruamente e logicamente motivato, si sottrae al vaglio di legittimità essendo rispettoso dei criteri indicati dalle sezioni unite.

11) Alle considerazioni in precedenza svolte consegue il rigetto del ricorso con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

la Corte Suprema di Cassazione, Sezione 4^a penale, rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Così deciso in Roma, il 1 febbraio 2011.

Depositato in Cancelleria il 11 marzo 2011