



Catanzaro Lido
6 ottobre 2021

**LE PRINCIPALI QUESTIONI PRATICHE INTORNO AL DELITTO DI CUI
ALL'ART. 73 DPR 309/1990.**

dott. Antonio BALDASSARRE

Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli

**ACQUIRENTI DELLO STUPEFACENTE SENTITI DALLA PG
NELL'IMMEDIATEZZA**

La prospettiva del codice è che devono essere date le garanzie degli artt. 63 e ss c.p.p. come sappiamo non solo all'imputato ma anche all'indagato e, per giurisprudenza pacifica accanto a quest'ultimo anche al cd. indagabile, vale a dire al soggetto nei confronti del quale al momento della sua escussione siano sorti dei sospetti di reità che ne imporrebbero, secondo la prospettiva che hanno in quel momento gli inquirenti, l'iscrizione nel registro degli indagati

Non ci sono dubbi che colui che sia stato visto chiaramente nelle vesti di acquirente per un'attività di piccolo spaccio, non debba ricevere alcun avvertimento e non sia indagabile, poiché quando è evidente che egli sia un tossicodipendente e comunque mero cessionario dello stupefacente, la sua condotta integra unicamente profili di responsabilità amministrativa ex art. 75 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, dunque non vi sono indizi in ordine alla sua responsabilità penale per un determinato fatto e non è ipotizzabile alcuna iscrizione (così Cass. pen. Sez. IV Ord., 30/11/2005, n. 9310 e numerose altre)

Il problema si pone quando il PM abbia ritenuto di iscrivere entrambi; questo può avvenire per varie ragioni: per un mero scrupolo, per sottoporre la sua valutazione al GIP con l'archiviazione di colui che è stato ritenuto un mero cessionario, oppure perché la situazione sia effettivamente complessa e dunque sia stata necessaria una riflessione e una valutazione specifica per individuare tra le persone avvistate dalla

PG, intente a una cessione di stupefacente, quale di esse sia lo spacciatore e quale l'acquirente

Spesso, come è noto, si ricorre a massime di esperienza o a valutazioni empiriche, il più delle volte corrette, ma ci possono essere degli equivoci o per via della distanza da cui gli operanti hanno assistito alla scena, oppure ad esempio con alcune categorie di soggetti come gli stranieri, specie di alcune etnie, che molto spesso sono destinati al piccolo spaccio su strada, oppure i giovanissimi che sovente sono acquirenti, ma l'una e l'altra massima di esperienza non possono essere certo assurte a regola.

Ebbene il problema in questo caso sorge perché il soggetto che secondo l'ipotesi accusatoria è un mero testimone, dunque sentito a s.i.t. ex art. 351 c.p.p. nella fase delle indagini, come persona informata sui fatti, processualmente si viene a trovare invece nella diversa veste di indagato (o per così dire indagabile) per il medesimo reato (dunque si rientra nei casi di connessione di cui alla lett. A) dell'art. 12 c.p.p.). Di conseguenza tale soggetto andrà sentito al dibattimento ai sensi dell'art. 210 c.p.p. Il mancato rispetto dell'art. 210 costituisce una causa di nullità della deposizione, che non è utilizzabile nei confronti dell'indagato che ha diritto a che le dichiarazioni di chi lo accusa siano state precedute dalla consapevolezza di questi di potersi astenere dal deporre.

Sappiamo che una parte della giurisprudenza, per altro, poneva questa situazione patologica come una inutilizzabilità o una nullità a regime intermedio, dunque da eccepire dalla difesa al momento del compimento dell'atto (nel caso del dibattimento) o nella prima occasione utile (dunque in occasione della comparizione innanzi al giudice in sede cautelare o di abbreviato), ma il dato è stato superato da Cass. pen. Sez. Unite, 26/03/2015, n. 33583 Lo Presti e altri che nega si tratti di una nullità a regime intermedio da rilevare in quella sede soltanto.

La pronuncia vale principalmente per il caso della connessione ai sensi della lett. c) dell'art. 12 ma francamente in un caso come quello che stiamo ipotizzando va senza dubbio escluso che si tratti di reati commessi in occasione l'uno dell'altro.

Per altro questa locuzione non fa più parte dell'art 12 lett c) c.p.p. ma rientra nel disposto dell'art. 371 comma 2 lett b) c.p.p., che è assoggettato alla stessa disciplina. In ogni caso il principio è che *"in sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210 c.p.p., comma 6, di imputato di reato connesso ex art. 12 c.p.p., comma 1, lett. c), o collegato ex art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b), l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), deve essere dato non solo se il soggetto non ha reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato (come testualmente prevede l'art. 210, comma 6), ma anche se egli abbia già deposto erga alios senza aver ricevuto tale avvertimento"*.

"In sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210 c.p.p., comma 6, di un imputato di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c), o collegato ex art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b), a quello per cui si procede, il mancato avvertimento di cui all'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c), determina la inutilizzabilità della deposizione testimoniale".

V'è un'altra importante conseguenza, che tenderemmo talvolta a trascurare, ma che invece è ineludibile in questi casi: se la deposizione del soggetto individuato come acquirente viene resa nelle forme dell'art. 210 c.p.p. essa deve essere valutata secondo la regola dell'art. 191 comma 3 c.p.p., quindi ci vogliono *"altri elementi che ne confermano l'attendibilità"*

Questo significa che se la PG ha assistito allo scambio, sia pur da lontano ma ha comunque individuato dei soggetti e dei movimenti (abbigliamento, fattezze fisiche, veicoli, provenienza) e questi dati si incrociano e coincidono con la deposizione dell'acquirente, allora si potrà giungere a una affermazione di responsabilità; quando invece la PG può riferire genericamente solo del contesto, ma lo spaccio è avvenuto in un luogo non visibile dagli operanti e non ci sono altri elementi individualizzanti a riscontro della deposizione del nostro "indagabile", ; a ben guardare il discorso diviene o può divenire più problematico, per l'assenza di riscontri individualizzanti effettivi.

Pensate al caso degli acquirenti che sono stati fermati e controllati ad una certa distanza dalla piazza di spaccio e rinvenuti in possesso di un quantitativo non esiguo, che magari gli stessi riescano a dimostrare che fosse destinato a consumo di gruppo o costituisse una scorta personale di un tossicomane facoltoso, etc. Nel caso in cui questi siano stati a suo tempo denunciati dalla PG per art. 73 DPR 309/1990 , o comunque iscritti dal PM per tale reato e poi la loro posizione sia stata archiviata, opera la disciplina dell'art. 197 bis c.p.p., dunque per sentirli come testimoni deve essere stata pronunciata nei loro confronti sentenza irrevocabile. In ogni caso – e soprattutto - il comma 6 dell'art. 197 bis rimanda al regime dell'art. 192 comma 3 c.p.p., dunque per le deposizioni di costoro c'è bisogno di riscontri.

Art 74 DPR 309/1990 E ACQUIRENTI STABILI A LORO VOLTA SPACCIATORI

Possono essere considerati appartenenti all'associazione?

La questione degli acquirenti e della loro posizione ha un rilievo non solo processuale, ma può venire in rilievo con un'applicazione interessante anche dal punto di vista delle imputazioni, in particolare nei processi per associazione finalizzata al narcotraffico, art. 74 DPR 309/1990, quando ci si occupa di soggetti che sono dediti al commercio all'ingrosso e sono dunque fornitori stabili di altri soggetti che praticano un piccolo spaccio. Se per i primi spesso si configura senza problemi il reato associativo, più delicata invece è la questione degli acquirenti da costoro che siano poi a loro volta spacciatori

In questi casi può venire in rilievo la posizione di questi soggetti cui sia contestata la condizione di membri dell'associazione di cui fanno parte i primi.

Se ne è occupata tra le altre di recente la Cass. Sez. 5, n. 33139 del 28/09/2020 depositata il 25/11/2020, per la quale *“integra la condotta di partecipazione ad un'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti il costante e continuo approvvigionamento di sostanze di cui il sodalizio fa traffico, tale da determinare uno stabile affidamento del gruppo sulla disponibilità all'acquisto, mediante la costituzione di un vincolo reciproco durevole che supera la soglia del rapporto sinallagmatico contrattuale*

Negli stessi termini quale anno prima Cass. Sez. I, n. 30233 del 15/01/2016, che ha ritenuto che la partecipazione all'associazione non sia esclusa dal fatto che l'indagato, pur di continuare a spacciare, fosse stato in quel caso addirittura “costretto” a rifornirsi costantemente di droga dal sodalizio criminale.

In altre parole, può essere considerato membro dell'associazione lo spacciatore che si rifornisce stabilmente da dei grossisti, magari con cadenze fisse, oppure con il ricorso a modalità predeterminate, senza bisogno di contrattare ogni volta, il quale dunque sa di poter contare stabilmente e per un numero indeterminato di occasioni su quei fornitori, i quali a loro volta sono consapevoli che il primo si presenterà a cadenze regolari e richiederà quel certo quantitativo di stupefacenti, così che continui sul suo apporto e sugli introiti economici che egli assicura.

Come si vede, ricorrono tutti gli elementi essenziali, indefettibili per configurare l'associazione e la partecipazione ad essa anche del nostro ipotetico pusher di strada. Il discorso è perfettamente coerente con la natura dell'associazione come reato di pericolo, ovvero che punisce il sol fatto del maggior rischio rappresentato

dall'esistenza di un'organizzazione stabile, pronta alla commissione di un numero indeterminato di delitti, sol che se ne verifichino l'occasione o le circostanze.

A questo proposito è bene fare attenzione a un dato, che è per molti versi ovvio, ma può sfuggire in casi come questi: l'associazione per delinquere in genere e quella dedicata al traffico di stupefacenti allo stesso modo non è una società, sia pure a causa illecita e non ne mutua lo schema, almeno non necessariamente: per il reato associativo infatti non è necessaria né una cassa comune, che pure spesso costituisce uno dei requisiti sintomatici, né una comunanza di affari, né che gli associati siano dalla stessa parte dal punto di vista commerciale.

È ben possibile che essi siano partner in affari, ma anche su posizioni contrapposte dal punto di vista economico

La giurisprudenza infatti ha sottolineato che la caratteristica essenziale dell'associazione dedicata al commercio di stupefacenti è ancor più che per le altri tipi di associazioni, l'esistenza di un patto stabile, duraturo, volto alla commissione di un numero indeterminato di delitti, senza che assumano necessariamente rilievo quegli altri elementi sintomatici, che pure possono ricorrere, che sono tipici dei reati associativi

Il commercio di stupefacenti infatti, molto spesso non ha bisogno di mezzi o strumenti a ciò dedicati; può contare su una sede fissa e stabile, ma ben può non esserci; può essere presente una cassa o un capitale comune, ma non sono infrequenti i casi di commerci, anche ingenti, che vengano compiuti mediante la raccolta di quote (le cd “*puntate*”, come le chiamano a Napoli), che costituiscono delle sorte di carati di un determinato affare, cioè l'investimento di una quota per l'acquisto di stupefacente magari dall'estero; tale acquisto produrrà un profitto al momento dell'importazione e della vendita, che sarà ripartito in percentuale corrispondente al valore delle singole quote investite.

Come si vede in casi del genere non c'è nessun elemento materiale preesistente e immanente alla commissione di singoli reati, ma ben può esserci un accordo duraturo e stabile, volto alla commissione di un numero indeterminato di importazioni, nel nostro esempio, che verranno compiute con la semplice attività materiale della colletta del denaro, spesso senza bisogno di alcuna pattuizione specifica, senza necessità che i vari finanziatori organizzino o concordino con gli organizzatori le modalità delle singole operazioni. Queste singole operazioni saranno compiute di volta in volta, al ricorrerne dei presupposti, senza bisogno di nessun accordo o pattuizioni, così che i singoli reati fine saranno una sorta di contratto *per facta concludentia*...

ART 74 E ASSOCIAZIONE “ORIZZONTALE”

In quest’ottica e in applicazione degli stessi ragionamenti, si evidenzia un’ulteriore conseguenza che discende dalla peculiare natura dell’associazione dedita al traffico di stupefacenti, per la quale non è necessario che ci sia una struttura verticistica e in ipotesi possono anche non esserci capi o promotori.

Tra le altre segnalo Cass. Sez. 3, sentenza n. 9457 del 6/11/2015, oppure – più risalente, ma non superata – Cass. Sez. 6, sentenza n. 25454 del 13/2/2009 (Mammoliti e altri), per la quale è necessario che gli associati o i compartecipi siano dotati di un’organizzazione idonea a realizzare in modo permanente il programma delinquenziale, anche senza bisogno di una o più figure in posizione di supremazia criminale sugli altri associati

ART. 73 COMMA 6 E ART 74 DPR 309/1990

Talvolta viene in rilievo la questione , generalmente posta dalle difese, se l’associazione contestata non vada invece riqualificata semplicemente come una aggravante dei singoli reati scopo, ai sensi dell’art. 73 comma 6, che è relativa al caso in cui i fatti di spaccio siano commessi da tre o più persone.

Naturalmente vengono in rilievo in questo caso i temi peculiari del reato associativo e non c’è bisogno di soffermarsi.

Oltre alla questione, frequentemente eccepita dalle difese, che non si sia in presenza dell’associazione ma solo dell’aggravante dell’art. 73 comma 3 DPR 309/1990, viene talvolta in rilievo una questione per certi versi opposta, ovvero se si possa configurare l’aggravante dell’art. 73 comma 6, d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, riferita ai cd. reati fine, laddove la stessa sia stata contestata in capo ai soggetti responsabili anche dell’associazione di cui all’art. 74, di cui i primi reati siano esplicazione.

Infatti viene talvolta posta l’obiezione che si tratterebbe di una inammissibile duplicazione.

Sul punto s’è pronunciata la sentenza della sez. 3 della Cassazione, n. 38009 del 10/5/2019 (imputato: Assisi Pasquale Michael), che provvedendo su questo aspetto ha espressamente riconosciuto che *«l’aggravante del concorso di tre o più persone, prevista dall’art. 73, comma 6, d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si configura anche per i reati fine consumati da appartenenti ad un’associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, nonostante la contestuale responsabilità per la partecipazione all’associazione»*.

Non v'è dubbio, infatti, che pur se in qualche caso i fatti possano essere assimilabili, gli stessi non sono sovrapponibili né per quanto concerne le singole specifiche vicende, né per quanto riguarda gli interessi tutelati, poiché come è noto l'associazione è un reato di pericolo, che si fa carico del rischio in sé che più persone si organizzino stabilmente e in via continuativa per porre in essere traffici di droga, mentre l'aggravante del comma 6 dell'articolo 73 si riferisce alla accresciuta gravità di una vicenda che abbia coinvolto più soggetti nella singola operazione.

IMPORTAZIONE DELLO STUPEFACENTE IN ITALIA – COMPETENZA PER TERRITORIO

Si tratta di un argomento su cui s'è pronunciata la Cass. Sez. 6, con la sentenza n. 46249 del 7 ottobre 2016 depositata il 3 novembre successivo, secondo cui *«in tema di importazione di sostanze stupefacenti, qualora il reato venga realizzato attraverso la consumazione di più condotte, alcune delle quali poste in essere all'estero, la competenza territoriale deve essere stabilita con riguardo al luogo in cui è stata compiuta la prima delle condotte commesse sul territorio nazionale. (Fattispecie in cui è stata ritenuta la competenza del giudice del luogo in cui l'imputato aveva posto in essere la condotta di organizzazione dell'acquisto dello stupefacente)»*.

Per questo motivo non sarà il luogo in cui è avvenuto l'ingresso in Italia della droga, dunque a seconda dei casi innanzi a quei Tribunali e quelle Procure che si trovano in prossimità delle frontiere, oppure dove ci sono i porti in cui sbarca lo stupefacente etc. (si pensi qui al porto di Gioia Tauro, ad esempio) perché quello così individuato a ben guardare costituisce solo il luogo dove s'era verificata in realtà soltanto l'ultima parte della condotta.

Se infatti l'importazione costituisce una condotta permanente, o comunque a consumazione prolungata, evidentemente a norma dell'art. 8 comma 3 c.p.p. si deve guardare al luogo in cui ha avuto inizio la condotta (che in caso dell'importazione può essere quello in cui è stato raccolto il denaro, oppure in cui stata organizzata la spedizione, quello in cui è stato rinvenuto il cedente etc. eventualmente potrebbe essere un luogo posto all'estero,) mentre il criterio dell'art. 9 comma 1 c.p.p., quello dell'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione è un criterio suppletivo, come è noto, a cui si ricorre solo se non sono noti o possibili quelli previsti dall'art. 8

AGGRAVANTE DELLA TRANSANZIONALITA'

quando ricorre?

In tema di importazione di stupefacenti dall'estero può contestarsi l'aggravante della transnazionalità.

La legge 16 marzo 2006, n. 146 ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2001 .

L'art. 3 contiene la nozione di reato transnazionale

Art. 3.

Definizione di reato transnazionale

“ 1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

a) sia commesso in piu' di uno Stato;

b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;

c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in piu' di uno Stato;

d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.”

e l'art. 4 conteneva la previsione dell'aggravante, che ora è transitata nell'art. 61 bis c.p.

“Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. Si applica altresì il secondo comma dell'articolo 416 bis 1”.

L'art 3 della legge 146 del 2006 è interpretato dalla Cassazione nel senso che può configurarsi un reato transnazionale laddove concorrano i seguenti elementi: oltre alla gravità del reato (per il quale deve essere prevista una pena non inferiore ai quattro anni), è necessario che in esso sia coinvolto un gruppo criminale organizzato e che la sua commissione sia avvenuta in più di uno Stato o con una significativa porzione della sua preparazione e pianificazione oppure della sua direzione verificate in un altro Stato.

Ancora è possibile parlarsi di reato transnazionale quando alla commissione in uno Stato faccia riscontro un gruppo criminale organizzato che sia impegnato nella commissione di delitti in più di uno Stato; oppure quando alla commissione in uno Stato conseguano effetti sostanziali in altro Stato.

È noto, inoltre, che a norma dell'art 4, la circostanza aggravante in parola si configura soltanto quando tra gli elementi alternativi rilevanti ai fini della definizione della transnazionalità, di cui sopra, ricorra quello del contributo di un gruppo criminale organizzato, impegnato in attività delittuose in più di uno Stato.

Si tratta di tutti temi e presupposti che possono esser dati per assodati.

Il punto problematico, evidentemente, attiene alla configurabilità della circostanza aggravante in parola con riferimento al reato associativo.

Sul punto è illuminante la lettura fornita dalla Cassazione a Sez. Unite con la sentenza n. 18374 del 31/1/2013, imputato Adami, per la quale *«la speciale aggravante della transnazionalità, prevista dall'art. 4 della l. n. 146 del 2006, è applicabile al reato associativo, sempreché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione a delinquere»*.

In altre parole, mentre la circostanza aggravante in parola può ben applicarsi ai reati-fine che siano stati commessi dai membri di un'associazione per delinquere (cfr. da ultimo in tal senso Cass. sez. 3, sentenza n. 38009 del 10/05/2019 e altre precedenti in termini), per quanto concerne il reato associativo, invece, l'aggravante della transnazionalità può trovare applicazione soltanto nel caso in cui non ricorrano elementi di totale "immedesimazione" fra il gruppo criminale organizzato operante in più di uno Stato (che integra l'aggravante) e la associazione per delinquere che costituisce il reato base (cfr. per tutte in questi sensi Cass. Sez. 3, sentenza n. 2458 del 02/12/2014)

È necessario cioè che ricorrano due distinte realtà organizzative: un gruppo organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, che abbia dato a sua volta un contributo alla commissione del reato associativo a sua volta formatasi ed operante in ambito nazionale e abbiano dunque reso quest'ultimo più pericoloso e per questo più grave.

Non ricorre invece la circostanza aggravante in parola in quelle ipotesi in cui il gruppo organizzato sia esso stesso l'associazione per delinquere, poiché – del resto – il principio generale posto dall'art 61 del codice penale è che le circostanze positivamente previste non possano aggravare il reato quando ne sono elementi costitutivi.

PROCESSI DI CD “DROGA PARLATA”

QUALIFICAZIONE DELLA SOSTANZA (C. 1 o 4 o 5 ?)

Si tratta di argomenti assolutamente consolidati nell'esperienza giudiziaria e che hanno trovato reiterati riconoscimenti nella giurisprudenza, che usa fare riferimento a un'espressione gergale per tale tipo di procedimenti, definiti “droga parlata”, intendendosi come tali tutte quelle indagini e i conseguenti processi in cui lo strumento delle intercettazioni ha costituito la principale fonte di prova (per una recente applicazione si veda per tutte Cass. Sez. 4, n. 21377 del 9/7/2020).

A questo proposito è pacifico nella giurisprudenza della Cassazione che la consumazione di delitti di detenzione a fine di spaccio, cessione e traffico di sostanze stupefacenti, non richiede necessariamente che vi siano stati il sequestro e il rinvenimento materiale della sostanza, tutte le volte in cui vi siano altre fonti di prova esplicite e non controvertibili, tra cui appunto le intercettazioni, laddove una loro lettura congiunta e i termini adoperati dagli interlocutori dimostrino inequivocabilmente che si tratti appunto di stupefacenti.

Così come è ben possibile - sempre secondo arresti consolidati della Cassazione che sarebbe superfluo e inutilmente didascalico riportare in questa sede – che, laddove si sia in presenza di attività sistematiche e continuative di cessione di sostanze stupefacenti per periodi di tempo apprezzabili, la dimostrazione specifica e riscontrata di alcune cessioni soltanto potrà avere portata generale anche per quei casi identici che non sono riscontrati da analoghi accertamenti, o sequestri, ma siano comunque omogenei, coinvolgano i medesimi soggetti, si caratterizzino per le stesse modalità operative e gli stessi contesti spaziali e temporali e siano tra loro in continuità cronologica.

Il problema può porsi per l'identificazione delle sostanze, laddove non vi siano stati rinvenimenti.

Vi è un orientamento prudente in questi casi, sicuramente condivisibile, per il quale in mancanza di indicazioni precise sulla sostanza spacciata, i fatti vanno qualificati come rientranti nel comma 4, droghe leggere, marijuana o hashish

È un discorso sicuramente corretto, in applicazione del principio della norma più favorevole al reo e su questo c'è poco da dire.

Ne parliamo tuttavia perché talvolta questo orientamento prudente rischia di costituire la contraddizione di tutta l'impalcatura della accusa, basata sull'interpretazione delle intercettazioni.

In altre parole si può optare per il comma 4 quando è certo che gli stessi spacciatori commerciassero nello stesso posto e con le stesse modalità sia droghe leggere che pesanti, per via dei precedenti rinvenimenti o dei sequestri operati.

Ma se questi ultimi non vi sono stati e tutto si basa sulla prova logica e sull'interpretazione delle intercettazioni, la prova logica deve spingersi anche a delle riflessioni più accorte sui termini adoperati (mi è capitato di leggere che il PM avesse contestato il comma 4 quando in una ambientale si parlava di cilindretti, che sono adoperati per la confezione della cocaina e non invece per l'hashish che è venduto in panetti o stecchette rigidi, né per la marijuana che invece viene confezionata in bustine o in pacchetti) oppure sulle abitudini degli acquirenti o dei venditori (se un tale ha sempre spacciato cocaina, ad esempio, può ben darsi che venda anche dell'hashish, o viceversa, ma nelle intercettazioni dovremo avere qualche espressione tipo "stavolta mi serve", "avresti?" e l'altro: "devo vedere", oppure "certo, ce l'ho!", insomma qualcosa che dimostri il cambio di oggetto per quella transazione o quell'ordinativo)

Si tratta di argomenti banali, ma che hanno un valore molto forte nell'ambito della costruzione della prova logica, che è alla base dei processi di droga parlata, che altrimenti si rischia di portare avanti in maniera un po' tralaticia e svuotandola di significato

AGGRAVANTE ART. 80 COMMA 2 QUANTITÀ INGENTE

Sempre a proposito dei processi di droga parlata si può porre il problema dell'aggravante dell'art. 80 comma 2 DPR 309/1990 della quantità ingente di stupefacenti.

Non è il caso di indugiare sulla questione della nozione di quantità ingente, così come la giurisprudenza si è sforzata di definirla, ma la questione va declinata con riferimento ai processi di droga parlata.

Nella indagini (generalmente distrettuali) su commerci seriali di giurisprudenza e dunque su associazioni ex art. 74 condotte con le intercettazioni, capita che la PG segue dei flussi anche consistenti di stupefacenti che vengono trasportati o importati con autocarri o navi, nascondendo lo stupefacente all'interno dei carichi di frutta, nei mobili, nei fusti delle piante e così via.

Dalle intercettazioni si comprende che si è trattato di carichi importanti, ma può accadere che gli stessi non vengano individuati e sequestrati in tempo (magari perché la comprensione adeguata delle intercettazioni avviene in un momento successivo al

compimento del carico, oppure una chiave di lettura venga fornita solo in un momento successivo da un collaboratore etc.), anche se il più delle volte, naturalmente, le forze dell'ordine per molte ragioni non si lasciano sfuggire queste occasioni per dar corso a dei sequestri ingenti.

In questi casi normalmente avremo un controllo apparentemente casuale, un arresto del vettore e un processo nei confronti di quest'ultimo, che è sganciato rispetto all'indagine a monte che aveva condotto con le intercettazioni a scoprire il carico in transito o in arrivo in un determinato luogo.

Per l'indagine di "droga parlata" naturalmente tutto ciò costituisce un riscontro importantissimo, come tutti sappiamo.

Incidentalmente non possiamo non commentare con sorpresa come dalle intercettazioni si apprende spesso che ci sono ancora trafficanti e spacciatori che in questi casi pensano di essere stati sfortunati o che ci sia tra i loro un confidente delle forze dell'ordine che abbia tradito e fatto la spia e non comprendono come tutto dipenda da delle banali e frequentissime intercettazioni!

In ogni caso, tanto che vi sia stato quanto non ci sia stato il sequestro della sostanza, può verificarsi che nel procedimento iniziale, basato sulle intercettazioni, non vi siano riscontri specifici sull'entità dello stupefacente trasportato in occasione di quei carichi, sul conto dei quali le intercettazioni hanno dato elementi logici inoppugnabili (accordi con il camionista, espressioni inequivocabili sull'odore della marijuana, istruzioni su come e dove ritirare o consegnare il carico, staffette, conti, prezzi etc.) Può darsi il caso - e capita sovente - volte che, pur se sia stato eseguito il sequestro che funga da riscontro e acquisito il verbale di sequestro e magari anche quello di arresto del vettore, l'indagine di fondo non si sia preoccupata di verificare gli sviluppi di quella scaturita dall'arresto in flagranza, spesso condotta da un'altra Procura e in un circondario diverso.

Così avremo che nel processo scaturito dal sequestro potrebbe esservi stata una CTU o una perizia per determinare il principio attivo e il numero di dosi ricavabili e dunque si sia giunti a una conclusione sull'aggravante dell'ingente quantità (ma può anche darsi che il PM non si sia posto il problema di contestarla e la difesa si sia guardata bene da sollecitare una perizia), mentre nell'indagine madre il dato potrebbe essere stato ignorato o non acquisito.

A questo punto nel processo dell'indagine madre non sarà più possibile disporre alcuna perizia, perché la sostanza non è stata sequestrata in quel procedimento e non potrebbe esserlo, pena altrimenti fare scoprire tutta l'indagine (il PM che conduce l'indagine dovrebbe acquisire dal suo omologo del processo per il singolo riscontro la perizia o la sentenza, ma diamo il caso che questo non sia accaduto).

Si pone dunque il problema su se sia possibile configurare l'ingente quantitativo senza una perizia.

In realtà la risposta sta in un'attenta lettura della giurisprudenza che a partire dalla nota sentenza n. 36258 del 24/5/2012 delle Sezioni Unite, imputato Biondi, punto di partenza a riguardo, la quale individuò dei multipli in relazione al valore - soglia, determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, a suo tempo vigente, come è noto poi travolto dalla pronuncia di illegittimità costituzionale operata con la nota sentenza della Consulta n. 32 del 25/2/2014.

La sentenza Biondi, come sappiamo, si sforzava di fissare dei parametri di fondo, individuando dei quantitativi al di sotto dei quali non si poteva configurare l'art. 80 DPR 309/1990, ma non diceva affatto e non avrebbe potuto farlo, che erano indispensabili quei quantitativi accertati.

È evidente che l'intento di fondo della sentenza Biondi era quello di fare ordine e di porre una sorta di calmiera a fronte di contestazioni dell'art. 80 quanto mai eterogenee, con eccessi in ogni senso

Sono seguite una serie di pronunce di legittimità che rilevano per il nostro tema specifico, tra cui si segnala Cass. Sez. 4, n. 34255 del 15/07/2014, la quale, fermi restando gli assunti della sentenza Biondi espressamente affermava che *«al fine di verificare la configurabilità della circostanza aggravante prevista dall'art. 80, comma secondo, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 non è essenziale il ricorso alla determinazione peritale ove da altre fonti probatorie sia possibile evincere che il principio attivo sia superiore a duemila volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando tale quantità sia superata»*. In quel caso, applicando questo principio la Corte di Cassazione ha ritenuto correttamente ravvisata da parte del giudice di merito l'aggravante di cui al citato art. 80, avuto riguardo al relevantissimo quantitativo di eroina che era al centro di quel processo, da cui erano certamente ricavabili un numero di dosi elevatissimo, superiore a 60.000.

Ancora, assume rilievo concreto nel caso di specie come criterio guida per l'individuazione dell'aggravante in parola, la sentenza della Sez. 6 della Cassazione n. 36209 del 13/07/2017 (imputato Trifu e altri), che ha affrontato la questione della configurabilità dell'aggravante dell'ingente quantità con riferimento alle sostanze del tipo hashish e alla corretta individuazione dei criteri discretivi, per armonizzare e rendere omogeneo il principio affermato dalle Sezioni Unite penali con la sentenza Biondi di cui sopra (n. 36258 del 2012) rispetto agli effetti conseguiti dalla

dichiarazione di illegittimità costituzionale citata e alla conseguente caducazione del d.m. 4 agosto 2006, in relazione al valore soglia di sostanza detenibile.

Senza necessità di riportare tutti i passaggi e indicare le tabelle citate, la conseguenza è stata che il multiplo del valore - soglia, al ricorrere del quale può sussistere l'aggravante della ingente quantità di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, in rapporto al principio attivo, non può essere inferiore a 4000 volte (e non 2000) il valore – soglia stesso, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata.

Un nuovo passaggio giurisprudenziale, di cui s'era occupata la sentenza della Sez. 4, n. 55014 del 15/11/2017, era conseguito a alla reintroduzione ad opera del d.l. n. 36 del 2014 del concetto di quantità massima detenibile, ribadendo la persistente validità del rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo detenibile per definire l'aggravante dell'ingente quantità.

Il tema è stato ripreso e definito da ultimo, con ampia portata nomofilattica e soluzione dei conflitti giurisprudenza, dalle Sezioni Unite, con la nota sentenza n. 14722 del 30/1/2020 (imputato Polito), la quale – in sintesi – ha confermato la configurabilità dei criteri di determinazione espressi dalle Sezioni Unite con la sentenza Biondi anche a seguito delle modifiche ex d.l. 36 del 2014, esprimendo il seguente principio di diritto: *«In tema di stupefacenti, per l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità, continuano ad essere validi, anche successivamente alla riforma operata dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi. (In applicazione dei predetti criteri la Corte ha precisato che, con riferimento alle c.d. droghe leggere, l'aggravante non è di norma ravvisabile quando la quantità di principio attivo è inferiore a 2 chilogrammi di principio attivo pari a 4000 volte il valore - soglia di 500 milligrammi)»*.

Nel quadro giurisprudenziale così delineato si colloca dunque il nostro tema, della determinazione del quantitativo di sostanza stupefacente detenuto e trattato dagli imputati in quei casi in cui non vi sia stata una perizia tecnica sulla sostanza in sequestro, che abbia consentito di determinare il peso e la concentrazione di principio attivo.

Il tema è particolarmente importante nei cosiddetti processi di “droga parlata”, in cui il traffico di sostanze stupefacenti è stato accertato mediante intercettazioni telefoniche e ambientali, eventualmente anche senza che siano stati compiuti sequestri.

Sul punto, è bene tenere presente una recente, esaustiva e condivisibile sentenza della sez. 4 della Cassazione, n. 21377 del 9/7/2020 (imputato: Alicandri Ruben), la quale ha affermato che *«in tema di traffico di sostanze stupefacenti, accertato esclusivamente mediante intercettazioni telefoniche ed ambientali (c.d. droga parlata), il giudice può comunque ritenere la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità allorché, sulla base del complessivo compendio probatorio, emerga che tale traffico ha raggiunto la "soglia minima", ravvisabile quando la quantità risulti pari a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, pur dovendo tale valutazione essere compiuta con particolare attenzione e rigore»*.

Negli stessi termini, tra le altre, si era pronunciata anche Cass. Sez. 3, Sentenza n. 42827 del 4/5/2016. È del resto pacifico in giurisprudenza che *«in tema di stupefacenti, il giudice non è tenuto a procedere a perizia o ad accertamento tecnico per stabilire la qualità e la quantità del principio attivo di una sostanza drogante, in quanto può attingere tale conoscenza anche da altre fonti di prova acquisite agli atti, fermo restando il rigoroso rispetto dell'obbligo di motivazione»* (in questi termini, per una recente applicazione Cass. Sez. 3, n. 15137 del 15/2/2019 dep. 8/4/2019). Quindi se le intercettazioni contengono delle espressioni specifiche sul valore della sostanza trasportata venduta al dettaglio, praticando una semplice operazione matematica sulla scorta dei prezzi medi di mercato appartenenti al notorio giudiziario, si potrà giungere a una affermazione sufficientemente prudente, operata mediante un ragionamento rigoroso, che ammetta o escluda l'aggravante.

Si tenga presente che molto spesso abbiamo comunque almeno un verbale di sequestro, in cui è indicato un peso lordo, che in taluni casi sarà così elevato da consentire di riconoscere l'aggravante con una approssimazione sicuramente tranquillizzante, oppure di escluderla con altrettanta prudenza.

Nelle intercettazioni potremo trovare dei dati importanti sul ricavato, sul prezzo pagato, sulla qualità della sostanza acquistata etc. Oppure allo stesso modo se vi siano delle dichiarazioni di un collaboratore, che conosca la rilevanza di quell'affare, etc. Quindi si possono raffrontare i dati conosciuti con quelli che costituiscono i limiti minimi secondo la giurisprudenza di legittimità al di sotto dei quali non può essere ritenuta l'aggravante dell'ingente quantitativo e giungere a una risposta di giustizia sul punto.

Nelle sentenze inoltre ben può farsi riferimento anche a quanto risulta dal notorio giudiziario, per via dei numerosissimi processi in materia di stupefacenti che quotidianamente vengono celebrati nelle aule di giustizia.

Altri parametri di riferimento si hanno ad esempio anche in altro settore dei processi in tema di stupefacenti, ad esempio quello della coltivazione a fini leciti della canapa indiana; viene considerata drogante e dunque illecita una sostanza che presenti superamento della soglia di 0,6% di THC (si veda a riguardo Cass. Sez. 6, n. 4920 del 29/11/2018, relativa a un tema differente, quello dei prodotti ottenuti dalla coltivazione di cannabis sativa), che qui serve perché ci dà un parametro di riferimento certo, per quanto attiene alla plausibile e verosimile concentrazione di Delta 9 THC nella sostanza oggetto della nostra imputazione, della quale in ipotesi conosciamo il peso lordo dal verbale di sequestro

QUESTIONE SPECIFICA SU ART. 80 CO. 1 LETT B – SPACCIO CON MINORI

Ancora in tema di art. 80, ma per una diversa aggravante, si può porre un problema per il caso di attività di detenzione o spaccio in concorso tra un maggiorenne e un minorenni, laddove non vi sia la prova che il primo abbia determinato il minore a spacciare o si sia avvalso di questi.

Si tratta di un tema che non può essere banalizzato concludendo nel senso che sia stato senza dubbio il maggiorenne a determinare il minorenni, perché - specie in alcuni contesti geografici e sociali - può ben darsi il contrario, con minorenni che hanno organizzato attività di spaccio e commerci articolati, oppure che operino quanto meno fianco a fianco con maggiorenni e così via.

A questo proposito c'è un piccolo problema testuale che va segnalato

L'art. 80 D.P.R. 309/1990 al comma 1 lett. B) fa riferimento ai *“casi previsti dai nn. 2), 3) e 4) dell'art. 112 c.p.”*

La norma risale naturalmente al 1990 e non è stata mai rimaneggiata o rivisitata, nemmeno dalla Corte costituzionale sul punto

Ora accade invece che l'art. 112 c.p. è stato modificato nel 2009 al n. 4) che qui rileva:

“4) per chi, fuori del caso previsto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza”.

Se guardiamo bene la norma, infatti, scopriamo che la legge 15 luglio 2009, n. 94, all'art. 3, comma 15, lett. b), ha previsto la modifica del numero in esame, prevedendo l'aggiunta dell'espressione *“o con gli stessi ha partecipato”*

Vi è dunque uno scarto temporale tra l'introduzione dell'una e dell'altra norma, con riferimento dunque alla natura del rinvio contenuto nella lettera b) dell'art. 80. Infatti, la disposizione del codice penale è stata modificata successivamente a quella del testo unico, con la specifica introduzione tra le aggravanti anche dell'essersi avvalso di minori per commettere il fatto; per questo motivo un più risalente orientamento giurisprudenziale sosteneva che il richiamo alle aggravanti in tema di concorso non potesse estendersi all'ipotesi introdotta con la successiva modifica di cui s'è detto. La soluzione oggi adottata dalla giurisprudenza più recente è nel senso che il rinvio di cui all'art. 80 opera, per il principio di dinamicità delle fonti del diritto, un richiamo a tutte le ipotesi contemplate dall'art. 112 n. 4 c.p. nella sua formulazione attuale (così, Cass., Sez. VI, n. 4403/2013), sicchè ben può dirsi che la condotta di chi detenga o spacci stupefacente con un minore sia aggravata in applicazione dell'art. 80 dal semplice concorso con il minore a prescindere dall'induzione o la partecipazione.