

LA VALUTAZIONE DELL'EFFICACIA DROGANTE NEL CASO DI COLTIVAZIONE DI STUPEFACENTI - TRIB. ROMA 12 FEBBRAIO 2010 (DEL 5 MARZO 2010).
 Prof. Dr. Vincenzo Carro

1159 LA VALUTAZIONE DELL'EFFICACIA DROGANTE NEL CASO DI COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI

TRIB. ROMA - SENT. 12 FEBBRAIO 2010 (DEL 5 MARZO 2010) - ESTE COSTANTINI - IMPI. COLELLI

STUPEFACENTI - Coltivazione di piante - Consulenza chimica eseguita tre mesi dopo il sequestro - Valutazione dell'efficacia drogante - Impossibilità.

(D.P.R. 9 OTTOBRE 1990, N. 309, ART. 74)

Deve escludersi l'imputazione del reato di coltivazione ex art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 a causa dell'impossibilità di compiere una valutazione attendibile circa il grado di efficacia drogante posseduto dalle piante, dunque circa la concreta offensività della condotta, nel caso in cui la consulenza tossicologica è stata eseguita non già nell'immediatezza del sequestro, ma tre mesi dopo.

Con decreto emesso all'esito dell'udienza preliminare del 23 luglio 2009, il g.a.p. disponeva il rinvio a giudizio di Colelli Walter, chiamandolo a rispondere del delitto di cui alla rubrica. All'udienza dibattimentale del 12 gennaio 2010, con l'accordo delle parti, si acquisiva la comunicazione di notizia di reato redatta dal Carabinieri della Stazione "Tor de' Conci, nonché la consulenza tossicologica eseguita dal dr. Felice Rosati, c.t. del p.m. sulle piante di marijuana sequestrate nell'abitazione del Colelli, con conseguente rinuncia del p.m. all'esame dei testi e del c.t., inclusi nella lista ritualmente depositata.

Il Giudice, dopo le spontanee dichiarazioni dell'imputato - il quale ammetteva di aver piantato, nei quattro vasi sequestratigli, semi di marijuana, adducendo di averlo fatto allo scopo di ricavare sostanza per uso personale, e che al momento del sequestro le piante non erano ancora giunte a maturazione - disponeva d'ufficio l'esame del c.t. allo scopo di ottenere dati chiarimenti ritenuti necessari ai fini della decisione.

Nell'udienza udienza si procedeva all'esame del dr. Rosati, e al termine aveva luogo la discussione finale.

Il presente provvedimento trae origine dall'esito di un'operazione compiuta da una pattuglia di carabinieri appartenenti alla Stazione di Roma Tor de' Conci, che il giorno 26 giugno 2008, avendo notato, sul balcone di un appartamento sito nello stabile di via Caduti per la Resistenza n. 9/10, delle piante di marijuana, effettuavano una perquisizione nell'abitazione medesima, occupata dal Colelli, procedendo al sequestro probatorio delle piante, risultate essere quattro, e al sequestro amministrativo di hashish, ritenuto, per il suo modesto quantitativo, destinato all'uso personale del detenuto.

Nel corso delle indagini preliminari il p.m. ha conferito al dr. Felice Rosati l'incarico per l'esecuzione dell'analisi chimica del materiale vegetale sequestrato.

Tale conferimento è avvenuto a distanza di circa tre mesi dal sequestro (in data 23 settembre 2008).

Nella relazione redatta dal c.t. acquisita agli atti, si legge che nel sacco di plastica consegnato, tra vari eretici contenitori «terra o compattati» non lie, miscelato alla terra, erano stati trovati, del «materiale vegetale» costituito da filamenti legnosi e, verosimilmente, da frammenti di foglie e materiale «in gran parte morto» che il peso netto è risultato pari a gram-

mi 5g circa, e che l'analisi compiuta su un'aliquota di questo materiale ha evidenziato la presenza di cannabinoidi e in particolare quella di THC in percentuale pari a circa lo 0,4% del materiale pesato; che negli 5g grammi sono complessivamente presenti circa mg 340 di THC, «quantità che secondo le tabelle relative alla normativa vigente sono inferiori al limite massimo consentito».

Il c.t. richiesto di esprimere un parere in ordine al grado di efficacia drogante (eventualmente) posseduto dalle piante di cui trattasi all'epoca del loro sequestro, ha dichiarato di non poter dare al quesito una risposta certa, evidenziando, in primo luogo, che esistono varie qualità di piante di marijuana, che possiedono, sotto il considerato profilo, diverse potenzialità, che peraltro variano a seconda che si tratti di specie maschili (che producono un THC molto basso) o femminili (che sono quelle che sviluppano un tenore di THC molto alto), e che le condizioni nelle quali versavano le piante in questione al momento della loro consegna per le analisi, erano tali da non consentire alcun tipo di riconoscimento circa l'appartenenza delle medesime all'una o all'altra specie; egli ha poi rilevato che essendo state conservate in un unico sacco, non è stato per lui possibile stabilire a quale delle quattro piante che erano di diverse dimensioni (come desumibile dalla documentazione fotografica in atti), appartenessero le foglie rinvenute ed analizzate con la conseguenza di non poter fornire alcun tipo di risposta attendibile («se il materiale fosse appartenuto ... a una di quelle più basse» ha precisato il c.t. «allora potrei dire "beh, sì, questa era veramente" alta, allora il discorso ... dico "beh, no, probabilmente anche col fatto che è marcia, questa pianta al 10% non ci arrivava, ecco, sarebbe arrivato a qualcosa di più basso ...»).

Giora a questo punto rilevava che con la pronuncia del 24 aprile 2008 (dep. il 10 luglio 2008) la Corte di cassazione, a Sezioni unite, risolvendo il contrasto formatosi in materia, ha affermato che costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali siano estraibili sostanze stupefacenti, anche quando essa sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale.

La Corte ha in particolare sottolineato, in linea con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare nella sentenza n. 360 del 1995), che «la condotta di coltivazione si caratterizza, rispetto agli altri delitti in materia di stupefacenti, quale fattispecie contraddistinta da una notevole antichità della tutela penale e dalla valutazione di un «pericolo del pericolo», cioè del pericolo – derivante dal possibile esito positivo della condotta – della messa in pericolo degli interessi tutelati dalla normativa in materia di stupefacenti» evidenziando che i reati di pericolo presunto non sono astrattamente incompatibili con il principio di offensività, ha quindi affermato che il giudice non può tuttavia prescindere, nella applicazione della norma al caso particolare, da una verifica dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Il giudice di merito, dunque, secondo tale decisione, è tenuto ad accertare se la condotta contestata «sia assolutamente idonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, risultando in concreto offensiva».

La «inoffensività», precisa la suprema Corte, ricorre soltanto se il bene tutelato non sia stato lesso o messo in pericolo anche in grado minimo, e quindi, con riferimento all'ipotesi della coltivazione, la «inoffensività» non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.

Nel solo di tale decisione, la sezione quarta della Cassazione, nella decisione n. 1791 del 28 ottobre 2008, relativa ad un caso di coltivazione domestica di piante di cannabis non ancora giunte a maturazione nel momento del loro sequestro, ha annullato la sentenza di condanna pronunciata in primo grado, e confermata in appello, ritenendo non rilevabile e dunque non suscettibile di accertamento, da parte del giudice, l'effetto stupefacente in una pianta il cui ciclo non sia completato e che quindi non abbia prodotto sostanza idonea a costituire oggetto del concreto accertamento della presenza di principi attivi: viene sottolineato, nella pronuncia, che la prognosi espressa dal consulente tecnico sulla futura esistenza dei principi attivi non può equivalere all'accertamento richiesto al giudice dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite, all'esito

del quale possa ritenersi dimostrata l'offensività della condotta dell'agente, nella sua accensione concreta, in particolare viene evidenziato che «danza al paradosso di condotte tipiche ma concretamente non pericolose per la salute individuale e collettiva tutelata dalla Costituzione, le guide, guidate dal combinato disposto dei principi di offensività e della ragionevolezza, deve chiedere se possa esercitare il potere punitivo dello Stato, sacrificando la libertà personale per tutelare il bene della salute, dinanzi ad una offensività, non ravvisabile neanche in grado minimo, nella singola condotta dell'agente» e che «per essere meritevole di punizione, la condotta tipica deve avere come oggetto sostanze stupefacenti aventi un requisito formale (rientrare negli elenchi delle tabelle) e sostanziale (avere efficacia stupefacente o psicotropa e quindi capacità o potenzialità lesiva)» concludendo che «in caso di assenza di quest'ultimo deve escludersi la rilevanza penale del fatto».

Orbene, si osserva che la particolarità del caso oggetto del presente procedimento è data dal fatto che la consulenza tossicologica è stata eseguita non già nella immediatezza del sequestro, ma tre mesi dopo, con la conseguenza che l'esito dell'accertamento chimico fotografato la situazione esistente in quel momento, e non quella esistente nel momento in cui le piante erano nella disponibilità dell'imputato, che è quello che va preso in considerazione dal giudice, nella valutazione – da compiersi ai sensi della citata giurisprudenza – della condotta di coltivazione.

Ciò in quanto la efficacia drogante accertata a distanza di tempo dal sequestro, potrebbe essere frutto di un processo di maturazione delle piante avvenuto quando esse non erano più nella disponibilità del prevenuto, sì da non poter essere direttamente collegato alla sua condotta.

Tale situazione ha indotto il giudicante a richiedere chiarimenti al c.t. del p.m., ma lo stesso, come si evince dalle sue dichiarazioni sopra riportate, per le evidenziate ragioni non ha potuto fornire alcun dato certo che possa consentire, in questa sede, una valutazione attendibile circa il grado di efficacia drogante posseduto dalle piante detenute dal Colelli all'epoca del sequestro, e dunque circa la concreta offensività della sua condotta.

Si impone, pertanto, l'assoluzione dell'imputato dal reato ascrittagli, ai sensi del comma 2 dell'art. 530 c.p.p., per l'insussistenza del fatto.

LE APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN MATERIA DI COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI ALLA LUCE DELLE SEZIONI UNITE DEL 2008

In tema di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, nonostante l'intervento delle Sezioni unite nel 2008, permangono in giurisprudenza perplessità sul piano operativo, che testimoniano, tuttora, la convivenza delle due principali opzioni interpretative preesistenti. Un esempio giunge dalla sentenza del Tribunale di Roma che ritiene non integrato il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 laddove, a causa del ritardo con cui si è svolta la consulenza tossicologica, risulta impossibile l'accertamento in concreto dell'offensività.

Sommario 1. Il background normativo e giurisprudenziale. — 2. Le prese di posizione del Tribunale di Roma sulle questioni ancora non completamente risolte dalla giurisprudenza attuale. — 3. Il ruolo attuale del principio di offensività ed i rischi connessi alla sua affermazione.

1. IL BACKGROUND NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

La pronuncia in commento, in materia di coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, conclude per l'assoluzione dell'imputato ex art. 530, comma 2, c.p.p. per l'insussistenza del fatto a causa dell'impossibilità di compiere un'indagine concreta sulla offensività della condotta. In particolare, la ratio dell'assoluzione risiede nella circostanza per cui la consulenza tossicologica – strumento col quale esaminare il quantitativo di principio attivo posseduto dalle piante coltivate – è avvenuta in un momento nettamente successivo rispetto a quello in cui è avvenuto il sequestro, così rendendo impossibile l'accertamento dell'offensività della condotta.

Il *decisum* si pone a valle di una lunga riflessione giurisprudenziale, con la quale si è rivolta l'attenzione, in particolare, all'ipotesi in cui la coltivazione sia tenuta per destinazioni del prodotto ricavabile ad uso personale. Il dibattito, come noto, è scaturito principalmente dalla circostanza che, per la coltivazione, il legislatore del d.P.R. n. 309 del 1990 non ha preso in considerazione, ai fini della punibilità, la distinzione relativa alla destinazione della sostanza stupefacente, a differenza di quanto fatto, a seguito della consultazione referendaria del 1993, per le altre condotte menzionate nell'art. 73, comma 1-bis. Il dato normativo, infatti, menziona la coltivazione oltre che negli artt. 26-28, solo nel comma 1 dell'art. 73, quindi, né nel citato comma 1-bis né nell'art. 75, comma 1⁽⁴⁾, con la conclusione, invalsa nella giurisprudenza prevalente, di ritenere che l'intenzione del legislatore sia stata nel senso di voler considerare la coltivazione sempre penalmente rilevante. Altra impostazione, al contrario, ha creduto di poter assumere la condotta di coltivazione, laddove inoffensiva perché con destinazione ad uso personale della sostanza ricavabile, nel disposto dell'art. 75 d.P.R. n. 309/1990, attraverso un equiparazione con la detenzione, con conseguente applicazione della sola sanzione amministrativa⁽⁵⁾.

La decisione *de qua* si inserisce appunto in tale contesto, sembrando – ad una prima lettura – fare piena applicazione dell'approccio avanzato dalle Sezioni unite di Cassazione, che, come noto, nel 2008 hanno tentato di mettere a tacere i preesistenti dissidi giurisprudenziali emersi sul tema⁽⁶⁾. In particolare, la suprema Corte, in primo luogo, ha recepito il prevalente ed originario orientamento giurisprudenziale, confermando la natura di reato di pericolo astratto o presunto della coltivazione⁽⁷⁾, derivan-

⁽⁴⁾ Per un completo *excursus* dell'evoluzione normativa e per il quadro delle disposizioni vigenti in materia di stupefacenti, v. AMARO, *Stupefacenti Teoria e pratica*, Lauro, Robuffo, 2006 ovvero ZAINA, *Stupefacenti: lieve entità e ingente quantità*, Maggioli, 2007.

⁽⁵⁾ In particolare si giunge a tale conclusione, per lo più, attraverso l'interpretazione estensiva dell'espressione «comunque detiene» dell'art. 75 citato, in modo da potersi ricomprendere anche la condotta di coltivazione; ovvero, in maniera più generica, richiedendo il criterio di ragionevolezza e di equità, visto che un'interpretazione letterale condurrebbe ad un trattamento ingiustamente disomogeneo per la col-

tivazione rispetto alle altre condotte menzionate nell'art. 75 (questione che infine portò alla pronuncia n. 306/1995 della Corte costituzionale).

⁽⁶⁾ Il riferimento va a Sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, Di Salvia, in questa rivista, 2008, n. 12, p. 4503, con nota di BERRANI, *Coltivazione "domestica" di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*, e a Sez. un., 24 aprile 2008, n. 28606, Valletta, inedita.

⁽⁷⁾ Sulla distinzione tra i reati di pericolo astratto e i reati di pericolo concreto, si veda, tra gli altri, GARGAN, *Reati contro la pubblica incolumità*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di Grosso-Padovani-Pegliaro, vol. IX, t. I, Giuffrè, 2008, p. 108 ss.; PARODI-GUSINO, *I reati di pericolo tra dog-*

te dall'anticipazione di tutela apprestata dal legislatore⁽⁸⁾, come conseguenza della maggiore idoneità lesiva di tale condotta rispetto a quella di detenzione⁽⁹⁾. Allo stesso tempo, le Sezioni unite, compiendo uno sforzo ulteriore nel senso dell'affermazione del principio di offensività, hanno sostanzialmente seguito l'insegnamento della Consulta⁽¹⁰⁾ e di parte minoritaria della precedente giurisprudenza⁽¹¹⁾. In particolare

matia e politica criminale, Giuffrè, 1990, importante anche per l'analisi del rapporto esistente tra i reati di pericolo in generale ed il principio di offensività. Sui reati di pericolo in generale si segnala, invece, GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro per*, 1969, p. 1 ss.; DERRAIA, *Reati di pericolo*, in *Studi Petrocchi*, vol. III, Giuffrè, 1972, p. 1731. Si rammenta, infine, che, secondo parte della dottrina (MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2009, p. 207 s.), è necessario altresì distinguere tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto.

⁽⁸⁾ Secondo questo primo orientamento affermatosi in giurisprudenza (ex multis Sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 10138, Colaninno, in questa rivista, 2007, p. 3021; Sez. IV, 15 marzo 1995, n. 913, Paoli, ivi, 1996, p. 1302 s.m.), la condotta di coltivazione deve ritenersi sempre penalmente illecita a causa di una generale irrilevanza della destinazione ad uso personale: per l'assenza di un nesso di immediatezza della coltivazione con l'uso personale e per l'impossibilità di predeterminare la potenzialità della sostanza stupefacente estraibile. Peraltro, ad ulteriore suffragio, si afferma che l'art. 75 d.P.R. n. 309/1990, come modificato dal d.P.R. n. 171/1993 (in applicazione dell'esito del referendum del 1993), prende in considerazione la destinazione ad uso personale solo per i casi di detenzione, acquisto e importazione, non anche per quello di coltivazione. Il differente trattamento riservato alle due macro fattispecie viene, quindi, solitamente giustificato sulla base della maggiore pericolosità insita nella condotta di coltivazione, di per sé idonea ad accrescere il rischio per la pubblica salute e per l'incolumità (ex plurimis Sez. IV, 30 maggio 2000, Croce, in questa rivista, 2002, p. 2496). Per la dottrina contraria a tale tesi, v. AMARO, *Osservazioni a Sez. IV, 15 novembre 2005, n. 450, in questa rivista*, 2006, n. 11, p. 3768.

⁽⁹⁾ Seguendo questa tesi, all'aspetto quantitativo viene conferita rilevanza limitatamente all'insapimento del trattamento sanzionatorio ex art. 80 d.P.R. cit. ("ingente quantità"). Ne deriva che alcun rilievo si attribuisce al grado di maturazione raggiunto dalla pianta o a fattori da cui può dipendere l'idoneità a produrre sostanza drogante, del tutto estranei alla condotta dell'agente (es. clima o ubicazione territoriale della piantagione). In quest'ultimo senso, si veda Sez. IV, 28 novembre 2007, n. 871, in *Guida dir.*, 2008, n. 9, p. 62, con nota di AMARO, *Serve un intervento risolutivo sulla "piantagione domestica", pro-*

nuncia che, peraltro, ravvisa che proprio dall'assenza di previsioni di questo tipo deve interpretarsi la volontà del legislatore di punire la coltivazione ex se.

⁽¹⁰⁾ Il riferimento va alla fondamentale sentenza 24 luglio 1995, n. 360, in questa rivista, 1995, p. 2830, con nota di AMARO, *Novi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*. La pronuncia si inserisce nella sda inaugurata dalla nota sentenza della C. cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2628 ss., con nota di FAVINACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa* e poi seguita dalle sentenze n. 133 del 1992 e n. 296 del 1996. In particolare la Consulta, nel rigettare la questione di legittimità di disparità di trattamento della condotta di coltivazione rispetto a quella di detenzione, acquisto e importazione (previste all'art. 75), fornisce una lettura dell'art. 73 coerente con il principio di offensività. Si richiede infatti che, ai fini della rilevanza penale nonostante la qualificazione della coltivazione come reato di pericolo astratto, sia necessario l'accertamento del singolo giudice in ordine all'offensività in concreto del bene giuridico tutelato (individuato nella salute collettiva), concludendo, in caso di esito negativo, per affermare l'esistenza del reato impossibile ex art. 49, comma 2, c.p. In dottrina, CARINELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Moniale di diritto penale. Parte generale*, Dike, 2009, p. 549 rilevano che la pronuncia chiara si inserisce in quell'orientamento giurisprudenziale che tende a stemperare la rigida distinzione tra i reati di pericolo in reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto, data l'affermazione della necessità dell'accertamento in concreto anche per le fattispecie inserite nella prima categoria, con la conseguente trasformazione di molti reati di pericolo astratto in reati di pericolo concreto. Il fenomeno, peraltro, si accompagna al progressivo processo dottrinale di concretizzazione e personalizzazione dell'interesse tutelato, come rilevato da GARGAN, *Reati contro la pubblica incolumità*, cit. p. 114 ss.

⁽¹¹⁾ Sez. IV, 6 luglio 2000, Fiorone, in questa rivista, 2001, p. 2539; Sez. IV, 17 settembre 2002, n. 37253, Cantini, ivi, 2003, p. 3531 con nota di NARANO, *De minimis non curat praetor. Diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività*, Sez. IV, 7 febbraio 2003, n. 23842, Morone, ivi, 2005, p. 1390, con nota di PICCAROLI, *La punibilità della coltiva-*

hanno ritenuto necessario, al fine del riconoscimento della rilevanza penale della condotta, che il giudice nel caso specifico compia un accertamento in concreto dell'offensività, individuando poi come unica eccezione alla punibilità l'assoluta inidoneità dell'azione a pregiudicare il bene giuridico protetto. Solo in questo caso, infatti, in forza della evidente destinazione ad uso personale della sostanza stupefacente ricavabile, sarà possibile interpretare estensivamente l'art. 75 ed applicare anche alla coltivazione la sola sanzione amministrativa⁽⁹⁾.

Al riguardo, ciò che si ritiene rilevante non è il numero di piante da cui si estrae la sostanza o il peso del prodotto finale, bensì la tipologia di pianta e il principio attivo ricavabile, quindi l'effetto drogante, da accertare da parte del singolo giudice tramite apposita consulenza tossicologica. È evidente, quindi, che il riferimento alla destinazione – ad uso personale o a terzi – della sostanza stupefacente come criterio discrezionale per circoscrivere l'area della punibilità sia stato sostituito nel tempo dal diretto richiamo del principio di offensività⁽¹⁰⁾, con la conseguente equiparazione tra mancata lesione della salute collettiva e destinazione personale.

D'altro canto, le stesse Sezioni unite hanno sconfessato apertamente la distinzione, utilizzata come metro di giudizio da alcune decisioni che in passato hanno costretto un vero e proprio terzo orientamento⁽¹¹⁾, tra coltivazione "tecnico-agraria" e "domestica", ritenendola priva di fondamento positivo⁽¹²⁾.

— — —
zione di piante da stupefacenti a fronte di condotta idonea in concreto a porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

⁽⁹⁾ Peraltro, la decisione delle Sezioni unite, come del resto quella della Consulta che ne rappresenta un punto di riferimento, sembra evidenziare la distinzione della condotta di coltivazione con quella di cessione di stupefacenti, come già rilevava da attenta dottrina (Amato, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, cit. p. 76 s.). L'A., infatti, osserva che la prima, a differenza della seconda, non è di per sé destinata al mercato, con la conseguenza che risulta necessaria la valutazione dell'offensività in concreto e l'applicazione dell'art. 49, comma 2, c.p. in caso di esito negativo dell'esame. La cessione, al contrario, come chiaramente affermato dalle Sez. un., 24 giugno 1998, Ktemni in questa rivista, 1998, p. 3232, con nota di Amato, *Cessione di dose di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante e reato impossibile: intervengono le Sezioni unite*, risulta ex se lesiva del bene giuridico tutelato e, per l'effetto, per essa risulta superfluo esaminare l'efficacia drogante della sostanza posseduta ai fini del giudizio sulla rilevanza penale.

⁽¹⁰⁾ CARRIGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Memorie di diritto penale*, cit. p. 549. Il passaggio dal criterio distintivo della destinazione a quello della lesività in concreto, a ben vedere, rappresenta uno dei risultati della sentenza n. 360/1995 della Consulta (ragionamento poi seguito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità), che, come visto, nel rigettare la que-

stione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.P.R. n. 309/1990, ne ha dato una lettura conforme al principio di offensività.

⁽¹¹⁾ La tesi fu inizialmente avanzata da Sez. VI, 30 maggio 1994, n. 6347, *Polsena media* e da Sez. VI, 12 luglio 1994, n. 3353, *Gabriele*, in questa rivista, 1995, p. 3083. In seguito, dopo un'interruzione di oltre dieci anni dalla s. n. 360/1995 citata, l'approccio è stato riproposto all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 49/2006, da Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 17983, *Notaro*, ivi, 2007, p. 4287, con nota di Amato, *Finalmente la "coltivazione domestica" è riconosciuta dalla Cassazione*. Si ravvisano riscontri anche nella giurisprudenza successiva: Sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 40362, *Mantovani* in *Guida dir.*, 2007, n. 45, p. 107 con nota di Amato, *Vi verificato che il fine ornamentale non nasconde un'attività di spaccio*; Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 40712, *Niccolotti*, in *C.E.D. Cass.*, n. 237645; Sez. VI, 20 settembre 2007, n. 42650, *Pierantoni*, ivi, n. 238453.

⁽¹²⁾ Secondo la tesi critica, la prima tipologia disciplinata dagli artt. 26-28 d.P.R. cit., rientrerebbe nella previsione dell'art. 73, essendo idonea ad incrementare la diffusione di sostanze stupefacenti, mentre la seconda, essendo destinata a soddisfare il bisogno drogante del singolo tossicodipendente, deve essere assimilata alla condotta di detenzione, con conseguente applicazione del discrimine tra destinazione a terzi e uso personale. La distinzione tra le due tipologie di coltivazione si ritiene, quindi, che vada rimessa all'accertamento fattuale del sin-

2. LE PRESE DI POSIZIONE DEL TRIBUNALE DI ROMA SULLE QUESTIONI ANCORA NON COMPLETAMENTE RISOLTE DALLA GIURISPRUDENZA ATTUALE

Nonostante gli sforzi manifestati dalle Sezioni unite, che sembrano aver dato maggiore sicurezza a livello teorico, permangono tuttavia perplessità sul piano operativo, che testimoniano, tuttora, la convivenza dei due orientamenti maggiori.

In primo luogo il riferimento va alla prospettiva dalla quale compiere l'indagine sull'offensività della condotta. Infatti, da un lato, alcune pronunce evidenziano che non rileva, ai fini dell'integrazione del reato, che al momento dell'accertamento le piante non siano ancora giunte a maturazione, atteso che la coltivazione ha inizio con la posa dei semi, ma rileva l'idoneità anche solo potenziale delle stesse a produrre una germinazione ad effetti stupefacenti⁽¹³⁾. Dall'altro, parte della giurisprudenza afferma, al contrario, che per configurare il reato è necessario valutare la concreta ed attuale offensività della condotta, tanto che la stessa deve essere esclusa quando le piante non hanno ancora completato il ciclo di maturazione e non hanno ancora prodotto sostanza idonea a costituire oggetto dell'accertamento della presenza del principio attivo della sostanza stupefacente⁽¹⁴⁾.

All'evidenza il dissidio non fa che riproporre, per l'appunto, la disputa – che si ritiene superata – sulla natura del reato in questione. Emerge, infatti, ancora una volta, da una parte la visione della coltivazione come reato di pericolo presunto, in cui è sufficiente la mera potenzialità dell'offesa, dall'altra la necessità di un accertamento in concreto, in cui serve che l'offesa si sia già manifestata. Seguendo quest'ultima opzione, quindi, non potrà ritenersi configurato il reato né quando le piante non hanno ancora completato la maturazione né, come avviene nella sentenza in commento, quando la consulenza sia intervenuta in un momento nettamente successivo a quello della commissione della condotta. In questo modo, infatti, il principio attivo rilevato con molta probabilità non corrisponderà a quello effettivo e relativo alla condotta di coltivazione, non essendo possibile fondere la punibilità sulla mera potenzialità lesiva basata su una consulenza non affidabile. Questo in quanto, come afferma l'organo giudicante, «la efficacia drogante accertata a distanza di tempo dal sequestro,

giolo giudice, volto ad individuare gli indici caratterizzanti delle due condotte: da un lato, indica come la preparazione del terreno, la semina e il governo dello sviluppo delle piante, dall'altro, la presenza di alcune piante in vasi detenuti nella propria abitazione. Le tesi viene mossa dall'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento con la condotta di detenzione e dalla valorizzazione dell'espressione "comunque detiene" prevista dall'art. 75, che a seguito dell'evoluzione normativa segnata dal *revirement* del 1993 e dal d.l. n. 272/2005 (convertito dalla l. n. 49/2006), si ritiene ricompresa anche la coltivazione domestica.

⁽¹³⁾ *Ex plurimis* Sez. IV, 15 novembre 2005, n. 150, *D'Ambrosio*, in questa rivista, 2006, p. 3767, con osservazioni critiche di Amato, Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 44287, in *C.E.D. Cass.*, n. 241991. Peraltro in

questo senso si esprimono, anche se solo in via incidentale, le stesse Sezioni unite nella sentenza n. 28605 citata.

⁽¹⁴⁾ Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 1222, *Niccolotti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1529 con nota di GENTILE, *Coltivazione di stupefacenti e principio di offensività: una lettura obbligata delle disposizioni dettate dal D.P.R. 309/90*. Al riguardo, in dottrina viene sostenuto che, in considerazione del bene giuridico della salute collettiva ex art. 32 Cost. che la norma incriminatrice mira a tutelare, deve ritenersi essenziale, ai fini della punibilità, accertare in che quantità ciascuna pianta coltivata sia idonea a sintetizzare il principio attivo. Così, *BARBALINARDO*, *Il bene giuridico offeso nella coltivazione della canapa indiana*, in *Giur. merito*, 1986, p. 1289.

potrebbe esser frutto di un processo di maturazione delle piante avvenuto quando esse non erano più nella disponibilità del prevenuto»⁽⁴⁵⁾.

Allo stesso tempo, è corretto comunque affermare che in questo caso, a differenza dell'ipotesi relativa al grado di maturazione, ciò che impedisce l'integrazione del reato non è tanto la mancanza di offensività, ma l'impossibilità di compiere l'accertamento specifico dovuta alla presenza di un vizio tecnico. A ben vedere, infatti, la tardività della consulenza fa risultare impossibile sapere nel dettaglio l'efficacia drogante presente al momento del fatto e non, al contrario, se efficacia drogante vi era o meno.

Sul piano dell'accertamento pratico, inoltre, un dubbio ulteriore attiene alle modalità dell'esecuzione dell'esame sull'offensività. Secondo un primo orientamento, infatti, si ritiene sufficiente per l'integrazione del reato la sola inclusione della sostanza stupefacente posseduta all'interno degli elenchi delle tabelle di cui agli artt. 13-14 d.P.R. citati, proprio in virtù della natura di reato di pericolo presunto⁽⁴⁶⁾. Altre pronunce, differenzialmente, richiedono in aggiunta di analizzare l'esistenza dell'effetto drogante misurando, tramite consulenza tossicologica, il principio attivo contenuto nella sostanza⁽⁴⁷⁾. Sul punto le Sezioni unite sembrano proporre una soluzione intermedia, incentrata sulla nozione di potenzialità (o idoneità) lesiva della condotta, la quale, prodotto dell'"anticipazione" della tutela penale voluta dal legislatore, dovrà essere comunque oggetto di accertamento del giudice *a quo*. Infatti, se da un lato considerano sufficiente per l'integrazione del reato anche la sola messa a dimora dei semi, dall'altro, nell'ipotesi in cui le piante siano giunte a maturazione, ritengono necessario, non solo valutare l'inclusione nelle tabelle, ma anche analizzare l'esistenza dell'effetto drogante misurando, tramite consulenza tossicologica, il principio attivo contenuto nella sostanza. Resta però da considerare quale sia il grado di offensività necessario, ossia l'efficacia drogante da ritenersi sufficiente per dire il bene giuridico pregiudicato o messo in pericolo.

Al riguardo si deve render conto dell'emersione in giurisprudenza, a seguito della sentenza n. 360/1995, di una tendenza a fare riferimento, ai fini dell'esclusione della punibilità, al fatto che la sostanza estratta sia idonea a determinare un "apprezzabile" stato stupefacente, e non "qualsiasi" stato stupefacente. Al contrario le Sezioni unite, così tentando di fornire direttive nomofilattiche, dopo aver richiamato il prin-

⁽⁴⁵⁾ Peraltro, appare evidente come il riferimento al momento della scoperta, in quanto l'unico idoneo ad offrire parametri di valutazione certi e non di mera aspettativa e legato a circostanze future e incerte, richiami direttamente le stesse modalità di giudizio sperimentate già in passato dalla giurisprudenza ai fini della configurabilità dell'aggravante prevista all'art. 80 comma 2 citato.

⁽⁴⁶⁾ In quest'ultimo senso, limpidamente: Sez. VI, 26 settembre 1990, n. 2369, Mussari, in questa rivista, 1992, p. 1905; Sez. VI, 9 giugno 2004, n. 31472. De Rinnini, ivi, 2005, p. 2739, con nota di Amaro, Ancora sulla coltivazione di piante da stupefacente.

⁽⁴⁷⁾ In tal senso, chiaramente, Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 1222, Nicoletti, cit., ove si specifica che in

assenza del secondo requisito si deve escludere la

rilevanza penale del fatto, perché la condotta è tipica ma non concretamente pericolosa per la salute individuale e collettiva. Conformi in giurisprudenza, Sez. IV, 15 novembre 2004, Bortolotto, in C.E.D. Cass., 2004, n. 231631; Sez. VI, 14 aprile 2003, Isoni, in questa rivista, 2004, p. 1756, con nota di Amaro. Non è punibile la coltivazione di droga inoffensiva, in dottrina, anche se con riferimento specifico alla fattispecie di cessazione, Mucciarulli, Il nome delle cose: la determinazione della qualità stupefacente di una sostanza fra requisiti di fattispecie, estremo di necessità offensività e rilevanza, in Foro ambro., 2000, p. 241 s. Contra, Sez. IV, 29 settembre 2004, Aspri, in C.E.D. Cass., n. 230571.

prio di offensività in entrambi i suoi due piani di operatività (della previsione normativa – o offensività in astratto – e dell'applicazione giurisprudenziale – o offensività in concreto), finiscono per ritenere non configurato il reato solo se la condotta è "inoffensiva", ossia se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (quindi, solo se la sostanza ricavabile non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile)⁽⁴⁸⁾. Dalla lettura della decisione che si commenta, il Tribunale di Roma, anche se non affronta la questione esplicitamente, fa pensare invece ad una sua adesione al primo orientamento nel momento in cui, riportando le affermazioni del consulente tecnico, fa riferimento alla necessità del superamento del limite massimo di sostanza stupefacente riportato dalle tabelle⁽⁴⁹⁾. L'idea inoltre si rafforza se, come già evidenziato, si tiene conto che l'assoluzione è stata determinata dall'impossibilità di individuare il livello specifico di stato stupefacente e non un "qualsiasi" livello di stato stupefacente.

3. IL RUOLO ATTUALE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ ED I RISCHI CONNESSI ALLA SUA AFFERMAZIONE

L'importanza conferita al principio di offensività tanto dalla Consulta quanto dalle Sezioni unite (e recepita oggi, ampiamente, dal Tribunale di Roma) deve far riflettere sul ruolo da questo rivestito nell'attuale sistema penale e sulle conseguenti insidie riscontrabili sul piano applicativo. Ebbene, nonostante una crescente tendenza a considerarlo parametro di valutazione del merito delle scelte legislative, è possibile rilevare che, anche in materia di coltivazione di piante stupefacenti, resta prevalente la sua affermazione come canone interpretativo in concreto⁽⁵⁰⁾. Ciò non toglie che, così facendo, permanga la possibilità di un suo utilizzo volto ad orientare la ricostruzione

⁽⁴⁸⁾ Nello stesso senso anche Sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 12328, Fiorillo, in Giordano-Di Matteo, Reati in materia di stupefacenti. Percorsi giurisprudenziali, Giuffrè, 2008, p. 91 ss. In dottrina, CARONELLA-Della Valle, De Palma, Manuale di diritto penale, cit., p. 549

osservano che, così facendo, si finisce per escludere la sussistenza del reato non per mancanza dell'offesa al bene giuridico, bensì per mancanza dell'oggetto materiale del reato, ossia della sostanza stupefacente.

⁽⁴⁹⁾ I limiti, anche se di carattere quantitativo, sono formulati attraverso la considerazione diretta del principio attivo, quindi dell'efficacia drogante. In particolare, è stata individuata una Dose Media Singola (DMS) – definita come la quantità di principio attivo per la singola assunzione idonea a produrre un effetto stupefacente e psicotropo in un soggetto tollerante e dipendente – e, per calcolarne il limite, la stessa viene a sua volta moltiplicata per un moltiplicatore variabile, differente per ogni sostanza stupefacente. Sul punto, chiaramente, v. AMARO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, cit., p. 67 s. Inoltre, sulla qualificazione dei limiti-soglia come elemento costitutivo dell'illecito o indizio o presunzione, v. MANFRA,

Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze, in INSOLERA, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, 2008, p. 36 s.

⁽⁵⁰⁾ Secondo MANFRA, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico*, Giappichelli, 2005, p. 242 ss. sono tre i ruoli che il principio di offensività può svolgere: canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di legittimità costituzionale. Da par suo, la Corte costituzionale, già in passato, lo ha considerato esplicitamente come criterio che deve "reggere ogni interpretazione di norme penali" (così la pronuncia del 26 marzo 1986, n. 62, in questa rivista, 1986, p. 1053). Si rievra, comunque, che l'evoluzione di questo pensiero non è stata del tutto lineare, non mancando ancora nella recente giurisprudenza sentenze che negano l'esistenza di un qualsiasi fondamento positivo al detto principio (tra le altre: Sez. II, 6 ottobre 2004, n. 41462, in *Dir. e giur.*, 2004, n. 46, p. 69, con nota di IZZO; Sez. III, 23 ottobre 2001, n. 44161, in questa rivista, 2003, p. 975, con nota di CONDEMI, *Brevi considerazioni intorno ai reati di scopo e al principio di offensività*).

dei limiti di tipicità della fattispecie in una prospettiva "sostanzialistica", paventando-
si così il rischio di introdurre elementi di discrezionalità.

In primo luogo, occorre considerare che l'orientamento citato finisce per accede-
re ⁽²¹⁾ implicitamente alla concezione realistica del reato ⁽²²⁾, che, all'evidenza, ha costi-
tuito in passato il supporto necessario per lo sviluppo della teoria dell'offensività ⁽²³⁾.
Infatti, non giudicando sufficiente per la configurazione del reato la mera integrato-
ne della condotta di previsione legale, in quanto di per sé potenzialmente lesiva del
bene protetto ⁽²⁴⁾, si considera l'offesa, come visto, al pari di un ulteriore elemento
costitutivo del reato; con la conseguenza che, se la condotta risultasse assolutamente
inidonea a porre in pericolo il bene giuridico tutelato, verrebbe meno la stessa ricon-
ducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, con l'immediata configurazione
del reato impossibile ex art. 49, comma 2, c.p. ⁽²⁵⁾ e la declaratoria dell'esclusione della
punibilità del fatto ⁽²⁶⁾.

Al contempo, occorre però ricordare che l'opinione contraria, tuttora ampiamente
sostenuta ⁽²⁷⁾, rileva che far dipendere l'operatività della norma incriminatrice dall'ac-
certamento giudiziale determinerebbe sia l'introduzione di elementi di incertezza che
il rischio di una confusione tra funzione giudiziaria e legislativa ⁽²⁸⁾. Perplesità che,
all'evidenza, potrebbero sorgere dall'analisi della pronuncia che si annota, che, nello
scopo di conferire primaria rilevanza al momento dell'accertamento, finisce sostan-

⁽²¹⁾ Contra BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, Diritto e scienza, 2010, p. 242, che smaschera l'adesione alla concezione realistica da parte della Consulta.

⁽²²⁾ Tra i sostenitori della tesi della "concezione realistica del reato" si ricorda GALLI, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1958, p. 786; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. d.l.*, vol. XIX, 1973, p. 7 ss.; NERPI-MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. di per.*, vol. XII, Utet, 1996, p. 260 ss.

⁽²³⁾ Infatti la giurisprudenza di merito e di legittimità ne ha nel tempo dedicato gli schemi in molti settori della parte speciale. Ampia rassegna in ZACCHERESI, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività del fatto tipico e lesività*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Giuffrè, 1982, p. 417 ss.

⁽²⁴⁾ In quest'ultimo senso è, invece, tanto il summenzionato primo orientamento sviluppatosi in giurisprudenza, quanto BARTORE-LAZZETTI-IZZO, *Stupefacenti e sostanze psicotrope*, Iovene, 1991, p. 252 s.

⁽²⁵⁾ Categoria, questa, a cui fanno appunto riferimento entrambi i consensi menzionati come anche la giurisprudenza di merito (ex multis Sez. VI, 11 marzo 1998, *Pesce*, in questa rivista, 1999, p. 3262). In dottrina, v. NERPI-MODONA, voce *Reato impossibile*, cit., p. 260 ss.; NERI, *La produzione e il traffico degli stupefacenti*, Art. 73, in AA.VV., *Le sostanze stupefacenti a cura di Insolera*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola-Zagrebelsky, Utet, 1998, p. 182 ss.; AMARO, *Cessione di sostanze stu-*

pefacenti prive di effetti droganti e reato impossibile, in *Foro it.*, 1998, II, c. 758.

⁽²⁶⁾ Contra, Trib. Frosinone, 10 novembre 1983, Grossi, in *Giur. merito*, 1984, II, p. 933, con nota di DE ANGENIS, *Il momento consumativo del reato di coltivazione di canapa indiana*, che, con specifico riferimento all'ipotesi della coltivazione, ha osservato che, perfezionandosi il reato sin dal compimento della sola azione del coltivare piante, risulterebbe non configurabile tanto il reato impossibile quanto il tentativo.

⁽²⁷⁾ Nel senso di escludere la possibilità di uno sfasamento tra tipicità ed offesa, in quanto contrario al principio di legalità che governa l'intero sistema penale, STRAIA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.; SERANNI, voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, p. 1 s.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 275 s. In particolare sulla possibilità di risolvere già sul terreno della tipicità tutti quei casi di mancata corrispondenza tra conformità al tipo ed offensività cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 479.

⁽²⁸⁾ Inoltre, ulteriore rischio potrebbe derivare dal richiamo dell'art. 49, comma 2, c.p., che, secondo C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, Utet, 2008, p. 291 ss., 296, potrebbe costituire la base normativa per consentire l'ingresso dell'irrelevanza penale delle c.d. azioni socialmente adeguate.

zialmente per allontanarsi – come già accennato – dal percorso segnato dalle Sezioni unite. Queste ultime, infatti, nel ritenere la coltivazione un reato di pericolo astratto, individuano l'unica eccezione alla rilevanza penale nel solo caso di assoluta inoffensività della condotta, ossia quando, in seguito all'accertamento, si riscontra la mancanza di lesione del bene giuridico, anche solo a livello potenziale. Quindi, seguendo questa opzione ermeneutica, sarebbe risultato sufficiente apprendere dal consulente tecnico che, al momento del sequestro, la sostanza ricavabile dalla pianta coltivata avesse posseduto un "qualsiasi effetto drogante". Il Tribunale di Roma, al contrario, facendo piena e corretta applicazione dell'offensività in concreto finisce per rimettere l'esito del giudizio sulla punibilità ad un elemento temporale estraneo alla fattispecie, introducendo il rischio di trattare ipoteticamente in maniera differente due condotte di coltivazione distinte tra loro solo dal momento in cui è intervenuta la consulenza ⁽²⁹⁾.

Sotto diverso profilo, un'ulteriore insidia alla determinatezza della fattispecie può derivare dalla preliminarmente necessità di individuare il bene giuridico ⁽³⁰⁾ tutelato dalla normativa in materia di stupefacenti, con particolare riferimento alla coltivazione. Invero, tale operazione presenta ampi margini di discrezionalità rimessi direttamente all'interprete, il quale potrà in tal modo determinare concretamente l'area della rilevanza penale. Il conseguente rischio di oscillazioni emerge, infatti, proprio dall'esame della giurisprudenza costituzionale, che, nonostante abbia comunemente fatto riferimento alla salute collettiva ⁽³¹⁾, nella citata sentenza n. 333 del 1991 ad essa ha aggiunto anche la sicurezza e l'ordine pubblico ⁽³²⁾. Una soluzione, quest'ultima, che potrebbe peraltro condurre ad una facile elusione del principio di offensività ⁽³³⁾, sia perché introdurrebbe un'ipotesi di plurioffensività ⁽³⁴⁾, sia perché aumenterebbe il grado di astrazione nell'accertamento della lesione, già alto nei reati di pericolo presunto.

⁽²⁹⁾ Peraltro, una questione simile ha costituito oggetto della pronuncia n. 28606 citata dalle Sezioni unite, che hanno annullato con rinvio una sentenza di assoluzione in un caso in cui la «consulenza tecnica-tossicologica del p.m. non era riuscita a quantificare il principio attivo e la quantità di sostanza stupefacente sequestrata, in quanto le piante erano state poste in sei sacchetti di cellophane ed erano pervenute allo stesso consulente tecnico complementemente putrefatte, residuandone solo alcune foglie essiccate nelle parti fuoriuscite dai sacchetti da cui si era potuto desumere la presenza di principi attivi di canapa indiana».

⁽³⁰⁾ Sulla considerazione del bene giuridico come punto di riferimento del principio di offensività, in quanto oggetto della lesione da rilevare, tra gli altri, FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 42 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, 2004, § 1, C. cost., 24 luglio 1995, n. 360, cit. In dottrina, v. AMEROSINI, *Le sostanze stupefacenti*, in AMEROSINI-

MILLETTO, *Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*, Utet, 1989, p. 48; FORTUNA, *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, p. 1196.

⁽³²⁾ Di questa opinione sono state anche le Sezioni unite nella citata sentenza 24 giugno 1998, Kreml, che, peraltro, hanno aggiunto tra i beni protetti anche la salvaguardia delle giovani generazioni. In dottrina, v. ZAVIA, *La nuova disciplina penale delle sostanze stupefacenti. Commento e giurisprudenza*, Maggioli, 2006, p. 21; RONCO, *Il controllo penale delle droghe alla luce del principio di offensività*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 476.

⁽³³⁾ Sul contrasto al principio di offensività, v. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 263.

⁽³⁴⁾ Considerata da MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 85, una delle tecniche più diffuse di elusione del detto principio. Inoltre, in generale, sui rischi di manipolazione del concetto di bene giuridico, v. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999, p. 156.

Ritenendo, però, alla stregua dell'opinione prevalente, che il bene giuridico protetto sia la sola salute, emerge un'ulteriore questione in relazione alla sua concreta definizione. Invero, fare riferimento alla salute collettiva o a quella individuale manifesterebbe le sue dirette conseguenze al momento del giudizio sulla effettiva lesività della condotta: dal concetto di salute pubblica deriva infatti una componente di astrazione che rende inutile valutare se determinate sostanze siano effettivamente dannose per soggetti specifici⁽⁵⁹⁾. Del resto, l'indirizzo favorevole alla tesi del reato di pericolo presunto, presuppone per l'appunto la scelta dell'opzione della salute collettiva, in quanto solo questa (e non la salute individuale) può essere posta in pericolo dalla potenzialità lesiva della coltivazione, derivante dalla sua implicita attitudine alla creazione di nuove disponibilità⁽⁶⁰⁾. Peraltro, con l'immediata conseguenza che, seguendo la tesi delle Sezioni unite, in ogni singola fattispecie, con molta facilità, potrebbe ravvisarsi quel minimo di lesione sufficiente a conferire rilevanza penale.

Nel complesso, sembra potersi riscontrare in materia di coltivazione l'emersione per più aspetti di un approccio sostanzialista⁽⁶¹⁾, volto ad esaltare l'offensività e ad utilizzarla come misura compensativa alla tendenza legislativa di far sopravvivere o di immettere molteplici fattispecie destinate alla tutela di beni giuridici non sempre riscontrati nella coscienza della comunità. Invero, la "presunzione di onnipotenza" del legislatore, il quale finisce per usare la sanzione penale per rafforzare discipline amministrative e così per far proliferare le fattispecie di reato di pericolo astratto⁽⁶²⁾, trova un freno sul piano ermeneutico con l'affermazione della concezione realistica e l'esaltazione del bene giuridico come fulcro della fattispecie penale⁽⁶³⁾. Allo stesso

tempo, si avverte che l'eccessiva apertura a visioni sostanzialiste potrebbe condurre, come visto, a letture connotate da incertezza applicativa, al limite della violazione dei principi di legalità e determinatezza. Ecco quindi che, la soluzione sposata dalle Sezioni unite se, da un lato, accede a ricostruzioni sostanzialiste che valorizzano una attitudine lesiva, dall'altro mantiene fermo il rapporto col dato letterale, muovendosi nel paradigma del reato di pericolo astratto. Ciò che ne risulta è la descrizione della coltivazione come un reato di pericolo potenziale o di attitudine pericolosa, che rappresenta una forma di pericolo astratto più concretizzato, *ex ante*, sulla situazione effettiva⁽⁶⁴⁾. Compito del giudice non sarà, quindi, quello di rendere concreto un giudizio di pericolo che il legislatore ha voluto astratto⁽⁶⁵⁾, ma di valutare *ex ante*, tramite una minima concretizzazione, se, nella specifica situazione, sussista l'"attitudine lesiva" per la salute pubblica, in quanto derivante dalla pericolosità della sostanza coltivata⁽⁶⁶⁾.

⁽⁵⁹⁾

In particolare si deve distinguere l'ipotesi in cui si è in presenza di un oggetto giuridico individuale e determinato e quella in cui l'oggetto di tutela è un bene sovraindividuale o generico. Infatti, mentre nel primo caso assume rilievo la presenza del soggetto passivo nell'area di azione del fatto, così da render concreto e reale il pericolo, nell'altro, viceversa, la base del giudizio di pericolo, in quanto indipendente dalle peculiarità dei singoli soggetti passivi, determina una deviazione dal modello assolutamente concreto, cosicché la punibilità si estende anche ai fatti in cui è mancato un effettivo impatto con la fonte di pericolo (dando quindi luogo ad un pericolo astratto). Così, v. PARON-GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 268. Inoltre, cfr. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, vol. II, a cura di Chiarella, 1981, p. 57 ss.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, p. 699.

⁽⁶⁰⁾ TORDELLI, *Giurisprudenza penale 2009*, Giuffrè, 2009, p. 95.

⁽⁶¹⁾ La rilevanza della concezione realistica del reato in materia di stupefacenti si è vista crescere anche con riguardo alla fattispecie di cessione, per la quale, dopo la citata sentenza Kreml, ad opinione di un determinato orientamento si è ritenuto necessa-

rio, ai fini della punibilità, compiere l'accertamento in concreto del principio attivo della sostanza, non ritenendo più sufficiente la sola inclusione di essa nell'elenco previsto dalle tabelle ministeriali; così recependo l'orientamento della Consulta volto a valorizzare il principio di necessaria offensività (*ex plurimis* s. 10 luglio 1991, n. 333 cit.; s. 27 marzo 1992, n. 133, in questa rivista, 1992, p. 262), con nota di MANZONE, *La legge sugli stupefacenti ancora all'esame della Consulta*, Conforme, BARTOLI, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e "concezione realistica"*, in Dir. pen. proc., 1999, p. 317 s.

⁽⁶²⁾ BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 226. Sullo sfondo permane l'utilizzo dello strumento penale per funzioni di pedagogia morale. In questo senso si veda MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 59.

⁽⁶³⁾ Sul punto il rinvio va principalmente alla rilettura costituzionalmente orientata della teoria del bene giuridico (BACICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 72 ss.), quanto meno nella sua versione attenuata - oggi prevalente - che ammette l'intervento penale per tutti i beni costituzionalmente non incompatibili (MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 186 ss.), limitando per il resto il sindacato di legittimità alla verifica in ordine al rispetto del principio di ragionevolezza. Con questa lettura il principio di

offensività impone quindi al legislatore di selezionare nell'ambito degli accadimenti solo quelli che comportano un'offesa o quanto meno una messa in pericolo di un bene giuridico significativo. Per una critica attuale alla teoria avanzata dal Bacicola, v. DONNAT, voce *Teoria del reato*, in Dir. pen. proc., 1998, p. 48-49.

⁽⁶⁴⁾ DONNAT, *Modelli di illecito penale minore*. Un

contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, a cura di Donnat-Castronuovo, Cedam, 2007, p. 235.

⁽⁶⁵⁾ Come fatto dal Tribunale di Roma.

⁽⁶⁶⁾ MANES, *Il nuovo art. 73 del DPR n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in questa rivista, 2008, p. 4478.



Senza condanna la coltivazione di cannabis quando le piantine non sono mature

Corte di cassazione - Sezione IV penale - Sentenza 28 ottobre 2008-14 gennaio 2009 n. 1222
(Presidente Mocali; Relatore Bevere; Pm - difforme - Iannelli; Ric. Nicoletti)

LA MASSIMA

Stupefacenti e tossicodipendenza - Attività illecite - Coltivazione - Pianta non ancora giunte a maturazione - Inoffensività della condotta- Fattispecie. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 73; Cp, articolo 49)

Non è punibile la condotta di coltivazione di piante da stupefacenti allorché si tratti di piante non ancora giunte a maturazione e che, quindi, non abbiano ancora prodotto sostanza avente efficacia stupefacente o psicotropa. (Nella specie, trattavasi di 23 piantine di cannabis sativa, che, per il mancato completamento del ciclo produttivo, solo in via prognostica poteva prevedersi che avrebbero prodotto una notevole quantità di principio attivo).

Svolgimento del processo

Con sentenza emessa il 23/10/2003, la Corte di appello di Ancona ha confermato la sentenza pronunciata il 3/2/1998 dal tribunale di Urbino, con la quale Nicoletti Domenico veniva condannato alla pena di 1 anno e 4 mesi di reclusione e L. 7.000.000 di multa, in quanto ritenuto colpevole del reato ex art. 73 co. 1 e 4 del DPR 309/90, per aver coltivato, senza la prescritta autorizzazione, 23 piantine di sostanza stupefacente, tipo cannabis sativa, in una fascia di terreno nei pressi della propria abitazione.

Nella motivazione della corte di merito, in via preliminare, si osserva che l'attività di coltivazione di sostanze stupefacenti o psicotrope costituisce reato, indipendentemente dalla destinazione e dall'uso che l'autore intende fare della sostanza.

Il richiamato fatto dall'appellante all'art. 75 della medesima normativa non è pertinente, in quanto le uniche attività che vengono sottratte al rilievo penale e ricomprese nella figura dell'illecito amministrativo sono quelle di importazione, acquisto e detenzione, in caso di destinazione della sostanza a uso personale. Tale disciplina è pienamente coerente con la maggiore pericolosità della coltivazione, in quanto mirata alla produzione di nuova sostanza stupefacente.

Secondo la corte di appello, non ha rilevanza l'assenza di principio attivo nelle 23 piantine, non ancora giunte a maturazione, in quanto è stato accertato, tramite consulenza tossicologica che le piante che avevano attecchito nel terreno se lasciate giungere a maturazione, avrebbero prodotto una notevole

quantità di principio attivo. La S.C. ha precisato che la effettiva tossicità delle piante e la quantità di sostanza drogante dalle stesse ricavabile non rilevano ai fini della configurabilità del reato (sez. IV 16/1/2002, n. 6851; *id.* 18/5/2001, 36524).

Nel ricorso a questo giudice, il Nicoletti esprime la doglianza sulla violazione di legge per inosservanza, da parte della sentenza impugnata, dell'orientamento interpretativo della Corte costituzionale, secondo cui la non punibilità per uso personale va estesa alla coltivazione di sostanza stupefacenti (sentenza 360/95).

La motivazione è carente, laddove afferma che le piante sarebbero giunte a maturazione producendo sostanza psicotropa, avendo attecchito al terreno, in quanto per giungere a maturazione e a produrre sostanza drogante sono necessari altri fattori favorevoli (terreno, clima etc.), la cui esistenza non è stata accertata. Si profila quindi l'ipotesi di omissione di concreto accertamento della messa in pericolo del bene protetto.

Motivi della decisione

L'esame della fondatezza o meno delle censure mosse alla sentenza impugnata comporta necessariamente e preliminarmente l'analisi dell'interrogativo centrale della questione interpretativa: quale sia il bene giuridico che il legislatore, con la normativa penale in materia di stupefacenti, intenda tutelare, nel contesto della dovuta osservanza del principio di offensività.

Nella sentenza della Corte costituzionale-interpretativa di rigetto della questione di legittimità sol-



levata sullo stesso argomento - (sentenza n. 360 del 24 luglio 1995, in: Cass. pen., 1995, n. 1679) si fa esplicito riferimento alla salute quale bene tutelato dalla disciplina sugli stupefacenti e al pericolo che da questi possono derivare a tale bene. Nella sentenza è rinvenibile la interpretazione fatta propria dal giudice delle leggi come l'unica conforme alla Costituzione e come tale avente efficacia diretta nel giudizio *a quo* e efficacia riflessa in altri giudizi (vedi Sez. un., 29/2/2000, Musitano, in Cass. pen. 2000, n. 1056 con i richiami a Sez.un. 16/12/1998, Alagni; Sez.un. 13/6/1998, Gallieri; Sez.un. 13/12/1995, Clarke.).

Nel senso indicato da questa sentenza può essere individuato nella salute il bene tutelato dalla normativa in esame nella prospettiva del suo rispetto per il principio di offensività (o di necessaria lesività). Tale principio comporta che la incriminazione di un fatto attinente a una sostanza stupefacente è giustificata solo se offensivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo) della salute; bene/interesse di rilevanza costituzionale. Il bene della libertà personale, cui l'art. 13 Cost. riconosce rilievo fondamentale tra i diritti della persona, può essere sacrificato solo a seguito di offesa di un bene/interesse del medesimo rango.

Il presupposto fondamentale di legittimazione della scelta punitiva è quindi la tutela della salute dei consumatori (attuali e potenziali) e la rilevanza costituzionale del bene è garantita dal chiaro ed inequivoco riferimento agli articoli 2 e 32 della Carta fondamentale.

La costituzionalizzazione di questo principio si collega alla concezione materiale o realistica del reato: tale concezione, riconoscendo il reato come fatto conforme al modello legale e lesivo dell'interesse tutelato, in caso di scissione tra tipicità e offensività, disconosce rilevanza penale al fatto - tipico ma non offensivo - accertato dal giudice. Secondo tale concezione, l'art. 49 cpv del codice penale costituisce - più che un completamento della disciplina del delitto tentato, attraverso l'affermazione della non punibilità del tentativo impossibile - un principio generale, operante in ogni settore dell'ordinamento, in base al quale non sono punibili i comportamenti conformi al tipo descrittivo, ma non lesivi dell'interesse protetto.

Va ancora richiamata la citata sentenza della Corte costituzionale in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti (n. 360/1995):

«La verifica del rispetto del principio di offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore implica la ricognizione della astratta fattispecie penale, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in essa sussumibili. Operata questa astrazione degli elementi essenziali del delitto in esame, risulta una condotta (quella della coltivazione di piante da cui sono estraibili principi attivi di sostanze stupefacenti) che ben può valutarsi come «pericolosa», ossia idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia e quindi di creare occasioni di spaccio di droga; tanto più che l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili.

Si tratta quindi di un tipico reato di pericolo connotato dalla necessaria offensività, proprio perché non è irragionevole la valutazione prognostica sottesa alla astratta fattispecie criminosa di attentato al bene giuridico protetto. E - come già questa Corte ha avuto occasione di rilevare (sent. n. 133 del 1992 e n. 333 del 1991, ma cfr. anche sent. 62 del 1986) - non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reato di pericolo presunto, né nella specie è irragionevole o arbitraria la valutazione, operata dal legislatore, nella sua discrezionalità, della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione».

È condivisibile la posizione della dottrina, secondo cui il bene della salute tutelato dalla disciplina sugli stupefacenti va inteso non come diritto soggettivo individuale, ma come bene di cui l'individuo è portatore nell'interesse della collettività. Questi reati sono tali in quanto pongono in pericolo - in forme più o meno incisive - la salute degli assuntori, a seguito di prolungate assunzioni nessuna delle quali è normalmente idonea a compromettere il bene tutelato.

Si tratta dunque di reati di pericolo astratto, destinati a sanzionare condotte seriali con effetti cumulativi, in quanto fonti di pericolo del verificarsi non già di una lesione, bensì di una situazione pericolosa per il bene della salute (in tal senso la sentenza S.U. 28605/08, in tema di coltivazione, li ha classificati come reati di pericolo).

Essenziale connotato è quindi la dimostrazione della probabilità di un evento lesivo, attraverso la



dimostrazione dell'efficacia drogante della sostanza, a prescindere della idoneità concreta dell'assunzione a ledere la salute del consumatore.

Secondo il giudice delle leggi (sentenza 360/1995), diverso profilo è quello dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata dal giudice ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta «perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 c.p.)».

Seguendo tale chiave interpretativa, va dimostrata con assoluta certezza, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la sostanza detenuta, sia in grado di produrre effetti droganti.

La sentenza delle S.U., sempre in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti (n. 28605 del 2008), affermata la offensività in astratto della condotta di coltivazione di piante da cui è ricavabile sostanza stupefacente, esamina la necessità «della verifica - demandata al giudice di merito dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Il principio della offensività - in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa (*nullum crimen sine iniuria*), secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, opera su due piani "rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o comunque la messa in pericolo di un bene o interesse oggetto di tutela penale (offensività in astratto), e della applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato" (così testualmente la Corte cost. n. 265/05, e in senso conforme, vedi pure le decisioni 360/95, 263/00, 519/00, 354/02). Nella specie, la Corte costituzionale, come già si è detto, con la sentenza n. 360 del 1995, ha ritenuto che la condotta di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanza stupefacente integra un tipico reato di pericolo presunto, connotato dalla necessaria offensività della fattispecie criminosa astratta. In

ossequio, però, al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, spetterà al giudice verificare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata, sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto risultando in concreto inoffensiva.

La condotta è inoffensiva soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante, infatti, è a tal fine il grado dell'offesa), sicché con riferimento allo specifico caso in esame, la "offensività" non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile».

Questa prospettiva interpretativa della Corte costituzionale è stata seguita in maniera prevalente dalle decisioni della S.C., che hanno escluso la sussistenza del reato ex art. 73 DPR 309/90, qualora la sostanza stupefacente o psicotropa, pur essendo ricompresa nelle tabelle allegate alla legge, sia priva di qualsiasi efficacia farmacologica e quindi sia inidonea a determinare l'effetto drogante.

Secondo sez. IV n. 601 del 28/2/1997, Iannelli, rv 208011 «il reato di cessione va escluso, per inidoneità del mezzo, quando il principio attivo contenuto nella dose ceduta sia di entità tale da non poter produrre un concreto effetto drogante, che in tal caso il fatto è solo apparentemente, ma non sostanzialmente, conforme al modello legale, dato che l'impossibilità che si produca l'effetto che la legge mira ad impedire lo priva dell'essenziale requisito dell'offensività, correlata al principio di legalità» (conf. IV, 19/12/1996, Bongiovanni, rv 206652; VI, 15/10/1996, Basseoni, rv 206578; IV, 3/11/1993, Rasid, rv 196606; IV 9/11/1993, Nabil, rv 196949).

L'esclusivo riferimento costituzionale come indice di ricerca del bene tutelato da queste norme sugli stupefacenti viene abbandonato dalla giurisprudenza minoritaria, che è sostenuta da una decisione delle Sezioni Unite del 24/6/1998, n. 9973, che ha affermato il principio di diritto così massimato:

«In tema di stupefacenti, scopo dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 DPR 309 del 1990 è quello di combattere il mercato della droga espellendolo dal circuito nazionale, poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore, viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, non-



ché il normale sviluppo delle giovani generazioni. Ne consegue che, avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze stupefacenti indicate negli elenchi appositamente predisposti - la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta soglia drogante, in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto».

È evidente che la sentenza - dinanzi all'accertamento dell'assenza di pericolo specifico per il bene della salute - fa ricorso alla sussistenza del pericolo per beni giuridici non contemplati dalla Carta Costituzionale - inserendo il tema della necessaria lesività in un contesto di plurioffensività, ricavato dalla *ratio legis*. Il bene della salute, come parametro di selezione qualitativa della meritevolezza della pena, viene affiancato da altri beni/interessi, ritenuti strumentali alla tutela del primo - che è quindi ridimensionato come strumento di orientamento dell'intervento punitivo dello Stato - o viene sovraddimensionato, mediante il ricorso a beni giuridici di vaga determinazione, che ne ampliano la sua influenza, pur in assenza di specifica offensività.

In tal modo l'assenza di efficacia drogante e quindi l'assenza del pericolo di offensività specifica per il bene della salute non esclude la rilevanza penale del fatto, in quanto l'attitudine offensiva della condotta viene proiettata su interessi visti come strumenti per una mediata tutela del bene costituzionalmente protetto (quale la lotta al mercato della droga), o su valori, quali la sicurezza e l'ordine pubblico e il normale sviluppo delle giovani generazioni, visti come strumenti per una più estesa tutela di questi beni.

Questo indirizzo interpretativo è stato seguito da Cass. 13 maggio 1999, n. 6864, Trovato rv 214204 secondo cui il divieto di circolazione coinvolge tutte le sostanze specificamente indicate negli elenchi allegati, indipendentemente dalla presenza dei canonici principi attivi nei quantitativi commercializzati «conseguentemente, la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta soglia drogante, non ha alcuna rilevanza ai fini della punibilità del fatto». Sulla stessa linea sono IV, 15/5/2003, De Paoli rv 225127; IV 13/6/2001, Pan-

nella, rv 219778; VI 8/11/2000, Giallonardo, rv 217533.

Sull'opposto versante, pur dopo la decisione delle S.U., è sez. IV, 12/1/2000, Fucile, rv 215876.

L'abbandono del riferimento costituzionale quale indice di ricerca degli interessi tutelabili, comporta il venir meno della funzione del principio di offensività quale criterio di controllo della aderenza ai principi costituzionali dell'intervento repressivo.

È stato sostenuto dalla dottrina che si cade così in un equivoco metodologico, determinando una confusione tra e l'onnicomprendente e dilatabile concetto di *ratio legis* e il concetto di bene giuridico, che dovrebbe essere assunto come interesse predefinito e preesistente rispetto alla legislazione penale, legittimato da norme costituzionali anche implicite e funzionalmente destinate a delimitare l'area del penalmente rilevante.

Non va inoltre sottovalutata la rilevanza della Costituzione non solo come limite ma anche come base giustificativa, sotto il profilo della ragionevolezza, dell'intervento punitivo dello Stato. Ogni scelta di politica criminale che voglia rispettare il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost) è condizionata dall'esito positivo del vaglio sul razionale bilanciamento dei beni/interessi contrapposti o la proporzione tra mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito.

Il principio di ragionevolezza è pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale come altro limite per il diritto penale (vedi, tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, che sottolinea «la necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, non eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela dei valori di rilievo costituzionale»).

Nel doveroso bilanciamento di principi di rango costituzionale con il principio cardine della libertà personale si pone il problema della possibilità che questo bilanciamento coinvolga i generici beni che sono indicati nella sentenza delle Sezioni Unite del 1998 («la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni») non presenti esplicitamente nella Costituzione, ma che ricorrono come valori guida di scelte di politica criminale (prevalentemente contingenti, per ricorrenti «emergenze»).

Questa punizione - ove la si consideri razional-



mente ingiustificata o proporzionalmente non adeguata - non è giustificabile mediante il richiamo alla natura di reati di pericolo presunto, riconosciuta ai reati in tema di stupefacenti. Dinanzi al paradosso di condotte tipiche ma concretamente non pericolose per la salute individuale e collettiva tutelata dalla Costituzione, il giudice, guidato dal combinato disposto dei principi di offensività e della ragionevolezza, deve chiedersi se possa esercitare il potere punitivo dello Stato, sacrificando la libertà personale, per tutelare il bene della salute, dinanzi a una offensività, non ravvisabile neanche in grado minimo, nella singola condotta dell'agente. Come già detto, per essere meritevole di punizione, la condotta tipica deve avere come oggetto sostanze stupefacenti aventi un requisito formale (rientrare negli elenchi delle tabelle) e sostanziale (avere efficacia stupefacente o psicotropa e quindi capacità o potenzialità lesiva). In caso di assenza di quest'ultimo, deve escludere la rilevanza penale del fatto.

Venendo alla fattispecie in esame, deve concludersi che in concreto non è rilevabile e quindi non è suscettibile dell'accertamento chiesto al

giudice l'effetto stupefacente in una pianta il cui ciclo non si è completato e che quindi non ha prodotto sostanza idonea a costituire oggetto del concreto accertamento della presenza di principi attivi.

La prognosi espressa dal consulente tecnico sulla futura esistenza dei principi attivi non può equivalere all'accertamento richiesto al giudice dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite, all'esito del quale può ritenersi dimostrata l'offensività della condotta dell'agente, nella sua accezione concreta.

Questo accertamento a futura memoria, in cui si ipotizza - più che la attuale produzione di principi attivi - l'attuale assenza di ostacoli alla futura produzione di principi attivi, non può fondare una dichiarazione di responsabilità in un ordinamento in cui, inoltre, vige il principio della presunzione di non colpevolezza.

Pertanto, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio, perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.

LA GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

Stupefacenti - Attività illecite - Coltivazione - Trattamento sanzionatorio - Rilevanza penale - Destinazione all'uso personale - Irrilevanza. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articoli 73 e 75)

Costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto a uso personale.

■ Corte di cassazione, sezioni Unite penale, sentenza 24 aprile-10 luglio 2008 n. 28605

Dose di droga ceduta - Inefficacia del principio attivo - Impossibilità dell'effetto - Sussistenza del reato - Esclusione. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 73)

In materia di stupefacenti, il reato di cessione va escluso, per inidoneità del mezzo quando il principio attivo contenuto nella dose ceduta sia di entità tale da non poter produrre un concreto effetto drogante, che in tal caso il fatto è solo apparentemente, ma non sostanzialmente, conforme al mo-

dello legale, dato che l'impossibilità che si produca l'effetto che la legge mira a impedire lo priva dell'essenziale requisito della offensività, correlata al principio di legalità.

■ Corte di cassazione, sezione IV penale, sentenza 18 giugno 1997 n. 601

Cessione - Sostanza inidonea a produrre l'effetto drogante per insufficienza del principio attivo - Reato - Sussistenza - Esclusione. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 73)

In tema di stupefacenti, non può ravvisarsi il reato previsto dall'articolo 73 del Dpr n. 309 del 1990 quando la sostanza ceduta, pur botanicamente compresa nelle tabelle, sia priva di qualsivoglia efficacia farmacologica e quindi inidonea a produrre l'effetto drogante a causa della percentuale insufficiente di principio attivo. (Fattispecie in tema di derivato di canapa indiana).

■ Corte di cassazione, sezione IV penale, sentenza 20 marzo 2000 n. 3584