



L'annullamento della decisione con rinvio sarebbe stata una scelta più corretta

La coltivazione non era modesta (trattandosi di ben 23 piante), pertanto il giudizio di inoffensività è stato troppo semplicisticamente formulato con riguardo alla carenza di principio attivo

IL COMMENTO DI GIUSEPPE AMATO

La sentenza della Cassazione ha suscitato notevoli polemiche tra le forze politiche, riprese sulla stampa non specializzata, indubbiamente favorite da una soluzione del caso concreto che suscita qualche perplessità, inducendo dubbi sulla correttezza della lettura del principio di offensività fatta in una vicenda in cui si discuteva del reato di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti, il quale, come è noto, è costruito dal legislatore come reato di pericolo presunto.

La rilevanza penale della coltivazione - Pare allora opportuno, per chiarire i termini della questione, sviluppare qualche considerazione proprio partendo dalla ricostruzione del *proprium* della condotta di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti penalmente rilevante, di cui è nota la scivolosità interpretativa, tale da avere di recente già imposto l'intervento delle sezioni Unite.

È in proposito non revocabile in dubbio che la coltivazione penalmente rilevante è solo quella «in concreto» offensiva degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice dell'articolo 73 del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309 (non solo il bene della salute, come sembra limitatamente ritenere la sentenza in esame, ma anche quelli della sicurezza e dell'ordine pubblico:

esattamente, sezioni Unite, 24 giugno 1998, Kreml).

In questa direzione, molto di recente, si sono espresse anche le sezioni Unite, quando, con due coeve e identiche decisioni (sentenze 24 aprile 2008, la prima con imputato Valletta; la seconda, con imputato Di Salvia: quest'ultima pubblicata su «Guida al Diritto», n. 31/2008, pag. 86, con nota di Amato), hanno risolto la questione del trattamento sanzionatorio da riservare alla coltivazione di piante da stupefacente, recependo, tra le due opzioni possibili, quella di rigore: l'attività di coltivazione è sempre di rilevanza penale (ex articolo 73 del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309), senza che possa esservi spazio per una probabile rilevanza solo amministrativa (ex articolo 75 dello stesso Dpr) pur in presenza di una possibile accertata destinazione del ricavato all'uso personale del coltivatore.

In tale occasione, le sezioni Unite, quasi a temperare gli effetti della soluzione di rigore (che, come è noto, ha negato cittadinanza giuridica alla nozione di «coltivazione domestica», costruita da quella giurisprudenza che voleva escludere la rilevanza penale delle condotte di modestissima dimensione, chiaramente volte a soddisfare la sola esigenza personale del coltivatore), hanno opportunamente fatto richiamo alla necessa-

ria offensività della condotta che è alla base della punibilità dell'attività di coltivazione. Si tratta di argomento già conosciuto perché espresso, nella *subiecta materia*, già dalla Corte costituzionale (soprattutto nella fondamentale sentenza 24 luglio 1995 n. 360).

Ebbene, le sezioni Unite, proprio ribadendo le considerazioni del giudice delle leggi, dopo essersi appunto espresse per la rilevanza penale della coltivazione, hanno richiamato l'attenzione sul potere-dovere del giudice di «verificare se la condotta di coltivazione, di volta in volta contestata all'agente ed accertata, sia in ipotesi assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto risultando in concreto inoffensiva».

Ciò che si verifica, secondo le sezioni Unite, soltanto quando «la sostanza ricavabile dalla coltivazione non sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile».

In tal modo, la Corte ha finito con l'evocare la concreta applicabilità nella *subiecta materia* della disciplina del reato impossibile (articolo 49 del Cp), in ossequio del resto ai principi costituzionali in tema di responsabilità penale.

L'ambito di operatività del principio di offensività - Ed è proprio attraverso una lettura co-



Offensività e grado di maturazione delle piante

Per massima chiarezza, vanno precisati gli esatti confini entro cui può essere invocata la disciplina del reato impossibile nei confronti di un reato di pericolo, quale è quello di coltivazione.

Si deve, in proposito, escludere qualsivoglia automatismo interpretativo che legittimi sempre e comunque l'applicazione della disciplina del reato impossibile per il solo fatto che, in concreto, il ricavato della coltivazione sia risultato non contenere principio attivo stupefacente.

Infatti, volendo esemplificare, dovrebbe senz'altro escludersi l'inoffensività della condotta allorché la coltivazione, magari di notevoli dimensioni, per numero di piante messe a dimora, sia stata scoperta all'inizio del processo di maturazione e solo per tale circostanza fattuale sia risultata non caratterizzata dalla presenza di principio attivo.

Non è revocabile in dubbio, in proposito, che l'inidoneità della condotta a tal fine rilevante deve essere assoluta e non può dipendere da circostanze occasionali e contingenti, quale appunto quella del momento dell'intervento della polizia giudiziaria.

Diverso discorso dovrebbe farsi invece per l'ipotesi della coltivazione rudimentale avente a oggetto pochissime piante, perché in tal caso, a prescindere dal momento dell'intervento delle forze dell'ordine, si sarebbe comunque in presenza di una condotta concettualmente (*ex ante*, in termini assoluti) inidonea a ledere i beni tutelati dalla fattispecie incriminatrice.

stituzionalmente orientata del principio di offensività che, nel commentare l'intervento delle sezioni Unite (si veda «Guida al Diritto» n. 31/2008, pagine 94 e seguenti), ci è parso possibile invocare la disciplina del reato impossibile (articolo 49 del Cp) pure in presenza di condotte di coltivazione, dimostratamente volte a soddisfare il solo uso personale del coltivatore, che abbiano a oggetto quantitativi modesti, anche se non tali da essere totalmente inidonei a produrre effetto stupefacente. Ciò sulla base del rilievo che anche condotte di tal genere (e non solo quelle qualificate dalla produzione di una sostanza *tout court* inidonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile), così oggettivamente caratterizzate e soggettivamente indirizzate, risultano non solo *ex ante*, ma anche in concreto, del tutto inidonee a provocare una lesione

degli interessi tutelati dall'incriminazione penale (la salute, la sicurezza e l'ordine pubblico).

Si tratta di una interpretazione (per gli argomenti a conforto si rinvia, volendo, al citato contributo) con la quale, nel rispetto dell'affermazione di rigore fatta dalle sezioni Unite sulla rilevanza penale della condotta di coltivazione, si è inteso introdurre spazi concreti per una soluzione liberatoria appunto rispetto a condotte di rudimentale coltivazione di pochissime piante, in grado di consentire la produzione di un modestissimo quantitativo di principio attivo, chiaramente finalizzate a soddisfare l'uso personale del coltivatore. Quelle condotte, per intenderci, rispetto alle quali, prima dell'intervento delle sezioni Unite, una parte della giurisprudenza aveva introdotto e richiamata la nozione di coltivazione «domestica», da ritenere non ricompresa in

quella presa in considerazione dal sistema sanzionatorio introdotto con gli articoli 26-28 e 73 del Dpr n. 309 del 1990.

Principio di offensività e pericolosità presunta - Peraltro, va affermato con chiarezza che il patrocinato ampliamento delle situazioni di inoffensività anche a condotte che pur non si caratterizzano per l'assenza assoluta di principio attivo stupefacente, non consente neppure, semplicisticamente, di ritenere queste ultime sempre *tout court* inoffensive, quasi che l'assenza in concreto di tale principio attivo risulti sempre dimostrativa di una condotta di coltivazione inidonea a ledere i beni tutelati dalla norma.

Infatti, l'ambito di operatività del principio di offensività della condotta va apprezzato e reso compatibile con l'affermazione, comunemente ripetuta nella giurisprudenza, che la coltivazione non autorizzata di piante, dalle quali siano estraibili sostanze stupefacenti o psicotrope, costituisce un reato di «pericolo presunto o astratto», essendo punito *ex se* il fatto della coltivazione, indipendentemente dalla percentuale di sostanza pura o di principio attivo presente nelle infiorescenze o nelle foglie (tra le tante, Cassazione, sezione VI, 11 marzo 1998, Pesce e altro; più di recente, sezione VI, 9 giugno 2004, De Rimini; sezione IV, 29 settembre 2004, Aspri e altro; sezione IV, 15 novembre 2005, D'Ambrosio) e indipendentemente, quindi, dal grado di maturazione raggiunto dalla pianta (sezione VI, 6 dicembre 2001, De Palma).

La costruzione della coltivazione come reato di pericolo, del resto, è recepita pure dalla Corte co-



stituzionale (si veda la già richiamata sentenza n. 360 del 1995) e dalle sezioni Unite (nelle citate sentenze Valletta e Di Salvia).

L'attribuzione della natura di reato di pericolo presunto è, in vero, perfettamente compatibile con il principio di offensività proprio per le ragioni evidenziate da ultimo dalle sezioni Unite e in precedenza dalla Corte costituzionale: ossia proprio per il fatto che - pur a fronte di una condotta presuntivamente pericolosa in astratto - spetta poi pur sempre al giudice di merito il compito di verificare se la specifica condotta di coltivazione oggetto della contestazione risulti effettivamente e concretamente pericolosa, cioè idonea a ledere e/o a porre in pericolo il bene giuridico tutelato. Per l'effetto, quindi, laddove questa condotta risultasse "in concreto" assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato verrebbe meno la stessa riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta e dovrebbe farsi applicazione della disciplina del reato impossibile (articolo 49 del codice penale).

La decisione della Cassazione - La sentenza in esame desta qualche perplessità, nell'assolutezza delle sue conclusioni, che hanno portato a ritenere penalmente irrilevante la coltivazione (solo) per l'apprezzato stato di non ancora avvenuta maturazione delle piante. Si era in presenza, infatti, di una coltivazione oggettivamente non modesta (trattavasi di ben 23 piante), rispetto alla quale il giudizio di inoffensività è stato troppo semplicisticamente formulato avendo riguardo alla carenza del principio attivo, in realtà solo

Il precedente fondamentale

Non è fondata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 75 del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309 («Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»), come modificato a seguito del Dpr 5 giugno 1993 n. 171, nella parte in cui non prevede che anche la coltivazione di piante da cui si estraggano sostanze stupefacenti - oltre che l'importazione, l'acquisto o la detenzione - sia punita soltanto con sanzioni amministrative se finalizzata all'uso personale, sollevata sotto il profilo della violazione dei principi di ragionevolezza e di parità di trattamento rispetto alla condotta, non più penalmente perseguibile, di chi illecitamente importa, acquista o comunque detiene sostanze stupefacenti per farne uso personale. La condotta in questione, infatti, non è comparabile con quelle allegate come *tertia comparationis*, perché la detenzione, l'acquisto e l'importazione di sostanze stupefacenti per uso personale sono condotte collegate immediatamente e direttamente con l'uso stesso, e ciò rende non irragionevole una disciplina meno rigorosa, mentre la coltivazione è esterna a questa area contigua al consumo, mancando un nesso di immediatezza con l'uso personale, il che giustifica una disciplina di maggior rigore, rientrando nella discrezionalità del legislatore anche la scelta di non agevolare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti per uso personale. Inoltre, nella detenzione, acquisto e importazione il quantitativo delle sostanze stupefacenti è certo e determinato e consente, insieme ad altri elementi, la valutazione prognostica della destinazione della sostanza, mentre per la coltivazione non è prevedibile, con sufficiente grado di certezza, la quantità di sostanza stupefacente alla fine ricavabile dalle piante coltivate, sicché anche la correlata valutazione della destinazione della sostanza a uso personale, piuttosto che a spaccio, è maggiormente ipotetica e meno affidabile. Da ciò consegue una maggiore pericolosità della condotta, anche perché l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili e quindi ha una maggiore potenzialità diffusiva delle sostanze stupefacenti estraibili.

■ Corte costituzionale, sentenza 24 luglio 1995 n. 360 - Pres. Baldassarre; Rel. Franco

occasionalmente e contingentemente dipendente dall'insufficiente grado di maturazione delle piante.

La soluzione più esatta, allora, sarebbe stata non quella dell'annullamento senza rinvio, bensì quella dell'annullamento con rinvio, con invito rivolto al giudice di merito di apprezzare il dato della non ancora avvenuta maturazione delle piante (cui tale giudice non aveva attribuito pregiudizialmente alcun rilievo, evidentemente attraverso una lettura non costituzionalmente orientata della coltivazione quale reato

di pericolo presunto), alla luce delle complessive circostanze fattuali della vicenda e dei riflessi che il numero delle piante (soprattutto) e le modalità della coltivazione potevano e dovevano avere rispetto all'offensività della condotta, ossia rispetto ai beni tutelati dalla norma. Del resto, proprio il numero delle piante, affatto modesto, rendeva difficilmente evocabile quella caratteristica di rudimentalità della coltivazione che è attribuzione pressoché coesenziale rispetto alle condotte da qualificare come penalmente irrilevanti. ■

Stupefacenti

SOSTANZE STUPEFACENTI PRIVE DI EFFICACIA DROGANTE E "CONCEZIONE REALISTICA" DEL REATO

Cassazione penale, Sezioni Unite, 21 settembre 1998 (u.p. 24 giugno 1998) - Pres. La Torre - Rel. Dapelo - P.m. Toscani (diff.) - Kreml, ricorrente (1)

Sussiste il delitto previsto dall'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, anche quando la sostanza stupefacente o psicotropa, compresa nelle tabelle allegata alla legge, sia in concreto priva di efficacia "droganate" a causa della insufficiente percentuale di principio attivo. Non può trovare, infatti, applicazione l'istituto del reato impossibile di cui all'art. 49 comma 2 c.p., in quanto i beni tutelati dal d.P.R. n. 309 del 1990 sono messi in pericolo anche dalla cessione di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante.

Svolgimento del processo - 1. Con sentenza in data 9 marzo 1997 la Corte d'appello di Torino confermava la decisione del G.i.p. presso il Tribunale in sede con cui Kreml Mohamed era stato condannato, in sede di giudizio abbreviato, alla pena di sei mesi di reclusione e di lire 3.000.000 di multa per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, poiché aveva illecitamente detenuto grammi 0,0781 di sostanza stupefacente contenente mg 13,4 di eroina pura.

Secondo la Corte di merito non aveva pregio la doglianza dell'imputato secondo cui l'eroina ceduta era da considerare sostanza inerte e perciò di natura non drogante essendo richiesta a tal fine una quantità minima di 25-30 mg di stupefacente in concentrazione pura in quanto "la sostanza sequestrata, unitamente a quella precedentemente alienata" - come doveva presumersi dalla somma di danaro trovata in possesso del prevenuto che non ne aveva giustificato la provenienza - era certamente tale da assicurare l'effetto stupefacente.

2. Proponeva ricorso per cassazione il Kreml deducendo la violazione dell'art. 49 c.p. in relazione all'art. 606 comma 1 c.p.p. sotto il profilo che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale di questa Corte di legittimità non sarebbe ravvisabile il delitto previsto dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, quando la sostanza stupefacente o psicotropa ceduta, pur essendo compresa nelle tabelle allegata a tale legge, sia priva di qualunque efficacia drogante a causa della percentuale insufficiente di principio attivo, da individuarsi nel contenuto minimo di 25-30 mg, mentre, nella specie, il limite parametrico predetto non era stato superato essendo stata ceduta sostanza stupefacente contenente solo mg 13,4 di eroina pura.

3. Il ricorso veniva assegnato alla quarta sezione penale della Corte dinanzi alla quale il P.g. concludeva per la rimessione della questione alle Sezioni

Unite Penali a causa della esistenza di un contrasto nelle decisioni della Corte stessa.

In tal senso decideva il Collegio osservando che, secondo un indirizzo diverso rispetto a quello evidenziato dal ricorrente, la *ratio* dell'incriminazione consisterebbe nella tutela della salute pubblica, sul presupposto, ritenuto dai clinici, dell'idoneità della sostanza ad incidere, comunque, sui meccanismi del sistema psichico; sicché il delitto di illecita detenzione e cessione di stupefacenti, per la sua sussistenza, prescinderebbe dalla quantità necessaria al conseguimento dell'effetto drogante.

Il Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione assegnava il ricorso alle Sezioni Unite Penali fissando, per la trattazione, l'odierna udienza pubblica.

Motivi della decisione - 1. Deve premettersi che non sussiste la causa di inammissibilità del ricorso evidenziata dal P.g., per essere stato dedotto il vizio di violazione di legge anziché quello di motivazione, avuto riguardo, all'argomentazione della Corte di merito secondo cui l'effetto drogante della sostanza stupefacente detenuta dal Kreml sussisteva dovendosi valutare unitariamente la dose ceduta e sequestrata con quelle, verosimilmente, in precedenza alienate dal Kreml stesso, trovato in possesso di danaro di non accertata provenienza lecita.

Invero, l'imputazione ritualmente elevata a carico del prevenuto nel capo a) della rubrica, che non ha subito modificazioni o suppletive contestazioni, riguarda la violazione dell'art. 73 c. 1° del d.P.R. n. 309/1990 poiché il predetto "... illecitamente deteneva, fuori delle ipotesi previste dall'art. 75 del citato d.P.R., e vendeva a D'Agostino Giuseppe, per un prezzo di lire 17.000, grammi 0,0781 di sostanza stupefacente di cui alla tabella I prevista dall'art. 14 d.P.R. citato".

La condanna del Kreml in quanto "colpevole del reato ascrittogli sub a)" concerne unicamente tale singolo episodio di detenzione e spaccio di eroina.

La decisione in tale limitato ambito è supportata dall'inequivoco apparato argomentativo della sentenza di primo grado secondo cui "la penale responsabilità del Kreml per la cessione di eroina al D'Agostino", a fronte dell'eccezione della difesa di un possibile errore nell'individuazione del cedente ad opera della polizia, emergeva dall'annotazione di servizio degli agenti operanti nella quale era stato dato conto dell'avvenuto scambio di danaro contro stupefacente, preceduto da breve contrattazione, che consentiva di escludere un errore visivo da parte di costoro.

Nota:

(1) V. già Osservatorio, in questa Rivista, 1998, 1244.

G

GIURISPRUDENZA

Decisioni
commentate

317

DIRITTO PENALE
E PROCESSO
n. 3/1999

Tale convincimento trovava conferma nella considerazione che l'imputato, pregiudicato per analoghi fatti, era stato trovato in possesso della somma di lire 287.000, provento presumibile di pregressa attività di spaccio in quanto richiamante "nelle migliaia di lire" la somma di lire 17.000 che il D'Agostino aveva dichiarato di avere corrisposto al cedente.

È dunque evidente che il giudice di primo grado, nel dare atto della sussistenza dell'elemento indiziario di cui sopra, ha posto lo stesso esclusivamente a fondamento della penale responsabilità del prevenuto concernente l'unico episodio di detenzione e spaccio di sostanza stupefacente a questi contestato.

La motivazione della sentenza della Corte d'appello che ha confermato la condanna inflitta al Kreml per il reato di cui sopra, nella parte in cui ha dato rilievo all'entità complessiva dello stupefacente verosimilmente da lui detenuta anteriormente alla singola cessione oggetto di contestazione al fine di ritenere superata la questione della natura non drogante della sostanza ceduta, è conseguenza di un errore di diritto concernente il principio devolutivo dell'appello che non può concernere fatti diversi da quelli che hanno formato oggetto del giudizio di primo grado e che non sono stati devoluti alla cognizione di quello d'appello.

Deve pertanto procedersi alla correzione dell'apparato argomentativo della sentenza impugnata ex art. 619 c.p.p. nel senso di escludere ogni rilievo all'entità complessiva dello stupefacente verosimilmente detenuto dal Kreml anteriormente alla singola cessione a lui contestata e di ritenere configurato il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alla singola dose ceduta contenente, come si è già detto, mg 13,4 di eroina allo stato puro.

Deve, al riguardo, essere confermato il principio giurisprudenziale (si veda Cass. IV 23 febbraio 1993 n. 1761; conforme Cass. I 18 gennaio 1995 n. 9707) secondo cui la disposizione dell'art. 619 c.p.p. trova la sua *ratio* nell'esigenza di scongiurare l'annullamento della decisione impugnata tutte le volte in cui la Corte di Cassazione, rimanendo nell'ambito della sua funzione istituzionale e nel rispetto del fatto quale ritenuto dal giudice di merito, possa ovviare ad errori di diritto, insufficienze motivazionali o cadute di attenzione da parte del giudice *a quo* lasciando inalterato l'essenziale del contesto decisivo assunto con la sentenza esaminata.

2. Deve ora esaminarsi la questione che ha determinato la remissione del ricorso a queste Sezioni Unite, riassumibile nel seguente quesito: "se l'illecita detenzione, cessione, importazione ecc. di sostanza stupefacente che contenga un principio attivo così modesto da farne escludere l'efficacia drogante, integri il reato previsto e punito dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, o configuri un'ipotesi di reato impossibile ex art. 49 c.p., o comunque sia penalmente irrilevante".

Un primo indirizzo giurisprudenziale, nettamente prevalente, ritiene che qualsivoglia sostanza qualificata, sulla base delle tabelle vigenti, come psicotropa o stupefacente, se frazionata in modo tale da contenere un principio attivo talmente basso da non assicurare l'effetto drogante, sia inidonea a rendere configurabile il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Si sono pronunciate in tal senso: Sez. VI 14 marzo 1984, Zainetti; *idem* 15 ottobre 1990, Fabi; *idem* 15 ottobre 1996, P.G. c. Basseoni; Sez. IV 1° ottobre 1993, El Mehiri; *idem* 3 novembre 1993, Essid; *idem* 9 novembre 1993, Nabil; Sez. I 25 giugno 1982, Drehuille ed altri; *idem* 22 dicembre 1984, Castellano.

Si è osservato, al riguardo, che:

a) il legislatore ha inteso punire la condotta di cui all'art. 73 legge stupefacenti non già per l'azione in sé e per sé considerata, che le sostanze psicotrope o stupefacenti esplicano sulla psiche qualora vengano assunte, bensì per gli effetti conseguenti, ipnotici, ansiolitici, eccitanti o allucinogeni, propri di ciascuna di esse, come risulta dalla costante presa in esame di detti effetti nella previsione dei criteri per la formazione delle tabelle e dalla disposizione di chiusura ad "ogni sostanza naturale o sintetica che possa provocare allucinazione o gravi distorsioni sensoriali", relativa alla tabella I;

b) allorché il principio attivo presente nello stupefacente sia così scarso da non poter produrre alcun effetto drogante si è in presenza di una sostanza inerte che non consente di configurare l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, ricorrendo in tal caso la fattispecie del reato impossibile per inidoneità dell'azione a norma dell'art. 49 c.p. che si correla al principio di legalità poiché impone di accertare, non la semplice ed esteriore conformità del fatto al modello legale, ma la sua conformità sostanziale al medesimo.

Un secondo indirizzo giurisprudenziale (Cass. VI 13 gennaio 1990, Pirro; IV 24 gennaio 1996, P.g. c. Cardamone) ritiene configurabile il reato in questione in caso di detenzione, per fine di spaccio, di una pluralità di confezioni di stupefacente che, sommate tra loro, superino il limite minimo necessario per la produzione dell'effetto drogante, a nulla rilevando che ciascuna di tali confezioni contenga, in concentrazione pura, una quantità di principio attivo inferiore a tale limite.

Si è precisato, al riguardo, che:

a) un'azione può essere considerata inidonea ex art. 49 comma 2 c.p. solamente se la sua incapacità a produrre l'evento dannoso o pericoloso sia intrinseca ed assoluta;

b) l'evento di pericolo del reato *de quo* può ben prodursi con riferimento all'eventuale cessione ed assunzione, in una sola volta, della sostanza contenuta nelle singole bustine in modo da superare, in concentrazione pura, la quantità generalmente indicata come idonea a produrre l'azione stupefacente tipica di essa.

Un terzo indirizzo giurisprudenziale, al quale sembra riferirsi la sezione remittente allorché sottolinea che l'interpretazione prevalente si affida ad "incerti parametri valutativi", sostiene la giuridica irrilevanza del quantitativo di principio attivo contenuto nella dose in concreto presa in esame "perché la legge non lo prende in considerazione come elemento apprezzabile" sicché il riferimento da farsi è quello alla sola specie farmacologica individuata nelle tabelle secondo criteri predeterminati (Cass. I; 20 febbraio 1987, Strazzullo).

3. Le diverse linee di interpretazione giurispru-

G

GIURISPRUDENZA

Decisioni
commentate

318

DIRITTO PENALE
E PROCESSO
n. 3/1999

denziale rendono necessario chiarire il quadro normativo penale vigente in materia di sostanze stupefacenti alla luce delle convenzioni internazionali e delle affermazioni e considerazioni effettuate dalla Corte costituzionale con pluralità di pronunce che hanno investito, sia pur di riflesso, anche il tema oggetto della presente indagine.

3.1. Deve anzitutto precisarsi che il processo legislativo del nostro Paese è stato influenzato dalle convenzioni internazionali con particolare riferimento all'ambito di individuazione delle sostanze, stupefacenti e psicotrope, da sottoporre a controllo penale.

Sono state, infatti, introdotte nel nostro ordinamento: a) la convenzione unica sugli stupefacenti adottata a New York il 30 marzo 1961, emendata dal protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972, con la legge 5 giugno 1974 n. 412; b) la convenzione sulle sostanze psicotrope adottata a Vienna il 21 febbraio 1971, con la legge 25 maggio 1981 n. 385; c) la convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, con annessi atto finale e raccomandazioni, con la legge 5 novembre 1990 n. 328.

Le prime due convenzioni hanno adottato un criterio analitico per qualificare le sostanze come stupefacenti o psicotrope essendo stata l'individuazione di esse rimessa all'elencazione in tabelle apposite.

Per l'inserimento in tali elenchi di una sostanza nuova la convenzione di Vienna prevede, all'art. 2, la sua idoneità a provocare abusi ed effetti nocivi paragonabili a quelli, tipici, di altra sostanza già inclusa nelle tabelle ed in particolare che abbia attitudine a provocare uno stato di dipendenza ed una stimolazione o una depressione del sistema nervoso centrale.

Conformemente a quanto previsto nelle citate convenzioni internazionali in Italia vige, ex art. 13 d.P.R. n. 309 del 1990, il sistema analitico-elencativo che consiste nell'individuazione delle sostanze, stupefacenti o psicotrope, in virtù del loro inserimento in tabelle emanate con decreto del Ministro della Sanità.

L'art. 14 della predetta normativa identifica le sostanze, ai fini tabellari, con riferimento alla struttura chimica di esse ed agli effetti che ne possono conseguire, sia diretti - allucinogeni, induttivi di distorsioni sensoriali ecc. - sia indiretti - idoneità a determinare dipendenza fisica e/o psichica nell'assuntore.

Le tabelle attualmente in vigore, elencative delle sostanze stupefacenti o psicotrope - intendendosi per tali quelle di derivazione sintetica -, sono di due tipi: quelle ricomprese sub I e III, che si riferiscono alle droghe pesanti, idonee a produrre effetti sul sistema nervoso centrale di natura depressiva - eroina, morfina, codeina ecc. -, oppure eccitante - cocaina, anfetamine -, e che hanno attitudine a determinare dipendenza fisica e/o psichica nell'assuntore; quelle previste sub II e IV concernenti le droghe leggere, idonee a produrre effetti di natura allucinogena, come la cannabis indica ed i suoi derivati - hashish, marijuana - per le quali i pericoli di dipendenza fisica e/o psichica sono considerevolmente minori.

3.2. La Corte Costituzionale ha affermato, in tema di fattispecie penali concernenti le sostanze stupefacenti, i seguenti principi:

a) dal novero delle condotte contemplate nell'art. 73 legge stupefacenti, il successivo art. 75 ne estrapola tre - l'importazione, l'acquisto e la detenzione - per riferirle ad una finalità specifica dell'agente, che è quella di farne uso personale; a seguito dell'abrogazione referendaria è caduto il criterio della dose media giornaliera che tracciava un confine tra l'illecito perseguito penalmente e quello sanzionato solo in via amministrativa per quanto concerneva il consumatore sicché, attualmente, le tre condotte di cui sopra, ove finalizzate all'uso personale, sono interamente attratte nell'area dell'illecito amministrativo e sono divenute estranee a quella del penalmente rilevante.

In tal modo è risultata anche in parte modificata la stessa strategia di confermato contrasto della diffusione della droga nel senso che è stata isolata la posizione del tossicodipendente e anche del tossicofilo, rendendo tale soggetto destinatario soltanto di sanzioni amministrative;

b) le ragioni della depenalizzazione referendaria attengono, integralmente, alla persona dell'assuntore e le condotte prossime, con nesso di immediatezza al consumo, in tanto sono attratte nell'area della depenalizzazione in quanto si è voluto evitare ogni rischio di indiretta criminalizzazione al consumo.

Queste ragioni vengono radicalmente meno quando dalla persona dell'assuntore si passa a considerare altri soggetti diversi, onde si giustifica l'atteggiamento di rigore serbato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, diretto a reprimere qualsiasi ipotesi di cessione, anche se gratuita e di modica quantità, qualunque sia il fine perseguito dal cedente.

E come non è dubbio che il controllo della diffusione della droga costituisca un legittimo obiettivo di politica criminale così anche non è incoerente, ed è quindi legittimo, che il legislatore intenda ostacolare in ogni caso la fase terminale costituita dalla distribuzione al minuto, che è quella connotata dalla finalizzazione all'uso personale del cessionario (Corte costituzionale sentenza n. 296/96);

c) scopo della vigente normativa penale è quello di combattere il mercato della droga al fine ultimo di espellerlo dal circuito nazionale per la tutela sia della salute pubblica, sempre più compromessa dalla diffusione delle sostanze stupefacenti, sia della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico negativamente incisi dal prosperare attorno a tale mercato del fenomeno della criminalità organizzata, sia infine delle giovani generazioni (Corte costituzionale sentenza n. 333/91 con riferimenti al preambolo della Convenzione di Vienna ed alla raccomandazione 4 ottobre 1988 n. 1085 del Consiglio d'Europa);

d) la verifica 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 dell'astratta fattispecie penale depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in esso sussumibili (sentenza n. 360/95) e non è carente di tale connotato la condotta relativa alla fase terminale del narcotraffico, consistente nella cessione al consumatore, fase che normalmente si realizza proprio mediante la cessione

capillare di modesti quantitativi di sostanza stupefacente (sentenza n. 296/96 già citata);

e) diverso profilo è quello dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata; ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio i beni giuridici tutelati viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta poiché l'indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima, implica, di riflesso, la necessità che, anche in concreto, l'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 (sentenze nn. 333/91, 133/92 e 360/95).

4. Il problema dell'offensività specifica della singola condotta dell'agente, concernente l'illecita detenzione, importazione ecc. di sostanza stupefacente si pone, dunque, con riferimento alla previsione di cui all'art. 49 c.p. che, al secondo comma, disciplina la figura del reato impossibile sotto il duplice profilo dell'inidoneità dell'azione e dell'inesistenza dell'oggetto.

4.1. In dottrina si è osservato che, malgrado il nostro legislatore abbia considerato il cosiddetto delitto impossibile una figura a sé, esso, in sostanza, non sarebbe altro che un tentativo rimasto senza successo sicché l'inidoneità dell'azione andrebbe intesa con gli stessi criteri che vengono utilizzati, rovesciati, per giudicare dell'idoneità degli atti nel tentativo.

Secondo un'altra corrente dottrina l'art. 49 comma 2 c.p. avrebbe ad oggetto - almeno per ciò che concerne il reato impossibile per inidoneità dell'azione - una figura distinta dal tentativo inidoneo in quanto la norma permetterebbe di sostenere la necessità che ogni comportamento, per essere considerato reato alla stregua del diritto, leda effettivamente l'interesse tutelato dalla norma, con conseguente dichiarazione di non punibilità di un'azione la quale, benché formalmente conforme al tipo descritto dal modello legale, sia incapace di esprimere l'evento dannoso o pericoloso.

A tale assunto interpretativo è stato obiettato che il criterio atto ad accertare l'offensività o meno di un comportamento conforme al tipo descritto dalla norma non è offerto dall'articolo in questione che si limita ad enunciare una prescrizione a carattere generale dalla quale esorbita qualsiasi riferimento ad interessi specifici e determinati.

Conseguentemente, poiché l'interesse tutelato dovrebbe essere dedotto dall'intera struttura della fattispecie, comprensiva delle modalità dell'azione, dell'oggetto materiale, dell'evento naturalistico, delle situazioni scriminanti, delle circostanze del reato e dell'elemento soggettivo, non sarebbe possibile rinvenire l'interesse tutelato se non sulla base della descrizione normativa delle singole figure di illecito.

Secondo altra autorevole dottrina, pur dovendosi ammettere che il principio dell'offensività dell'azione è l'unico idoneo a fornire una ragione di essere all'art. 49 c.p., il cui autonomo inserimento nel codice penale non sarebbe altrimenti giustificabile, è tuttavia criticabile perché esprime un'interpretazione di detta norma capace di esaltarla a cardine dell'ordinamento come disposizione che imporrebbe, in ogni

caso, la determinazione ulteriore della lesività o meno di ogni condotta pur conforme al modello legale delineato da una norma incriminatrice.

Le ragioni del distinguo tra reato inidoneo e delitto impossibile andrebbero ravvisate sulla base della non conformità del fatto al modello legale, da valutarsi con giudizio *ex ante*, quanto al primo, e mediante l'accertamento della mancata violazione dell'interesse oggetto di tutela, malgrado la tipicità dell'azione posta in essere, tenuto conto della concreta situazione verificatasi, con apprezzamento *ex post*, quanto al secondo.

Sulla base di tale distinzione, dunque, per accertare se il bene protetto dalla norma abbia corso un reale pericolo, non sarebbe sufficiente limitarsi ad un giudizio prognostico nella sola ottica del soggetto agente, effettuato cioè con gli stessi criteri predisposti dall'art. 56 c.p., in quanto, a tale prima verifica se ne dovrebbe aggiungere una seconda, da compiersi nell'ottica della vittima come titolare del bene posto in pericolo, cosicché dovrebbe tenersi conto, non soltanto delle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente, al momento dell'azione, ma anche di tutte le circostanze presenti nella situazione data, quale che sia il momento in cui vengono conosciute.

4.2. In giurisprudenza si è configurata l'incapacità dell'azione a produrre l'evento indipendentemente da tutti quei fattori estranei che abbiano, in concreto, impedito la lesione dell'interesse giuridico protetto, essendosi dato rilievo all'inefficacia intrinseca ed originaria degli atti sotto il profilo esclusivamente potenziale, a ledere il bene tutelato dalla norma, con giudizio *ex ante* (Cass., Sez. Un., 30 aprile 1983, Bandinelli; Cass. I, 24 aprile 1988, Manca; Cass. VI, 12 marzo 1982, Turizio; Cass. 4 giugno 1990, Pappalardo).

In particolare è stato evidenziato che l'inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p. da valutare sulla base dell'efficienza strutturale degli atti, deve avere natura intrinseca ed originaria e presentare, altresì, il carattere dell'assolutezza, tale cioè da non consentire neppure un'attuazione eccezionale del proposito criminoso (Cass. VI, 4 giugno 1990, Pappalardo).

4.3. Tale impostazione merita di essere condivisa perché, dando rilievo alla mera potenzialità dell'azione a ledere il bene tutelato dalla norma, riconduce al momento deliberativo la valutazione sull'idoneità o meno della stessa, escludendo la rilevanza di fattori esterni, sopravvenuti e, talvolta, occasionali, del tutto al di fuori di ogni possibile rappresentazione che non eliminano la pericolosità degli atti come previsti dal soggetto attivo.

Peraltro, a differenza dell'ipotesi del tentativo, in cui l'idoneità degli atti va valutata sulla base di tutte le conoscenze dell'uomo medio, in applicazione del principio dell'adeguatezza dei medesimi rispetto alla produzione dell'evento, l'inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p. deve essere ritenuta anche quando l'evento, per particolari condizioni potenzialmente rappresentabili - tra cui vanno ricomprese quelle concernenti il soggetto passivo - si presenti, *ab origine*, come di possibile anche se non di probabile realizzazione.

G

GIURISPRUDENZA

Decisioni
commentate

320

DIRITTO PENALE
E PROCESSO
n. 3/1999

4.4. L'oggetto giuridico del reato, rappresentato dal bene del soggetto passivo direttamente offeso dalla violazione della norma penale - vita, integrità personale, libertà, onore, patrimonio ecc. - costituisce la vera essenza del reato stesso, che, se formalmente appare come la violazione di un precetto giuridico munito di sanzione criminale, sostanzialmente consiste nell'offesa del bene da esso protetto.

Per l'individuazione di tale bene, talvolta tutelato da più norme contemporaneamente, talaltra individuabile, congiuntamente ad altri, nella medesima disposizione - reati cosiddetti plurioffensivi - è stato fatto riferimento, tanto in dottrina che in giurisprudenza, al più ampio concetto di *ratio* della norma, rappresentata dall'esigenza sociale che l'ha imposta in rapporto alla realtà che essa sottende nell'ambito della comunità in cui è entrata in vigore.

In tema di stupefacenti, come si è già in precedenza sottolineato, sulla base di principi affermati in sede internazionale e ribaditi dalla Corte costituzionale, scopo dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 d.P.R. n. 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 nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni.

Ciò premesso va osservato che:

a) in alcune delle sentenze riconducibili all'indirizzo secondo cui la sostanza rientrante nell'elencazione delle vigenti tabelle sarebbe da considerare inerte e perciò inidonea a formare oggetto dell'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 73 legge stupefacenti qualora non superi la soglia dell'effetto drogante, il riferimento alla percentuale di principio attivo è stato effettuato sulla base della dose media di principio attivo per quanto concerne sia l'hashish (Cass. VI, 4 dicembre 1988, Bruni) che la marijuana (Cass. I, 25 giugno 1982, Drehuile ed altri);

b) tale parametro è frutto di un'interpretazione giuridicamente non corretta dell'art. 49 c.p. in quanto, anche a voler seguire la tesi dell'inoffensività delle sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante, la valutazione da compiere, alla luce dei principi sopra enunciati, al fine di ritenere intrinsecamente inidonea, in senso assoluto, l'azione dello spacciatore è quella che riguarda la condizione soggettiva dell'assuntore in relazione al peso corporeo, all'età, alla reattività al prodotto ed al comportamento del medesimo in ordine alle modalità di assunzione, valutate in negativo, in misura cioè corrispondente alle condizioni minime di resistenza alla tossicità del prodotto;

c) i parametri di riferimento concernenti il limite minimo drogante sono stati tutt'altro che uniformi.

In particolare, per quanto concerne l'eroina la soglia dell'effetto stupefacente è stato fissato in 25-30 mg. di principio attivo (Cass. IV, 9 novembre 1993, Nabil; Cass. VI, 15 ottobre 1996, P.c. c. Basseoni), in 18,4 mg. (Cass. IV, 24 gennaio 1996, P.g. c. Cardanone), in 5-6 mg. (Cass. VI, 13 gennaio 1990, Pirro);

d) l'incertezza che ne è derivata, sotto il profilo della repressione penale relativa al mercato della

droga, imposta al nostro Paese dalle convenzioni internazionali alle quali ha aderito è basata sull'errore presupposto che il bene giuridico della salute pubblica, ricompreso tra quelli oggetto della tutela penale di cui trattasi non sia suscettibile di essere messo in pericolo dall'assunzione di sostanze elencate come stupefacenti o psicotrope che non superino la cosiddetta soglia drogante;

e) è stato più volte, al contrario, sottolineato in sede scientifica che le sostanze in questione agiscono esplicando un'attività farmacologica a danno del sistema nervoso centrale e sono idonee ad alterare le funzioni psichiche particolarmente quando l'assuntore sia un soggetto debole e giovane.

5. Ma una considerazione di fondo si impone.

Il legislatore non ha fornito una definizione delle sostanze stupefacenti o psicotrope essendosi limitato ad individuarle e catalogarle.

Il riferimento fatto dal medesimo alla struttura chimica delle stesse ed agli effetti, diretti ed indiretti, che producono in danno dell'assuntore in caso di dosaggio drogante, se rileva al fine della loro individuazione per la composizione delle tabelle non rileva invece al fine dell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

Nel nostro ordinamento, invero, in mancanza di una definizione farmacologica, la nozione di stupefacente non può che avere natura legale nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti.

Il fatto 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.

L'inidoneità dell'azione, relativamente alle fattispecie previste dall'art. 73 legge stupefacenti va dunque valutata unicamente avuto riguardo ai beni oggetto della tutela penale, individuabili, come già si è detto in quelli della salute pubblica della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché della salvaguardia delle giovani generazioni.

Tali beni sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi, contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante sia per le considerazioni già svolte concernenti la salute pubblica, ulteriormente minacciata dal possibile impiego antigienico di determinati mezzi di assunzione, sia perché trattasi di attività riconducibile al mercato della droga, alimentato dalla cessione al consumatore finale, qualunque sia il quantitativo di volta in volta ceduto, ed attorno al quale prospera il fenomeno della criminalità organizzata.

Alla luce di tali considerazioni l'assunto del ricorrente secondo cui l'illecita detenzione e vendita di sostanza stupefacente contenente mg. 13,4 di eroina base sarebbe priva di rilevanza penale per inidoneità dell'azione, trattandosi di principio attivo al di sotto della soglia che assicura l'effetto drogante, appare infondato.

Il ricorso del Kremlí deve pertanto essere rigettato ed il medesimo va condannato al pagamento delle spese processuali. - *Omissis*.