

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

TRIBUNALE DI BOLZANO
SEZIONE RIESAME

Procedimento penale a carico di:

LUIGI BARGELLI
&
MARCO GASPARRINI

R.G. 7543/09 N.R. Bolzano
R.G.695/10 G.I.P. Bolzano

** ** *

MOTIVI A SOSTEGNO DELLA RICHIESTA DI RIESAME,
PROPOSTA AI SENSI DELL'ART. 309 C.P.P.,
AVVERSO L'ORDINANZA PRONUNCIATA DAL
G.I.P. PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLZANO
CHE, IN DATA 19 APRILE 2010,
HA DISPOSTO LA MISURA CAUTELARE DELLA CUSTODIA
IN CARCERE.

Ill.mo Sig. Presidente del Tribunale di Bolzano, Sez. Riesame,
lo scrivente Avv. Carlo Alberto Zaina, del foro di Rimini, difensore di
fiducia, di

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

LUIGI BARGELLI
&
MARCO GASPARRINI

a seguito di proposizione di formale richiesta di riesame avverso l'ordinanza pronunciata dal G.I.P. presso il Tribunale di Bolzano, in data 19 Aprile 2010 ed eseguita in data 27 Aprile 2010, con la quale viene applicata nei confronti degli indagati la misura della custodia cautelare in carcere,

INDICA

i seguenti motivi in fatto ed in diritto

**** ** ***

1)
SI DEDUCE LA INSUSSISTENZA DI GRAVI INDIZI DI
COLPEVOLEZZA IN ORDINE AL CAPO DI IMPUTAZIONE A)
CONTESTATO AD ENTRAMBI GLI INDAGATI.

1A)
LE ASSERITE RAGIONI CHE GIUSTIFICHEREBBERO L'EMISSIONE
DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

Al fine di incardinare correttamente il gravame, che si propone con il presente atto, è necessario svolgere una serie di articolate osservazioni, ferma – comunque – la riserva di eventualmente meglio esplicitare i relativi concetti in sede di discussione.

Dalla lettura della ordinanza cautelare impugnata, matura la netta convinzione che il primo giudice non offra affatto né congrua, né appagante, motivazione, di cui, invece, un provvedimento, che pretenda di affrontare e risolvere, con piglio indubbiamente colpevolistico, un complesso tema di diritto, quale quello in questione, dovrebbe necessariamente connotarsi.

Per converso, la ordinanza si risolve in una sintetica ricognizione di fatti e di condotte, corredata da affermazioni apodittiche, assertive e, talora sorprendenti (come nel caso della singolare affermazione che *“la giurisprudenza è ormai pacificamente orientata sulla punibilità della vendita di semi di marijuana”*), circostanze che confermano il maturato convincimento che il giudicante sia incorso in un palese errore prospettico, il quale condiziona pesantemente il giudizio.

Il GIP, infatti, riportandosi alla decisione della Corte di Cassazione del 20 Maggio 2009 n. 23903, [la quale ebbe ad annullare l'ordinanza del Tribunale del Riesame di Ferrara, che aveva a propria volta annullato il decreto di perquisizione e sequestro emesso dalla Procura di Ferrara] recepisce, peraltro del tutto impropriamente, i principi espressi dai supremi giudici.

Il primo giudice, infatti, non tiene conto di quali siano stati i criteri ermeneutici concretamente applicati in sentenza, nonché l'ambito procedimentale che ha portato a tale decisione.

In buona sostanza, va rilevato che la sentenza resa dalla Corte di Cassazione ed evocata dal G.I.P., concerne esclusivamente una delibazione che non involge il merito del processo.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

I principi in essa contenuti, infatti, abbracciano, sostanzialmente, un profilo decisorio assai circoscritto, perchè di natura prettamente procedimentale, quale è quello della legittimità dell'adozione del sequestro preventivo.

La Suprema Corte, con la pronunzia, cui il primo giudice si è integralmente (quanto impropriamente) ispirato, si è, infatti, limitata ad una valutazione – allo stato degli atti – in ordine alla astratta sussumibilità all'interno della previsione dell'art. 82 dpr 309/90 delle condotte di più indagati, per potere giudicare la pertinenza della misura cautelare reale in questione.

Nulla di più.

In questo caso, quindi, a fini decisorii interinali, sono stati utilizzati parametri, che risultano del tutto diversi e distinti da quelli che, invece, il codice di rito, prevede, ai sensi degli artt. 273 e segg., ove si debba pervenire ad una decisione di natura ben differente da quella che concerne una misura reale.

Che, dunque, esista un doppio binario interpretativo è circostanza indubbia, atteso l'incontroso approdo giurisprudenziale, secondo il quale *"....il provvedimento di sequestro preventivo, anche se adottato ai sensi dell'art. 321, comma secondo cod. proc. pen., deve essere adeguatamente motivato in ordine alla sussistenza del presupposto del "fumus commissi delicti", consistente nell'astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato, senza che rilevi la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, richiesta invece per le misure cautelari personali"*.¹

Una ordinanza di custodia cautelare, invece, per massima di esperienza e per previsione normativa, deve presupporre - a pena di nullità - una valutazione affatto differente da quella reale.

1

Cass. pen. Sez. VI Sent., 26-06-2008, n. 36710 (rv. 241511), C.N.R., CED Cassazione, 2008 [conf. Cass. pen. Sez. VI Sent., 14-04-2008, n. 27710 (rv. 240527), Cass. pen. Sez. I Sent., 19-01-2007, n. 15908 (rv. 236430), Cass. pen. Sez. III, 06-04-2005, n. 17439 (rv. 231516), Cass. pen. Sez. I, 16-12-2003, n. 1415 (rv. 226640)]

Studio Legale Associato ZAINA – COGLITORE
patrocinante innanzi alla Corte Suprema di Cassazione ed alle Magistrature Superiori
Via Flaminia, n. 171/b 47900 RIMINI (Italia)
TEL. +390541382086 - TEL/FAX +390541395952

INTERNATIONAL PARTNER
ASSIMAKIS & LAWYERS
Heyden, 3 – 10434 ATENE (Grecia)
TEL. +302108224700 – FAX +302108225891

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

La privazione della libertà personale, che – nella forma della carcerazione – costituisce un sacrificio massimo ed eccezionale rispetto al diritto del singolo cittadino, deve sempre essere fondata su elementi di fatto e diritto, logici o storici, che siano caratterizzati dal requisito della concretezza, cioè, deve fondarsi su elementi indiziari tangibili e concretamente calati nella fattispecie trattata.

La dimostrazione che un fatto si sia concretizzato sul piano naturalistico, che esso sia stato commesso con coscienza e volontà, che esso configuri la violazione di una disposizione di legge con valenza antiggiuridica, che esso è sicuramente attribuibile all'imputato, costituisce l'in sé della prova.

E', dunque, evidente che il percorso deliberativo operato dal primo giudice nel caso di specie, ispirato solo a canoni di astratta, pregiudiziale e potenziale compatibilità tra fatto e norma, peraltro, per nulla armonizzabili con le regole di giudizio che devono venire utilizzate per la decisione cautelare personale, risulta fortemente e negativamente condizionato da una genetica sommarietà ed improprietà del riferimento giurisprudenziale cui esso si ancora.

Recependo e sussumendo, quindi, impropriamente nel procedimento interinale cautelare, il richiamato indirizzo della Corte, il GIP, infatti, non pone in correlazione il principio di diritto, cui mostra di aderire, con la fattispecie al centro del giudizio, e giunge ad esprimere, quindi, una valutazione puramente assertiva, teorica ed errata.

Ad essa, il primo giudice abbina, poi, un inammissibile processo alle intenzioni, posto che, muovendo dalla considerazione che gli acquirenti dei semi, utilizzerebbero gli stessi per fini di coltivazione, egli ritiene di potere dimostrare come consumato il reato ipotizzato a carico dei due indagati.

Il giudice di prime cure, infatti, attraverso un'elaborazione puramente presuntiva, perviene alla conclusione che i due indagati sarebbero – a priori –

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

consapevoli della destinazione finale dei semi venduti e, per tale, ragione, rivestirebbero il ruolo di istigatori, così attribuito.

E' del tutto singolare (oltre che improprio) argomentare la presunta responsabilità dei due ricorrenti, desumendola – in via di elaborazione (il)logica – dal fatto che gli acquirenti riconoscano e comunichino di avere utilizzato i semi a livello di coltivazione.

La vendita di soli semi di cannabis – come si vederà infra sub 1D) - è attività puramente lecita e priva di risvolti penalmente rilevanti².

Si deve, infatti, pensare che, nella realtà dei fatti, chiunque può – in linea teorica - acquistare semi di cannabis e, se munito dell'autorizzazione ex art. 17, 26 e segg. dpr 309/90, può successivamente procedere all'attività di coltivazione.

Il T.U sugli stupefacenti, però, non codifica in alcun modo obblighi che sorgano, all'atto della vendita, a carico delle parti.

Il venditore di semi non è, infatti, affatto, tenuto in alcun modo a verificare se l'acquirente sia in possesso della citata autorizzazione e, dunque, è assolutamente libero di procedere alla vendita, senza doversi vedere impropriamente addebitata, a titolo di responsabilità oggettiva (od ad altro titolo), qualsiasi azione che venga, poi, posta in essere dall'acquirente.

Si deve, dunque, concludere che risulta fuorviante, errato ed improprio il metodo decisionale adottato, attraverso il quale si concretizza il giudizio cautelare.

Come detto – infatti - esso si fonda esclusivamente sulla interpretazione parziale di un parametro, quello riportato nelle due sentenze della Suprema Corte, che – per vero - consiste nella disamina del solo *fumus commissi delicti*, il quale, per

² *Pur a fronte della ratifica della convenzione di New York del 1961 (ratificata dalla L. 5 giugno 1974, n. 412), fonte normativa primaria all'art. 1 della quale si desume la nozione di stupefacente concetto che, quindi, esclude i semi di cannabis, si persiste nel marchiano errore di catalogare la attività di vendita tali prodotti come configurante un illecito.*

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

costante giurisprudenza, proprio per la propria specifica limita portata, **non è idoneo a produrre alcun tipo di effetti in un contesto differente da quello del giudizio in ordine alle misure cautelari reali.**

Sotto il profilo sistematico, va, poi, osservato che l'inadeguatezza, la sommarietà e l'improprietà della metodica valutativa usata dal GIP, viene confermata dalla già evidenziata grave inesattezza, che si rileva *ictu oculi* a pg. 5 dell'ordinanza in parola.

Si legge, infatti, *in primis* che *“la giurisprudenza è ormai pacificamente orientata sulla punibilità della vendita di semi di marijuana”*, ed, indi, che *“..l'attività di vendita di semi di marijuana accompagnata dall'illustrazione delle modalità di coltivazione costituisce istigazione alla coltivazione e all'uso di sostanze stupefacenti”*.

Le considerazioni sopra esposte – le quali, tra l'altro, esprimono concetti anche antitetici tra loro - come detto, vanno criticate sotto due profili.

Da un lato, è assolutamente destituita di fondamento l'assertiva opinione (perchè si tratta di mera apodittica opinione e nulla più) che *“la giurisprudenza è ormai pacificamente orientata sulla punibilità della vendita di semi di marijuana”*.

Niente di più infondato!

E', invece, esattamente, vera la tesi opposta e contraria, la quale è – addirittura – supportata da plurime pronunzie di vari giudici di merito, non ultimo proprio il Tribunale del Riesame di Bolzano, che ha annullato (in varie occasioni) i decreti di perquisizione e sequestro del P.M. riguardanti partite di semi (V. ex plurimis ordinanza 15.2.2010, che si allega in copia).

Appare certamente sorprendente la circostanza che il GIP ometta di considerare la sentenza assolutoria resa dalla Corte di Appello di Firenze, Sez. 1

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

penale del 26 Novembre 2008, pronunciata proprio nei confronti del precedente titolare di SEMIITALIA, passata in giudicato, nonché la ancor più famosa pronunzia del Tribunale di Rovereto del 2007 - nel procedimento a carico di MATTEO FILLA -, oppure la sentenza del 16 Marzo 2010 resa dal GUP presso il Tribunale di Firenze, che assolve due commercianti di semi di cannabis, oppure i decreti di archiviazione che sia il GIP di Milano, che il GIP di Cagliari hanno pronunziato, successivamente alla isolata pronunzia della Corte di Cassazione ed in giudizi connessi a quello oggetto di tale decisione.

Sono queste, sentenze conosciutissime.

Siamo, dunque, dinanzi a null'altro che una generica ed acritica riproposizione in chiave di mera assertività di un indirizzo, che anche se espresso dalla Suprema Corte, appare isolato e minoritario e, comunque, non pertinente rispetto al tema in questione.

Dalla lettura del provvedimento de libertate, poi, non appare apprezzabile e rilevabile alcun apporto *ex parte*, che contestualizzi il principio di diritto rispetto al fatto oggetto del processo e dimostri, quindi, quali possano essere – allo stato - i capisaldi della colpevolezza degli indagati, tali da legittimare la privazione della libertà nella forma estrema.

Il BARGELLI ed il GASPARRINI, quindi, vengono attinti dalla misura coercitiva sulla scorta di un astratto ed indiscriminato assioma e, soprattutto, senza che, al di là della loro lecita attività commerciale, vengano ravvisate ed esplicitate specifiche condotte personali che possano configurare l'in sé dell'istigazione contestata

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

1B)

LA STRUTTURA IN FATTO DELL'ACCUSA.

Preliminarmente ad ogni altra considerazione, va sottolineato che già il capo di imputazione, per le modalità in base alle quali è stato concepito e per come esso delinea, in punto di fatto, la condotta attribuita all'imputato e di cui si chiede punizione, non può sfuggire ad una serrata critica.

Nella parte descrittiva il comportamento ascritto agli indagati, si legge, infatti, testualmente che costoro pubblicamente istigavano “*...l'uso illecito di sostanze stupefacenti offrendo e pubblicizzando sui siti internet della Semitalia la vendita di un'infinita varietà di semi di marijuana a prezzo elevato.....*”.

L'ordinanza del GIP di Bolzano pare, quindi, risolvere la questione dell'esatta identificazione del comportamento attribuibile all'appellante, nel senso di ritenere configurata, in relazione al caso di specie, la istigazione.

Anche in questo caso, però, non è affatto chiaro in base a quale iter elaborativo ed a quali concreti elementi probatori di fatto, il giudicante pervenga a questa conclusione.

Come si ha modo di verificare, scorrendo il provvedimento impugnato, il primo giudice, infatti, si limita a richiamare, in modo del tutto generico i principi e gli orientamenti cui ritiene di aderire, senza operare collegamenti con la vicenda concreta.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

1C)

**LA NON CONFIGURABILITA', NELLA FATTISPECIE, DI ALCUNA
DELLE CONDOTTE PREVISTE DALL'ART. 82 DPR 309/90, .**

Ritiene chi scrive che le condotte previste dall'art. 82 dpr 309/90 mal si attaglino concettualmente all'attività di chi commercia i semi di cannabis e ponga anche in vendita strumenti o prodotti idonei a qualsiasi forma di coltivazione agricola.

Ritiene chi scrive condivisibile, esclusivamente a livello esemplificativo e per sola completezza espositiva, seppure in maniera aprioristica ed apodittica, l'opinione (che costituisce implicita la piattaforma del ragionamento operato dal primo giudice) che il soggetto, il quale acquisti semi di cannabis, sia motivato esclusivamente dalla volontà di dare corso alla coltivazione illecita e desideri, quindi, produrre lo stupefacente poi da usare, e, correlativamente, che il venditore sia, dunque, perfettamente conscio del fatto che si tratti di coltivazione illecita, perchè certamente svolta al di fuori dei limiti dati dal combinato disposto dagli artt. 17 e 26 dpr 309/90.

Ciò posto, ci si deve, però, domandare sulla base di quali parametri (fattuali, giuridici, logici o valutativi) si possa sostenere che l'attività di messa in vendita dei semi, anche ove corroborata da elementi asseritamente esplicativi la tecnica di coltivazione, configuri il reato previsto dall'art. 82 dpr 309/90.

E' indiscutibile che, quantomeno, due delle tre condotte che il legislatore ha posto come paradigma per la configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 82, (*istigazione e induzione*) postulano necessariamente, per definizione, che il soggetto destinatario dell'illecita esortazione sia per nulla avvezzo all'uso di stupefacenti.

La realtà di colui (o coloro) che, invece, acquisti per produrre ad uso proprio

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

lo stupefacente, risulta assolutamente differente ed in evidente contrapposizione rispetto alla situazione appena descritta, in quanto la prima delle due condotte postula un pregresso e continuativo approccio all'uso della cannabis.

Pare, dunque, assai difficile, sul piano squisitamente sostanziale, ritenere possibile l'istigazione di una persona ad una condotta che egli stesso, abitualmente, (o, comunque, non di rado) tiene ed ha già tenuto, ammesso e non concesso, poi, che tale sia effettivamente lo scopo che anima il commercio dei semi di cannabis.

Ove, invece, possa venire, in qualche modo, dimostrato che il destinatario del bene venduto sia una persona non avvezza all'uso di stupefacenti, la quale subisca, per così dire, la seduzione della possibilità di accedere ex novo all'uso di stupefacenti, è evidente che le regole processuali di giudizio impongono un approccio ancor più rigoroso, in tema di dimostrazione naturalistica della sussistenza del rapporto fra presunto intento e presunta volontà istigatrice idonea – da un lato – e percezione del messaggio illecito dall'altro.

Si tratta di una circostanza che, nel caso che ci occupa, è risultata assolutamente priva di substrato probatorio, posto che né il P.M., né – tanto meno – il G.I.P. hanno fornito elementi a conforto di una siffatta tesi.

Si pone, dunque, la necessità di valutare la effettiva pertinenza giuridica della qualificazione, sotto la specie della *istigazione*, della condotta rilevata a livello fattuale a carico dei due ricorrenti.

L'orientamento vigente suppone e presume, sempre e comunque (come tuttora si suppone e presume), anche in assenza di minima prova, che **l'elemento psicologico, che sottenderebbe alla attività del commerciante, sia orientato univocamente ed indiscutibilmente nel senso di favorire da parte di terzi acquirenti la diffusività delle sostanze stupefacenti.**

Va, inoltre, rilevato che l'interpretazione, che maggiormente si è affermata in

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

giurisprudenza, ha affermato, senza, peraltro, offrire convincente motivazione, che *l'istigazione appare perfezionata in toto anche se la presunta ed indimostrata spinta diffusiva, non sia stata seguita da attività di coltivazione, o meglio di uso illecito, posto che apparirebbe sufficiente, allo scopo di affermare la sussistenza del reato, la formulazione di un giudizio prognostico di potenziale idoneità della condotta del commerciante a suscitare interesse all'uso illecito di droghe*³.

Il primo giudice postula che la prova che la spinta istigatrice si sarebbe concretata, verrebbe a desumersi dagli esiti delle perquisizioni, riportati specificatamente nell'ordinanza.

Come detto, questa impostazione muove da un presupposto assolutamente indimostrato ed inammissibile, e cioè che si possa addebitare – sotto la vestigia dell'art. 82 dpr 309/90⁴, – una responsabilità al venditore di semi, in relazione ad una condotta tenuta da altri (terzi estranei), solo in virtù di un collegamento assunto come eziologico e prodromico tra le azioni di vendita, di acquisto e di coltivazione.

In realtà, il primo giudice avrebbe dovuto, preliminarmente ad ogni altra considerazione, affrontare la fondatezza, nella fattispecie, della contestazione del reato di cui all'art. 82 dpr 309/90, anche in relazione al profilo squisitamente materiale, posto che – come si dimostrerà - la tesi accusatoria appare fondamentalmente viziata in radice da un chiaro errore di diritto, che concerne la applicabilità propria di tale norma.

³ Ai fini della configurabilità del reato di istigazione all'uso di sostanze stupefacenti occorre che la condotta dell'agente, per il contesto in cui si realizza e per il contenuto delle espressioni utilizzate, sia idonea a conseguire l'effetto di indurre i destinatari delle esortazioni all'uso delle suddette sostanze, anche se in concreto l'uso non si verifichi. (Nel caso di specie la condotta di istigazione è consistita nel fornire agli acquirenti dettagliate indicazioni sulle modalità di coltivazione di semi di "cannabis sativa" per ottenere piante idonee a produrre sostanza stupefacente). Sez. IV, sent. n. 22911 del 14-05-2004 (ud. del 23-03-2004) (rv 228788).

⁴ Giacchè il tentativo di contestare l'ipotesi del concorso in coltivazione, timidamente, accennato, in origine si è palesato come un non senso giuridico.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

E' fondamentale rammentare che la previsione legislativa recita testualmente al co. 1 che : “ *Chiunque pubblicamente istiga all'uso illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, ovvero svolge, anche in privato, attività di proselitismo per tale uso delle predette sostanze, ovvero induce una persona all'uso medesimo, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.032 a euro 5.164*”.

Il precetto, oggetto di tutela penale, sancisce, dunque, il divieto di serbare le tre condotte tassativamente previste (*istigazione, induzione e proselitismo*) ed attribuisce alle stesse rilevanza penale, **a condizione che esse si pongano in relazione diretta ed immediata rispetto all'uso illecito di sostanze stupefacenti.**

La chiarezza e la inequivocità del citato riferimento normativo costituiscono caratteristiche che permettono di individuare e denunciare, quindi, il duplice contemporaneo errore in cui il P.M. è incorso e che, a propria volta, è stata perpetuato acriticamente dal GIP nella impugnanda ordinanza.

a) Da un lato, infatti, viene evocata, a ragione dell'atto di indagine in questione, l'art. 82 quale norma che, in pratica, sanzionerebbe l'istigazione a condotte illecite, siccome propedeutiche al successivo uso e la coltivazione rientrerebbe in tale novero.

In realtà, la condotta, che il GIP, così, assume configurata, non risulta per nulla presa in esame dalla parte precettiva della disposizione in parola.

Va, infatti, sottolineato come il co. 1 dell'art. 82 cit. - nel corpo di sole tre righe – ripeta per ben tre volte la parola “*uso*”, ponendo, quindi, inequivocabilmente, solo tale condotta finale (e nessun'altra) in diretta correlazione con le tre azioni vietate ed, in pari tempo, sancendo un principio di tassatività dell'azione considerata illecita.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

Ergo, nessun'altra distinta forma di eccitazione morale di terzi, la quale si rivolga a condotte diverse dall'uso e penalmente rilevanti, viene prevista dalla disposizione di legge in questione, (neppure per implicito).

Va osservato, forse pleonasticamente, ma necessariamente, attesi i presupposti dell'ordinanza, che l'uso di sostanze stupefacenti (che costituisce comportamento penalmente irrilevante) non può formare oggetto di confusione ad alcun titolo e sotto alcun profilo con la coltivazione (che, invece, costituisce una delle oltre venti ipotesi punibili).

Ergo, la configurazione di reato, che il G.I.P. ha assunto come addebito provvisorio a carico dei ricorrenti, trasfondendola nel provvedimento limitativo della responsabilità, appare *ictu oculi* infondata, in punto di fatto e di diritto, per difetto di correlazione.

Va, infatti, rilevato che il profilo di insussistenza appare ancor più marcato ove, l'accusa sia correttamente, posta in rapporto alla condotta tenuta dai ricorrenti, attesa l'assenza di elementi che la rendano plausibile quantomeno sotto il profilo psicologico.

L'indagine, infatti, non si sofferma neppure per un istante sull'esame dell'elemento psicologico, né, tanto meno, punta a corroborare sotto tale aspetto il postulato accusatorio, preferendo ricorrere a meri stilemi.

La qualificazione giuridica adottata in punto di diritto, risulta, poi, del tutto infondata, perchè la norma invocata punisce, in realtà, comportamenti finalizzati alla illecita promozione di una condotta (nello specifico l'uso), la quale risulta totalmente differente e per nulla confondibile con quella ipotizzata in concreto della coltivazione.

In conclusione *"l'istigazione, l'induzione od il proselitismo alla coltivazione"* (e nella fattispecie l'istigazione) costituiscono, in verità, ipotesi che

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

non rientrano nella previsione della tutela penalistica accordata dall'art. 82 dpr 309/90.

Tali condotte, anche se astrattamente ravvisabili (ove si ritenesse, quindi, la presenza di attività dichiaratamente propedeutiche alla coltivazione) non possono, però, venire sanzionate penalmente, attraverso l'improprio utilizzo di detta norma, la quale – invece - presenta, senza incertezze di sorta, uno spettro applicativo orientato in altra, ristretta e differente direzione.

Pare, dunque, assai difficile che si possa dimostrare che il singolo esercente commerciale – in assenza di elementi di prova inequivoci - abbia come fine quello di creare seguaci ad un preciso stile di vita, quale quello di reiterare nel tempo l'uso di stupefacenti.

** ** *

Sono questi i profili tecnico-giuridici che, a parere di chi scrive, risultano radicalmente ostativi alla sussunzione delle condotte attribuite al BARGELLI ed al GASPARRINI nella categoria prevista dall'art. 82.

Ma vi è, certamente, di più.

La presenza di taluni distinti elementi (*foto*grafie di piante, non meglio specificate indicazioni delle modalità di coltivazione) è circostanza che non può di per sé, ed apoditticamente, configurare il reato contestato, posto che una siffatta situazione può, al più, costituire riferimento di natura apologetica.

Come felicemente ha avuto modo di chiarire la Corte di Appello di Firenze⁵, la condotta, che potrebbe, al più, essere realmente e correttamente ravvisata nell'esplicita attività esaltatoria degli effetti e dei caratteri dei prodotti

⁵ Sentenza 28.11.2008, Sequi, citata

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

eventualmente ricavabili, deve essere sussunta necessariamente nella categoria dell'*apologia*.

La tipicità dell'esaltazione, della magnificazione, della sublimazione del prodotto che si offre, determina, quindi, una situazione di "*indubbia fuorvianza del consumatore o dell'acquirente, operata, però, in buona fede*".

Non è, pertanto, affermazione peregrina quella consistente nel riconoscere, che si verte in un contesto riconducibile alla categoria civilistica del *dolus bonus*, e che i comportamenti celebrativi citati costituiscono paradigmi delibativi adeguati, per la qualificazione della condotta in parola come manifestazione apoletica.

Il reato di apologia è previsto nel nostro ordinamento dalla L. 20 giugno 1952 n. 645, all'art. 4, oltre che dall'art. 414 co. 2° c.p. e costituisce in entrambe le formulazioni un reato di pericolo.⁶

Si tratta di un delitto che, però suppone un pericolo concreto e non presunto.

L'esaltazione di un fatto di reato o del suo autore, finalizzata a spronare altri all'imitazione dell'atteggiamento tenuto o almeno ad eliminare la ripugnanza verso il suo autore, non è, quindi, di per sè, punibile, a meno che, per le sue effettive modalità, essa non integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti⁷.

In questa ipotesi, il concetto di **idoneità** assume, quindi, il carattere di parametro decisivo per potere comprendere appieno la sussistenza del requisito dell'offensività penale della condotta.

L'apologia, dunque, si discosta dall'istigazione in senso stretto, proprio per il carattere di pura esaltazione di un fatto o di una persona o di una condotta, che

⁶Il delitto di apologia del fascismo di cui all'art. 4, L. 20 giugno 1952, n. 645 è un reato di pericolo, il quale presuppone che gli atti ed i fatti, in cui esso si concreta, siano effettivamente idonei a provocare adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del disciolto partito fascista. Trib. Bologna, 15-04-2008 Massima redazionale, 2009

⁷Cass. pen. Sez. I, 05-06-2001, n. 26907, Vencato, CED Cassazione, 2001, RV219888
Studio Legale Associato ZAINA – COGLITORE
patrocinante innanzi alla Corte Suprema di Cassazione ed alle Magistrature Superiori
Via Flaminia, n. 171/b 47900 RIMINI (Italia)
TEL. +390541382086 - TEL./FAX +390541395952

INTERNATIONAL PARTNER
ASSIMAKIS & LAWYERS
Heyden, 3 – 10434 ATENE (Grecia)
TEL. +302108224700 – FAX +302108225891

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

esorbita dagli usuali limiti previsti in relazione all'esercizio del diritto di espressione (primariamente tutelato all'art. 21 Cost.).

Essa, pertanto, consiste di un comportamento la cui sanzionabilità è prevista dall'ordinamento, in un modo che radicalmente prescinde l'effettivo avveramento e la reale commissione di delitti.

Dalle osservazioni che precedono, si ricava uno stato di perfetta assonanza e di reale pertinenza fra la struttura fattuale della condotta attribuita ai commercianti e le peculiarità proprie del nomotipo apologetico.

Il concetto di apologia, pare, dunque, in conclusione, costituire la più plausibile categoria concettuale all'interno, della quale può rientrare con maggiore logicità e rispondenza (nel rapporto fatto-diritto) l'insieme delle condotte attualmente ricondotte, in forma residuale e convenzionale all'ipotesi normativa di cui all'art. 82 dpr 309/90.

La carenza – nel T.U. stupefacenti – di una previsione del tipo di quella indicata, non può, pertanto, legittimare il ricorso a soluzioni di impropria supplenza legislativa, quale è quella cui è ricorso il G.I.P. presso il Tribunale di Bolzano nel caso che ci interessa

1D)

**LA IRRILEVANZA DELL'OFFERTA IN VENDITA E DELLA EFFETTIVA
VENDITA DI ALTRI PRODOTTI GIUDICATI ATTINENTI ALLA
COLTIVAZIONE.**

Il G.I.P., sull'abbrivio di un'affermazione del tutto priva di riscontri in diritto, conferisce, quindi, impropria valenza di prova di responsabilità alla attività di commercializzazione di semi, sia quando essa avvenga in modo esclusivo, sia quando essa sia corroborata da tutta una serie di prodotti, cui si è già operata

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

precisa indicazione.

Atteso che – come già pacificamente dimostrato – la sola vendita di semi non può configurare reato, ciò che maggiormente può rilevare, in casi del tipo di quello che ci occupa, è l'ipotesi di un commercio sia di semi di cannabis, che di strumenti ed attrezzi pertinenti a qualsiasi forma di coltivazione.

Ritenere che il commercio promiscuo dei prodotti sopra indicati costituisca canone prodromico per la contestazione del reato di cui all'art. 82 dpr 309/90, a carico del commerciante, configura un patente equivoco, frutto di un'aprioristica impostazione accusatoria.

E', infatti, necessario rilevare che l'attività commerciale – intesa in senso globale - viene svolta in maniera del tutto autonoma ed indipendente rispetto al commercio (lecito) di semi di canapa.

Il giudice di prime cure, però, dimentica, che la messa in commercio di tali prodotti, costituisce attività autonoma ed indipendente, rispetto al vendita di semi, e che gli esercenti (come gli indagati) operano, quindi, in maniera del tutto corretta, posto che è circostanza oggettiva quella della lecita circolazione commerciale degli stessi.

Si deve sgombrare il campo, perciò, da una suggestione e cioè si deve rilevare che l'indicazione – eventuale – di modalità per la coltivazione, costituisce una condotta puramente natura generica, posto che le tecniche coltivative della cannabis non divergono minimamente da quelle concernenti altri prodotti (pomodori, patate, legumi *et similia*).

Attribuire, dunque, un valore individualizzante a comportamenti generici e che ben possono essere rivolti ad un'indistinta platea di destinatari, significa stravolgere il dato scientifico.

Il carattere di fungibilità delle informazioni e della generica destinazione

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

d'uso delle stesse sono dati che non possono risultare trascurabili, perchè tali dati cognitivi non vengono necessariamente ed esclusivamente acquisiti allo scopo di mettere a germoglio piante di cannabis, ma assolvono ad indicazioni concernenti la normale attività agricola o domestica.

Essi costituiscono, quindi, per costante definizione, elementi che appaiono *ictu oculi* non esclusivamente indirizzati al contesto della produzione per coltivazione di piante idonee a produrre stupefacenti.

Il collegamento naturalistico e teleologico che il giudicante opera, seppure in via del tutto astratta e teoretica, fra la vendita di semi e le indicazioni generiche fornite, conferendo a queste un carattere specifico di strumento di istigazione – ex art. 82 dpr 309/90 - appare, quindi, del tutto arbitraria.

Da un lato, infatti, il giudicante sostiene che la messa in vendita dei semi ed al contempo, di strumenti idonei a chiarire le modalità di coltivazione, costituirebbe prova tangibile dell'illecito, dimenticando la aspecificità degli strumenti in parola.

Dall'altro, altrettanto apoditticamente, la ordinanza suppone (senza prova alcuna) che colui chi – a fortiori - acquisti i semi, poi, necessariamente, acquisti anche tutta una serie di arnesi per potere dare corso ad un'attività di illecita coltivazione.

1E)

**L'ASSENZA DI PROVA DELLA SUSSISTENZA DELL'ELEMENTO
PSICOLOGICO PROPRIO DEL REATO
DI CUI ALL'ART. 82 DPR 309/90.**

A complemento delle considerazioni sin qui svolte, giovi ribadire come nessuna indagine in ordine alla struttura ed alla sussistenza, in capo agli indagati

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

di un reale ed effettivo dolo di *istigazione, induzione o proselitismo*, sia stata neppure abbozzata.

Il GIP, quindi, contravvenendo ai più elementari principi giuridici in materia, ha, evidentemente, ritenuto in re ipsa, la prova della volontà cosciente e colpevole dei ricorrenti, che, invece, deve essere rigorosamente provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Queste premessa vale, in buona sostanza, per affermare che non è dimostrato, neppure *per incidens*, che l'attività commerciale posta in essere da LUIGI BARGELLI e MARCO GASPARRINI trovi ispirazione nella volontà di compiere una delle condotte sopra indicate.

Questa è un'ulteriore – grave – lacuna che si palesa, perchè il delitto in questione richiede, soprattutto, il rigoroso accertamento della coscienza e volontà dell'agente di porre in essere almeno la condotta più volte richiamata.

Una ordinanza che priva della libertà due cittadini incensurati, in relazione alla loro attività lavorativa (svolta alla luce del sole, pagando tasse ed in forza di autorizzazione di polizia ed enti pubblici territoriali) dovrebbe, dunque, dimostrare in modo univoco che il commerciante abbia voluto, per il tramite dell'esercizio della propria attività economica, tendere in modo univoco e non certo casuale, alla comunicazione pubblica di un messaggio illecito, finalizzato all'uso di droghe, destinato ad una pluralità di persone.

Un'ordinanza di cattura in carcere dovrebbe, altresì, dimostrare che il commerciante sia, oltre che desideroso di commettere un illecito, anche ben consapevole della rilevanza penale dell'azione posta in essere da lui, non già da altri!

E' inaccettabile che la distorta interpretazione conferita all'art. 82 dpr 309/90, atteso che tale norma viene applicata quasi a titolo di responsabilità oggettiva,

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

posto che a ritroso vengono fatte ricadere sul commerciante le eventuali condotte poste in essere, in modo autonomo ed indipendente dall'acquirente.

Nessuno, infatti, si è mai sognato di inquisire l'armaiolo che venda una pistola od un coltello ad un soggetto che ne faccia un uso illecito.

Tanto meno, nessun giudice ha mai pensato di ravvisare un nesso di eziologia, neppure mediata, tra la somministrazione di alcool a giovani in evidente ricerca di uno sballo ed i reati da costoro commessi di ubriachezza molesta o di guida in stato di ebbrezza (contravvenzione quest'ultima foriera di gravissimi lutti).

Neppure in capo al concessionario di autovetture o motociclette, che venda un veicolo potente ad un personaggio senza accertarsi se questi sia patentato o meno, si è mai eccepito alcunché.

Eppure, quella sorta di colpa cosciente o di dolo eventuale, che del tutto impropriamente (stravolgendo, così. il significato della norma contestata agli imputati) viene addebitato erroneamente ai ricorrenti, mai è stata evocata da alcun magistrato.

L'indagine concernente l'elemento psicologico che sottende al delitto di cui all'art. 82, costituisce, dunque, attività investigativa che non tollera e non può soffrire deroghe od approssimazioni, posto che appare intangibile il presupposto che il dolo è requisito e componente essenziale del reato in parola e che la sua esistenza deve formare oggetto di approfondita e convincente investigazione.

Il ricorso a presunzioni di sorta è mai ammissibile in proposito.

Attese le premesse svolte, vorrà il Tribunale annullare l'ordinanza.

** ** *

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

2)

**SI DEDUCE LA INSUSSISTENZA DI GRAVI INDIZI DI
COLPEVOLEZZA IN ORDINE AL CAPO DI IMPUTAZIONE B)
CONTESTATO ALL'INDAGATO
MARCO GASPARRINI.**

Ulteriore elemento di dolente sorpresa è stato quello di vedere contestato al solo GASPARRINI il delitto di detenzione a fine di spaccio di ben **5,888** (cinquevirgolaottocentoottantotto) grammi di hashish e **0,838** (zerovirgolaottocentotrentotto) grammi di marijuana, rinvenuti nel corso della perquisizione compiuta il 18 Novembre 2009.

Al di là dell'assoluta opinabilità di un siffatto modo di procedere – è sconcertante che una persona venga incarcerata dopo ben 5 mesi per un episodio di siffatta rilevanza! - non può tacersi la sorpresa nutrita in relazione alla sopravvenuta inspiegabile commutazione dell'originaria contestazione amministrativa (ai sensi dell'art. 75) in un vero e proprio addebito penale (ai sensi dell'art. 73)

Le SS.LL. devono sapere che i Carabinieri di San Candido, che hanno operato su delega del P.M., rinvenendo lo stupefacente presso il domicilio del GASPARRINI, si resero perfettamente e facilmente conto del fatto che, sia sul piano ponderale, che per l'assenza di qualsivoglia elemento sintomatico, era tassativamente esclusa la finalità di un uso strettamente personale.

Il GASPARRINI ha, così, subito la sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida per un mese.

Improvvisamente, invece, inopinatamente e, soprattutto, in assenza di qualsiasi plausibile e ragionevole elemento sopravvenuto, una vicenda qualificata come estranea al precetto penale, tanto miracolosamente, quanto immotivatamente,

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

assurge a dignità di accusa, divenendo motivo di privazione della libertà!

Noteranno le SS.LL. che i quantitativi, riportati nell'imputazione, esaminati sia come netti che come lordi, non possono venire seriamente considerati come sintomatici di una destinazione dello stupefacente alla soddisfazione di terzi.

Noteranno, poi, le SS.LL. che l'accusa non ha raccolto alcun elemento che possa indurre a ritenere che MARCO GASPARRINI avrebbe ceduto in tutto o solo in parte il compendio sequestrato a terzi.

Noteranno le SS.LL., quindi, che l'autonoma iniziativa del P.M., la quale appare del tutto sfornita di elementi di prova logica, e come tale incomprensibile sul piano processuale, si pone in insanabile conflitto con le conclusioni cui sono pervenuti in tempo non sospetto i Carabinieri, i quali aveva correttamente optato per la qualificazione puramente amministrativa dell'illecito contestato al ricorrente.

Senza, dunque, tediare il Collegio, pare di potere affermare che non sia possibile assolutamente ritenere fondata la criticata prospettazione accusatoria, la quale risulta deficitaria in diritto, non potendosi ravvisare gravi indizi di colpevolezza.

La misura cautelare adottata appare, inoltre, del tutto esorbitante la condotta erroneamente contestata e, indi, viola patentemente i conclamati canoni valutativi di proporzionalità ed adeguatezza, che si impongono nella scelta delle misure.

** ** *

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

3)

**SI DEDUCE LA INSUSSISTENZA DI ESIGENZE CAUTELARI
IN ORDINE A TUTTI I CAPI DI IMPUTAZIONE
CONTESTATI AGLI INDAGATI.**

La grave misura adottata, non solo non trova alcuna giustificazione sul piano indiziario, ma, per vero, non viene riscontrata da specifiche esigenze.

L'invocato e suggestivo pericolo di reiterazione, addotto quale unico motivo cautelare, non trova, infatti, suffragio in atti ed è supportata da una giustificazione di mera apparenza.

Vanno, infatti, evidenziati alcuni elementi chiarificatori.

In primo luogo, non sfuggirà alla SS.LL. la circostanza che la condotta dei due indagati va distinta temporalmente, usando come spartiacque la data del 18 Novembre 2009, giorno nel quale venne operato il primo sequestro di merce su delega del P.M. .

In tale occasione, quindi, i due odierni indagati ebbero contezza dell'accusa loro mossa e pur ricusandola, per le ragioni sopra descritte e, in special modo per l'assenza di una prova tranquillizzante e certa di una volontà istigatrice, si diedero autonomamente un codice comportamentale.

Sia BARGELLI che GASPARRINI, chiusero il loro sito, onde procedere ad ulteriori modifiche che lo rendessero immune da qualsivoglia censura, anche la più capziosa.

Non avevano infatti, alcun dovere di chiudere la loro attività, nonostante il G.I.P. Ritenga – a torto – il contrario!

La struttura materiale e grafica del nuovo sito – dopo circa tre mesi di lavoro informatico – fu impostata nel senso di favorire la commercializzazione esclusiva di

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

semi, senza alcun tipo di altra forma pubblicitaria a corollario dell'attività primaria ed unica.

Sicchè, non è stato più possibile evocare, quale apparente argomento, la presenza di foto o di istruzioni per la coltivazione, come espressioni di distorsione dal canone della liceità dell'attività di vendita di semi.

Ciò nonostante, proprio nel momento in cui i due indagati hanno adottato misure di assoluta nettezza ed inequivocità comportamentale, è intervenuta la inattesa, quanto ingiusta e penalizzante decisione cautelare, la quale non fa menzione alcuna di questa evoluzione positiva.

Attese queste premesse indubbie ed incontrovertibili, è chiaro, quindi, che il G.I.P. ha violato il dovere previsto dall'art. 291 co. 1, che impone al giudice *“di valutare tutti gli elementi a favore dell'imputato”*.

Altrettanto sorprendente, perchè dimostra la assenza di un doveroso controllo in ordine all'evoluzione delle condotte degli indagati, ed il ricorso a pure presunzioni – in assenza di pregnanti prove - è la conclusione cui perviene il primo giudice, secondo il quale BARGELLI e GASPARRINI sarebbe pericolosi socialmente, perchè *“pur sapendo dell'indagine in corso hanno continuato, come se nulla fosse, l'attività di vendita di semi di marijuana”*.

La frase che precede suscita, quindi, il dubbio di una palese confusione interpretativa, posto che – quale paradigma pseudo reiterativo - viene incredibilmente evocata una condotta che, invece, non costituisce reato!

Il costante e reiterato rimprovero di avere venduto semi, appare come lo sterile. reale ed unico addebito che il G.I.P. riesce a muovere agli indagati.

Così erroneamente opinando, si fornisce, quindi, una visione distorta del metus di cui alla lett. c) dell'art. 274 c.p.p. .

Non è dato – pertanto - sapere, come si possa seriamente sostenere – in

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

contrasto con i più elementari e conclamati principi di diritto vigenti – che il proseguire nella vendita di semi di cannabis (condotte immune da rilevanza penale) costituisca indice di una reiterazione di un reato tuttora da accertare

Si ribadisce che la convenzione di New York del 1961 (ratificata dalla L. 5 giugno 1974, n. 412)⁸, fonte normativa primaria all'art. 1 della quale si desume la nozione di stupefacente⁹, e, quindi, esclude i semi di cannabis, che possono venire commercializzati senza ombra di dubbio!

Non è dato, ulteriormente, comprendere, come si possa sostenere con certezza assoluta ed impermeabile a qualsiasi dubbio, in pendenza di una vicenda che, seppur incontroversa sul piano materiale, tale non è affatto sul piano giuridico e della interpretazione normativa, la reiterazione di un reato così opinabile.

Con il verbo reiterare si indica la ripetizione di un gesto, di un fatto, di una condotta.

E', dunque, pacifico che un significato negativo ed ultimativo – quale quello attribuito dal G.I.P. - possa avere fondamento solo quando si possa con certezza ed inequivocità conferire un valore definitivo ed immutevole all'azione, requisito questo, che, nella fattispecie, per le ragioni dianzi esposte, in relazione al conflitto ermeneutico insorto, non è affatto rinvenibile.

Non ci troviamo, quindi, nel caso che ci occupa, di fronte ad un soggetto che abbia commesso una rapina e, in pendenza di un'indagine di cui sia al corrente, ne commetta un'altra con spregio ed arroganza, nella consapevolezza di essere indagato.

Dimentica, inoltre, il primo giudice che, in questo caso stiamo discutendo di

⁸ Ratifica ed esecuzione della convenzione unica sugli stupefacenti, adottata a New York il 30 marzo 1961 e del protocollo di emendamento, adottato a Ginevra il 25 marzo 1972 in www.politicheantidroga.it/media

⁹ Art. 1 co. 1 lett. j) *il termine «stupefacente» indica qualsiasi sostanza di cui alle tabelle I e II, sia essa naturale che sintetica;*

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

persone incensurate, titolari di una attività iscritta alla CCIAA, munita di autorizzazioni ad operare, soggetta a regimi fiscali e contabili, che operava ed ha operato alla luce del sole.

Si tratta, quindi di persone che paiono avere una colpa quella di svolgere un'attività lavorativa, che tanto apoditticamente, quanto contraddittoriamente l'accusa assume come illecita.

Anche gli elementi soggettivi appena indicati e concernenti la positiva personalità dei due indagati, non hanno formato oggetto di adeguata e ponderata valutazione.

Chi scrive, per converso, è certo che tali canoni verranno indubbiamente valutati dalle SS.LL..

In proposito, ci si permette di richiamare una pronunzia di questo Tribunale (Filla ud. 31 Luglio 2009), che si allega e che è afferente ad una situazione sostanzialmente analoga alla presente.

In tale occasione, la pretesa di cattura dell'indagato ex art. 82 dpr 309/90, fondata anch'essa sul postulato di una presunta reiterazione del reato, peraltro, già saggiamente respinta dal G.I.P. di Rovereto, veniva ulteriormente rigettata, venendo valorizzati sia l'incensuratezza dell'inquisito, sia la prognosi astratta di inflizione – in mera ipotesi di condanna – di una pena contenuta nell'ambito applicativo della sospensione condizionale.

Sono questi ultimi, argomenti assolutamente pertinenti anche al caso in parola.

** ** *

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

4)

**SI DEDUCE LA OMESSA INDICAZIONE DELLE RAGIONI DI
PRESUNTA INADEGUATEZZA DI MISURE ALTERNATIVE A
QUELLA CARCERARIA.**

L'ordinanza omette, inoltre, di fornire minima contezza delle effettive ragioni che legittimerebbero l'esclusione di misure contenitive alternative al carcere, posto che il G.I.P. - in proposito – si rifugia in una asserzione puramente di stile,

Il richiamo generico ad una presunta inadeguatezza allo scopo, quindi, inficia gravemente l'ordinanza, perchè appare inidonea a fornire contezza della decisione adottata e dell'iter in base al quale la stessa viene formulata.

Parimenti inadempiente risulta il giudice della cautela, laddove lapidariamente sostiene che *“l'unica misura idonea, allo stato, a contenere il predetto pericolo appare essere quella estrema della custodia cautelare in carcere....”*, senza indicare i parametri che sosterebbero un'opzione, il cui carattere di eccezionalità è ben percepito dal giudicante, laddove egli usa il termine *“estrema”*, in relazione alla misura.

Su queste premesse, è indubbio, quindi, che la decisione del G.I.P. appaia in contrasto con il dovere di rendere percepibile *ab extrinseco* la decisione nel suo in sè, si da permettere di escludere che le scelte operate sia frutto di una discrezionalità esasperata, che sottraendosi ad un controllo di merito, di legittimità e di coerenza, sfocia nell'arbitrio.

La assertività del *dictum* del giudice non deve trovare conferma nella decisione che le SS.LL. sono chiamate a rendere.

** ** *

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

5)

**SI DEDUCE LA INCOMPETENZA TERRITORIALE
DEL P.M. PROCEDENTE
E, CONSEQUENZIALMENTE, DEL GIUDICE DELLA
CAUTELA.**

Sotto due i distinti profili, in base ai quali si deve pervenire alla declaratoria di incompetenza del P.M. procedente, dovendosi, individuare, a seguito di entrambe le prospettazioni svolte, quale P.M. realmente competente quello presso il Tribunale di Firenze.

1)

Esaminando in linea teorica la contestazione di reato mossa nell'ordinanza, in primo luogo, ci si deve soffermare sulla struttura dell'art. 82 dpr 309/90.

Balza, così, all'evidenza che il reato di istigazione, contestato nella fattispecie, per sua natura, si perfeziona unicamente in forza delle manifestazioni attraverso le quali si concreta.

La giurisprudenza ha, dunque, ritenuto sufficiente l'idoneità intrinseca del messaggio o delle condotte che si assumono come istigatorie, o di induzione all'uso degli stupefacenti [Cfr. Cass. Sez. IV Sent., 20-05-2009, n. 23903 (rv. 244222)], e ciò a prescindere dal recepimento dello stimolo illecito da parte del destinatario dello stesso.

Il citato art. 82 dpr 309/90 conferisce, quindi, indiscriminata rilevanza penale anche a comportamenti (*ipotesi di istigazione che non sia stata accolta, e ove si sia trattato d'istigazione a un delitto*) che, invece, principi di carattere generale collocano in una posizione esterna alle dinamiche penalmente rilevanti, ponendo una pesante deroga al regime codicistico generale.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

Come detto, l'interpretazione corrente dell'art. 82, infatti, privilegia la potenzialità astratta della condotta ipotizzata, senza, che, invece, si possa efficacemente valutare se la condotta di istigazione (o presunta tale) sia stata effettivamente accolta, producendo l'uso illecito.

E' questo il carattere che armonizza l'istigazione prevista dall'art. 82 dpr 309/90, al principio generale codicisticamente sanzionato dall'art. 414 c.p. E lo rende differente dalla previsione dell'art. 115 c.p. .

L'indirizzo, che si adduce a sostegno della eccezione di incompetenza territoriale, è stato fatto proprio dalla stessa Suprema Corte [Sez. IV, sent. n. 22911 del 14-05-2004 (ud. del 23-03-2004) (rv 228788)], che ha affermato che *ai fini della configurabilità del reato di istigazione all'uso di sostanze stupefacenti occorre che la condotta dell'agente, per il contesto in cui si realizza e per il contenuto delle espressioni utilizzate, sia idonea a conseguire l'effetto di indurre i destinatari delle esortazioni all'uso delle suddette sostanze, anche se in concreto l'uso non si verifici*.

La circostanza che, nel caso specifico, i giudici di legittimità abbiano ravvisato la condotta di istigazione nel fornire agli acquirenti dettagliate indicazioni sulle modalità di coltivazione di semi di "cannabis sativa" per ottenere piante idonee a produrre sostanza stupefacente, permette di individuare in quel preciso momento ed in preciso luogo, i parametri da utilizzare a fini processuali ed ad identificare il giudice competente.

Non dimentichiamo che il delitto ipotizzato consisterebbe in una forma di istigazione per cd. *"a distanza"*, atteso che, nella fattispecie, non è ravvisabile una contestualità di presenza fisica fra il soggetto che si assume come istigatore e quello destinatario dell'azione, e che l'azione illecita avverrebbe in forma mediata, attraverso una mezzo di comunicazione come internet.

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

2)

Il secondo aspetto che si intende sottoporre alla valutazione delle SS.LL. consiste nel fatto che al capo B) della rubrica accusatoria a carico dell'indagato MARCO GASPARRINI viene contestato il reato di cui all'art. 73 dpr 309/90, commesso in Ticchio (FI).

Nonostante l'incompletezza del riferimento giuridico, è evidente che viene contestato nella fattispecie all'indagato, il co. 1° del citato articolo 73.

Or bene la previsione sanzionatoria contenuta in detta disposizione di legge varia da un minimo di 6 anni ad un massimo di 20 anni di reclusione, oltre alla multa.

E', quindi, indubbio che tale ipotizzazione e contestazione di reato risulta di maggiore gravità rispetto a quella di cui all'art. 82, sicchè essa costituisce il paradigma per stabilire la competenza del giudice che deve procedere e che è senza dubbio quello di Firenze.

Attesa la intima connessione fra le due accuse e la indivisibilità della posizioni dei due indagati, conseguenza naturale deve essere quella della trasmissione dell'intero fascicolo al giudice realmente competente

Non è possibile negare una simile evidenza a meno di volere stravolgere le regole procedurali vigenti.

** ** *

Tutto ciò premesso e ritenuto

chiede

che il Tribunale adito annulli l'ordinanza emessa dal G.I.P. presso il Tribunale di Bolzano accogliendo la presente richiesta di riesame sia per quanto attiene il

Avvocato
CARLO ALBERTO ZAINA
penalista

**profilo cautelare, che per quanto attiene il profilo processuale dell'incompetenza
territoriale**

Rimini, lì 5 Maggio 2010

Avv. Carlo Alberto Zaina