

RELAZIONE DI ORIENTAMENTO

LA CATEGORIA DELL'OFFENSIVITÀ NEL REATO DI COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI.

SOMMARIO: **1.** IL REATO DI COLTIVAZIONE NON AUTORIZZATA DI PIANTE DA STUPEFACENTI TRA IRRILEVANZA DELLA DETENZIONE PERSONALE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ. - **2.** IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. - **2.1.** LA SENTENZA N. 190 DEL 2016 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: ANCORA UNA PRONUNCIA DI INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLA COLTIVAZIONE DI STUPEFACENTI. - **3.** GLI ATTUALI PERCORSI INTERPRETATIVI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. - **3.A.** LA GIURISPRUDENZA CHE ADOTTA IL CRITERIO DELLA POTENZIALE IDONEITÀ DELLA COLTIVAZIONE A PRODURRE SOSTANZE STUPEFACENTI. - **3.B.** LA GIURISPRUDENZA CHE VALORIZZA IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN CONCRETO. - **3.C.** LE PRONUNCE SU INOFFENSIVITÀ ED INEFFICACIA DROGANTE DELLA SOSTANZA.

623004 - STUPEFACENTI - COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI – Coltivazione non autorizzata - Offensività della condotta - Conformità al tipo botanico ed idoneità futura a produrre sostanza stupefacente – Sufficienza o meno del criterio – Necessità di verifica della offensività in concreto – Condizioni.

RIF. NORM.: art. 25 e 27 Cost.; art. 73 e 75 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309; art. 49 cod. pen.

1. IL REATO DI COLTIVAZIONE NON AUTORIZZATA DI PIANTE DA STUPEFACENTI TRA IRRILEVANZA DELLA DETENZIONE PERSONALE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ.

L'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 punisce, come noto, tra le altre, anche la condotta di chiunque coltiva senza autorizzazione piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti o psicotrope.

Tale previsione normativa è stata oggetto di questioni interpretative, collegate, da un lato, alla ritenuta rilevanza penale della destinazione ad uso personale della sostanza stupefacente per le condotte di coltivazione e fabbricazione, non richiamate dall'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 - che prevede un illecito solo amministrativo in caso di uso personale - e, quindi, non ad esso riferibili; dall'altro lato, per le diversità naturali riconducibili alla fenomenologia della condotta, al momento dal quale può ritenersi punibile il fatto, con riferimento al principio di offensività in concreto ed alla necessaria mediazione del giudice, chiamato a verificare l'effettiva idoneità della sostanza ricavata dalla coltivazione a produrre un effetto drogante rilevabile.

Secondo le Sez. U, n. 28605 del 24/4/2008, Di Salvia, Rv. 239920-239921 ai fini della punibilità della condotta di coltivazione di piante stupefacenti, se è irrilevante la

destinazione o meno ad uso personale, tuttavia è indispensabile la verifica da parte del giudice sulla offensività in concreto della condotta, riferita all'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite giunge a tali affermazioni per comporre il contrasto, molto risalente, tra l'orientamento che, anche dopo le modifiche normative intervenute con la legge cd. "Fini-Giovanardi" (d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con modifiche in legge 21 febbraio 2006, n. 49), individuava una nozione di "coltivazione domestica" per uso personale (distinta da quella penalmente rilevante della "coltivazione in senso tecnico-agrario"), ritenendo comunque la condotta di coltivazione non estranea all'ambito concettuale della "detenzione", quindi anch'essa sottoposta al canone di rilevanza penale della "destinazione ad uso non personale", e l'orientamento che, invece, riteneva comunque sussistente il reato, anche nel caso in cui la coltivazione mirasse a soddisfare esigenze di approvvigionamento personale, in ragione, soprattutto, della idoneità della condotta ad accrescere il pericolo di circolazione e diffusione delle sostanze stupefacenti e ad attentare al bene della salute con incremento delle occasioni di spaccio.

Aderendo a tale ultima opzione, le Sezioni Unite vollero, però, affiancare un opportuno e più ampio ragionamento sulla stessa punibilità della coltivazione, sulla scia dell'interpretazione costituzionalmente orientata che negli anni il giudice delle leggi ha proposto della fattispecie di coltivazione di piante stupefacenti, più volte oggetto di dubbi di costituzionalità, sottoposti al suo vaglio.

Richiamando in particolare, tra le altre, le sentenze n. 360 del 1995, n. 296 del 1996 e n. 265 del 2005 della Corte costituzionale, le Sezioni Unite, partendo dal concetto che la condotta di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti integra un tipico reato di pericolo presunto, connotato dalla necessaria offensività della fattispecie criminosa astratta (sentenza n. 360 del 1995), hanno aderito all'opzione del giudice delle leggi secondo cui il principio di offensività – in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa ("*nullum crimen sine iniuria*") – opera su due piani. Da un lato, la previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di dar luogo a fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (**offensività in astratto**); dall'altro, l'applicazione giurisprudenziale (**offensività in concreto**), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato (così si esprime in particolare Corte Cost. n. 265 del 2005; in senso conforme le decisioni nn. 360 del 1995, 263 del 2000, 519 del 2000, 354 del 2002).

Da tali premesse Sez. U Di Salvia, in ossequio al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, ha stabilito, come detto, che spetta 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, mettendo in luce, tuttavia, un ulteriore atteggiamento interpretativo di non poche conseguenze pratiche in

termini di ricadute sulla punibilità effettiva delle singole fattispecie: secondo la citata sentenza, infatti, **la condotta è "inoffensiva", soltanto se il bene tutelato non è stato lesa o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante è a tal fine il grado dell'offesa)**, sicché, con riferimento allo specifico caso della coltivazione di piante, la "offensività" non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.

2. IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha più volte respinto, dichiarandone l'inammissibilità, le questioni sollevate in ordine alla legittimità del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti, sotto differenti profili e, primo fra tutti, quello della carenza di offensività della fattispecie.

D'altra parte, non soltanto in tale materia, i giudici costituzionali si sono pronunciati definendo nozione e caratteri del principio di necessaria offensività che deve caratterizzare il diritto penale dal punto di vista della costruzione della norma incriminatrice.

Si è detto che non è concepibile un reato senza offesa ("*nullum crimen sine iniuria*") e, in tal senso, dell'avvenuta costituzionalizzazione di detto principio ad opera degli artt. 25 e 27 Cost. Facendo poi riferimento alle previsioni di legge ordinaria, si è messa in luce la funzione dell'art. 49 cod. pen. e la categoria del reato impossibile, che ribadirebbe l'opzione legislativa per il principio di necessaria offensività del reato, non potendosi punire fatti che si caratterizzano per l'impossibilità di verificazione dell'evento dannoso o pericoloso a causa dell'inidoneità dell'azione a produrlo o dell'inesistenza dell'oggetto dell'azione medesima (cfr. tra le altre sentenze n. 62 del 1986 e n. 333 del 1991 C.Cost.)

Tralasciando la questione dogmatica relativa all'inserimento della categoria dell'offensività all'interno del novero degli elementi del reato, ovvero non, deve segnalarsi nuovamente che la consolidata giurisprudenza costituzionale – come già anticipato - ha declinato l'offensività secondo due diverse direttrici: quello dell'**offensività in astratto** e quello dell'**offensività in concreto**, che operano su due piani distinti e, rispettivamente, la prima su quello della previsione normativa affidata al legislatore, la seconda su quello dell'applicazione giurisprudenziale che spetta al giudice (cfr. il paragrafo precedente).

Sul piano dell'offensività in astratto si è detto che una lettura sistematica dell'art. 25 Cost., cui fanno da sfondo l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, postula un "ininterrotto operare del principio di offensività" dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice (in tali termini si esprimono le sentenze nn. 263 del 2000 e 225 del 2008), consapevoli dell'esigenza – anch'essa coerente con il piano costituzionale – che il legislatore configuri il sistema penale come *extrema ratio* di tutela della società, circoscritta, per quanto possibile, ai soli beni di rilievo costituzionale (in un'accezione

“allargata” ai beni riferibili anche alla cd. Costituzione “materiale”, che segue i bisogni sociali): in tal senso cfr. le sentenze nn. 364 del 1988, 409 del 1989, 487 del 1989 C. cost..

L’offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa che spetta alla Corte di rilevare è stata affermata anche da C. cost. nn. 360 del 1995, 263 del 2000 e n. 354 del 2002, sebbene debba sottolinearsi come i giudici costituzionali abbiano tradizionalmente esercitato il vaglio di legittimità nell’ambito della potestà legislativa con grande attenzione alle prerogative dello stesso legislatore, traducendo solo raramente tali affermazioni di principio in tema di offensività in decisioni di illegittimità¹.

Anche con riferimento ai profili strutturali della fattispecie penale la Corte costituzionale ha riservato, sostanzialmente, alla discrezionalità del legislatore il livello e il modulo di anticipazione della tutela, optando per il non sindacare le scelte tecniche di costruzione dell’illecito penale secondo lo schema dei reati di danno o di pericolo, anche presunto o astratto (cfr. ad esempio le sentenze n. 225 del 2008, 360 del 1995, 333 del 1991), purchè le determinazioni legislative non siano irrazionali o arbitrarie, ciò che si verifica quando esse non siano ricollegabili all’*id quod plerumque accidit*.

L’unico ambito in cui il principio di offensività ha manifestato in modo più forte le proprie potenzialità critiche dal punto di vista dell’offensività astratta e della tecnica di costruzione normativa dell’illecito, spingendo la Corte a decisioni di accoglimento della questione di illegittimità proposta, è stato quello delle norme penali costruite su modelli fondamentalmente (o esclusivamente) soggettivistici, o su veri e propri “tipi d’autore” (presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate solo su condizioni o qualità soggettive che stridono con il principio di offensività)²

Sul piano dell’offensività in concreto, il principio, declinato come criterio ermeneutico rivolto al giudice, permette una rilettura sostanzialistica delle fattispecie di pericolo astratto o presunto ed opera come “canone interpretativo universalmente accettato”, tale da imporre al giudice il compito di accertare volta per volta che il comportamento “soltanto astrattamente pericoloso” abbia raggiunto un grado minimo di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio (cfr. sentenza n. 225 del 2008). Dalla metà degli anni ‘80 la Corte ha valorizzato l’offensività come criterio ermeneutico, talvolta richiamando espressamente l’art. 49 c.p. che, a livello codicistico, ha offerto sponda concettuale alla stessa concezione realistica del reato, evidenziando che

¹ Si pensi alla sentenza n. 189 del 1987 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di stato estero, ovvero alla sentenza n. 519 del 1995, egualmente dichiarativa dell’illegittimità stavolta del reato di mendicizia non invasiva (art. 670 c.p.); di contro, recentemente la Corte ha ritenuto infondato il vaglio di costituzionalità per il reato di clandestinità (art. 10 bis del d.lgs. n 286 del 1998). Cfr. sentenza n. 250 del 2010.

² Ad esempio, si vedano le sentenze n. 354 del 2002, sull’illegittimità costituzionale dell’art. 688, comma 2, cod. pen., la cui motivazione faceva leva proprio sul fatto che la fattispecie esauriva il suo carico di lesività in condizioni e qualità individuali, come in una sorta di reato d’autore, “*in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale*”; la sentenza n. 370 del 1996, sull’incostituzionalità dell’art. 708 c.p.; la recente decisione n. 249 del 2010, in materia di aggravante della clandestinità di cui all’art. 61, n. 11, c.p., che ha ribadito il canone costituzionale della necessaria offensività per la costruzione di fattispecie penali e ha altresì precisato come l’art. 25, comma 2, Cost. costituisca ulteriore limite a tali tipologie di norme perché prescrive in modo rigoroso che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali).

"spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante" (così la sentenza n. 62 del 1986 in materia di armi ed esplosivi).

Tale canone, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, aiuta il principio di necessaria offensività ad emergere comunque nelle fattispecie concrete, "salvando" la costituzionalità della disposizione astratta (cfr. tra le tante le sentenze 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995, n. 296 del 1996, n. 24, proprio in materia di stupefacenti³).

Recentemente si segnala la sentenza n. 172 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 612 *bis* c.p. (atti persecutori), sollevata in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., sottolineando sia alcuni caratteri normativi che concretizzano la fattispecie, sia ancora una volta il decisivo compito del giudice di *"ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (ex plurimis, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)"*.

Con riferimento specifico alla coltivazione di piante dalle quali si possano ricavare sostanze stupefacenti, la Corte costituzionale si è trovata ad intervenire più volte in passato, con i risultati interpretativi che si sono sin qui riportati, tutti orientati, come noto, nel senso dell'inammissibilità del giudizio di costituzionalità, in sostanza ribadendosi la ragionevolezza della scelta legislativa in relazione ai parametri della necessaria offensività ed agli altri valori costituzionali in gioco.

Le sentenze riferite espressamente a questioni attinenti al vaglio di costituzionalità della disciplina normativa relativa alla coltivazione di piante stupefacenti sono: la n. 360 del 1995⁴, anzitutto, con la chiara enunciazione del doppio profilo del principio di offensività penale e, in precedenza, le sent. nn. 133/1992, 333/1991 e 62/1986, nonché, successivamente, le

³ Anche la decisione dei giudici costituzionali in materia di art. 707 c.p. – la sentenza n. 225 del 2008 – ha escluso il contrasto con il principio di offensività "in astratto" negando che la norma configuri una responsabilità per il modo di essere dell'autore e indicando al giudice ordinario il compito di evitare che la disposizione venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità.

⁴ Secondo cui non è fondata, in riferimento agli artt. 13, 25 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui prevede la illiceità penale della condotta di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti o psicotrope univocamente destinate all'uso personale, indipendentemente dalla percentuale di principio attivo contenuta nel prodotto della coltivazione stessa, sollevata sotto il profilo della violazione del principio della necessaria offensività della fattispecie penale nell'ipotesi in cui la coltivazione dia luogo a quantità (o qualità) di inflorescenze dalle quali non sia ricavabile il principio attivo in misura sufficiente a produrre l'effetto (stupefacente) potenzialmente lesivo nel caso di successiva assunzione. Infatti l'astratta fattispecie del delitto di coltivazione di sostanze stupefacenti implica una legittima valutazione di pericolosità presunta, in quanto inerente a condotta oggettivamente idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima, e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga, nonché di accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili. Si tratta quindi di reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività, non essendo irragionevole la valutazione prognostica di attentato al bene giuridico protetto. La configurazione di reati di pericolo presunto non è poi incompatibile con il principio di offensività; nè nella specie è irragionevole od arbitraria la valutazione, operata dal legislatore nella sua discrezionalità, della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione. Il giudice ordinario è comunque tenuto a verificare in concreto la reale offensività della singola condotta accertata.

ordinanze nn. 150 del 1996 e 414 del 1996, le quali tutte si sono espresse nel senso della infondatezza delle questioni sollevate. Ancora, deve ricordarsi la sentenza n. 296 del 1996 che sottolinea come l'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 estrapoli solo tre delle condotte di cui al precedente art. 73 per attrarle alla sfera dell'irrelevanza penale qualora rivelino la finalizzazione della condotta dell'agente all'uso personale delle sostanze stupefacenti.

A queste si aggiunge oggi la decisione del 9 marzo 2016, pubblicata nella motivazione il 23 maggio 2016, che ha nuovamente dichiarato la legittimità della tecnica di costruzione normativa riferita al reato di coltivazione di stupefacenti.

2.1. LA SENTENZA N. 190 DEL 2016 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: ANCORA UNA PRONUNCIA DI INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLA COLTIVAZIONE DI STUPEFACENTI.

La Corte costituzionale si è da poco pronunciata nuovamente su questione di legittimità del reato di coltivazione di sostanza stupefacente, sollevata dalla Corte d'Appello di Brescia⁵ con riferimento all'art. 75 D.P.R. n. 309/90, nella parte in cui esclude, secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità da ritenersi "diritto vivente" (si citano le Sezioni Unite con la sentenza Di Salvia), che tra le condotte suscettibili di sola sanzione amministrativa perché finalizzate al solo uso personale dello stupefacente vi sia quella di coltivazione di piante stupefacenti, in relazione ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e di offensività (artt. 3, 13, comma secondo, 25, comma secondo e 27, comma terzo, Cost.). Il giudice rimettente chiarisce nell'ordinanza che non è possibile, a suo giudizio, alcuna interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di cui all'art. 75 d.P.R. n. 309 del 1990, alla luce del dettato normativo e del diritto vivente.

Ad avviso della Corte rimettente, risulterebbe in tal modo violato il principio di eguaglianza (art. 3 della Costituzione), sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento fra chi detiene per uso personale sostanza stupefacente ricavata da piante da lui stesso precedentemente coltivate – assoggettabile soltanto a sanzioni amministrative, in forza della disposizione denunciata – e chi è sorpreso mentre ha in corso l'attività di coltivazione, finalizzata sempre al consumo personale: condotta che assume, invece, rilevanza penale. La norma censurata violerebbe, altresì, in parte qua, il principio di necessaria offensività del reato, desumibile dalla disposizione combinata degli artt. 13, secondo comma, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., in quanto la condotta di coltivazione per uso personale non sarebbe diretta ad alimentare il mercato della droga, sicché risulterebbe inidonea a ledere i beni giuridici protetti dalla disposizione di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, costituiti – alla luce delle indicazioni della giurisprudenza di legittimità – non già dalla salute individuale

⁵ Corte d'Appello di Brescia, ordinanze 10 marzo e 11 giugno 2015, (reg. ord. Corte cost. n. 98 e 200/2015), pubblicate in G.U. 1a Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 22 e 41 del 2015.

dell'agente, ma dalla salute pubblica, dalla sicurezza e dall'ordine pubblico, nonché dal «normale sviluppo delle giovani generazioni».

Ebbene, la Corte, ribadita la sua possibilità di emettere sentenze additive *in bonam partem* in materia penale, quale quella invocata dal giudice rimettente, nel merito ritiene nuovamente infondata la questione.

Gli argomenti utilizzati per dichiarare l'infondatezza ripropongono sostanzialmente quanto già può dirsi patrimonio interpretativo del giudice costituzionale.

La differente disciplina prevista per il consumo personale di colui che coltiva, fabbrica o produce sostanze stupefacenti – rispetto a colui il quale, invece, acquista, detiene, importa, esporta o riceve a qualsiasi titolo – è frutto, secondo la Corte costituzionale, della complessiva “strategia” del legislatore, volta, da un lato, a distinguere la posizione del mero assunto (ritenuta una forma di disadattamento sociale cui far fronte con misure prevalentemente terapeutiche) da quella del fabbricante, del produttore e del venditore, che effettivamente mettono in pericolo i numerosi beni protetti alla base delle ragioni di incriminazione; dall'altro, ad evitare che tale strategia differenziata si traduca in un fattore agevolativo della diffusione della droga tra la popolazione, fenomeno che – in assonanza con le indicazioni provenienti dalla normativa sovranazionale – è ritenuto meritevole di contrasto a salvaguardia della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché a fini di tutela delle giovani generazioni» (sentenza n. 333 del 1991 e n. 360 del 1995). Da qui, nascono, dunque, secondo la Corte costituzionale la ragionevole previsione legislativa di condizioni e limiti di operatività del regime differenziato: il legislatore ha negato rilievo alla finalità dell'uso personale sia alle condotte con essa logicamente incompatibili, perché implicanti la “circolazione” della droga («vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo») sia a quelle condotte apparentemente cd. “neutre” che hanno, tuttavia, la capacità di accrescere la quantità di stupefacente esistente e circolante, agevolandone così indirettamente la diffusione («coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina»). Ed è questo, secondo la Corte costituzionale, il tratto saliente che, nella visione del legislatore, vale a diversificare la coltivazione – come pure la produzione, la fabbricazione, l'estrazione e la raffinazione della droga – dalla semplice detenzione (e dalle altre condotte “neutre” a carattere “non produttivo”), conferendo ad essa una maggiore pericolosità, che giustifica la sancita irrilevanza della finalità di consumo personale.

In tal senso, l'argomento di incostituzionalità sollevato circa l'inoffensività della condotta di coltivazione ad uso personale cade.

Anche l'altro profilo di illegittimità, riferito alla ingiustificata disparità di trattamento fra chi detiene per uso personale sostanza stupefacente ricavata da piante da lui stesso in precedenza coltivate – condotta inquadrabile nella formula «comunque detiene», presente nella norma censurata, e dunque sanzionata (in assunto) solo in via amministrativa – e chi è invece sorpreso mentre ha ancora in corso l'attività di coltivazione, finalizzata sempre all'uso

personale, trovandosi con ciò esposto – secondo il “diritto vivente” – alle sanzioni penali previste dall’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 – viene disatteso, poichè ritenuto fondato su una premessa inesatta, ossia, che la detenzione per uso personale dello stupefacente “autoprodotta” renda non punibile la condotta di coltivazione, rimanendo il precedente illecito penale “assorbito” dal successivo illecito amministrativo. Secondo la Corte costituzionale tale assorbimento non si verifica affatto, se non nel senso che a rimanere “assorbito”, semmai, è l’illecito amministrativo.

Infine, deve sottolinearsi il richiamo della Corte costituzionale alla validità del canone ermeneutico, già analizzato, fondato sul duplice piano di operatività del principio di offensività, quello in astratto e quello in concreto, al fine di decidere della rilevanza penale di una determinata condotta, con il monito al giudice comune (ribadendo le affermazioni della pronuncia n. 360 del 1995 C. cost. adottate anche dalla consolidata giurisprudenza di legittimità) di “allineare” la figura criminosa della coltivazione di piante produttive di sostanze stupefacenti al canone dell’offensività in concreto, nel momento interpretativo ed applicativo. La ricerca del parametro di inoffensività, intesa come inidoneità a ledere il bene giuridico protetto, potrà poi essere attuata sia – secondo l’impostazione della sentenza n. 360 del 1995 – facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49 del codice penale); sia – secondo altra prospettiva – tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio.

3. GLI ATTUALI PERCORSI INTERPRETATIVI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ”.

Limitando l’oggetto dell’analisi alla giurisprudenza di legittimità - ma tenendo presente che nella materia dell’interpretazione della legislazione sugli stupefacenti, forse come in pochi altri ambiti, gli orientamenti dei giudici di merito risultano fortemente significativi di esigenze di adeguamento continuo della fattispecie tipica al concreto atteggiarsi di quelle reali - deve anzitutto segnalarsi che si sono registrate decisioni che, pur nel solco della pronuncia delle Sezioni Unite Di Salvia, hanno via via manifestato esigenze ulteriori e diverse di adeguare la tipicità penale al principio di offensività attraverso la “mediazione” del giudice.

Può essere utile, pertanto, tracciare alcuni filoni interpretativi leggibili dal 2008 in avanti, caratterizzati soprattutto per la ricerca, da parte della giurisprudenza, di canoni di orientamento aderenti al rispetto del criterio dell’offensività in concreto⁶.

⁶ Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite Di Salvia, Sez. 6, n. 17266 del 1/4/2009, Ait Errais, Rv. 243581, in merito alla differente valutazione tra offensività in astratto e offensività in concreto, ha affermato che l’accertamento relativo al fatto che la sostanza appartenga ad una delle tipologie espressamente considerate dal legislatore impedisce, di per sè, di escludere la potenziale messa in pericolo dei beni tutelati dalla norma incriminatrice, spettando poi al giudice verificare, di volta in volta, se la condotta contestata risulti in concreto inoffensiva, tale dovendo ritenersi solo quella che non leda o metta in pericolo, anche in minimo grado, il bene tutelato.

3.A. LA GIURISPRUDENZA CHE ADOTTA IL CRITERIO DELLA POTENZIALE IDONEITÀ DELLA COLTIVAZIONE A PRODURRE SOSTANZE STUPEFACENTI.

Uno degli orientamenti di legittimità rilevabili tra quelli di maggior seguito ha provato ad enucleare "indicatori" dimostrativi della concreta offensività della condotta di coltivazione non autorizzata, sull'assunto che rilevi la potenziale idoneità della coltivazione-produzione di piante di natura stupefacente a produrre in futuro tali sostanze.

La sentenza Sez. 3, n. 23082 del 9/5/2013, De Vita, Rv. 256174, ha enucleato una serie di "indicatori" dimostrativi della concreta offensività della condotta di coltivazione non autorizzata di piante di natura stupefacente, individuando tra questi il quantitativo di principio attivo ricavabile dalle singole piante in relazione al loro grado di maturazione, come anche l'estensione e la struttura organizzata della piantagione, dalle quali possa derivare una produzione di sostanze potenzialmente idonea ad incrementare il mercato. Nella fattispecie il reato è stato ritenuto configurabile per un quantitativo di 43 piantine di "cannabis", dalle quali, all'atto di accertamento, si sarebbe ricavato un quantitativo di sostanza stupefacente pari sia al valore della dose singola che della dose – soglia, per la presenza di semi e di impianti di innaffiamento e riscaldamento dei locali, finalizzati a favorire la crescita e lo sviluppo della coltivazione.

Ulteriori pronunce hanno affrontato la questione egualmente con riferimento agli indicatori e caratteri specifici attinenti alla piantagione, affermando, ai fini della punibilità della coltivazione, **l'irrilevanza della quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, e la rilevanza, invece, della conformità della pianta al tipo botanico previsto e della sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente** (così, Sez. 6, n. 22459 del 16/3/2013, Cangemi, Rv. 255732) ovvero anche, nello stesso senso, l'irrilevanza del fatto che, al momento dell'accertamento del reato, le piante non siano ancora giunte a maturazione, poichè la coltivazione ha inizio con la posa dei semi, dovendosi invece valutare l'idoneità anche solo potenziale delle stesse a produrre una germinazione ad effetti stupefacenti (Sez. 4, n. 44287 del 8/10/2008, Taormina, Rv. 241991).

Nello stesso senso Sez. 6, n. 6753 del 9/1/2014, M., Rv. 258998 ha affermato che, ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, **l'offensività della condotta non è esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali, neppure quando risulti l'assenza di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, se gli arbusti sono prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti, in quanto il "coltivare" è attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico.**

Sez. 4, n. 44136 del 27/10/2015, Cinus, Rv. 264910, affermando la sufficienza, ai fini della punibilità, della conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza

stupefacente, ha precisato – con una significativa apertura verso un approccio più “realista” della condotta - che il dato ponderale può assumere rilevanza, al fine di fornire indicazioni sull'offensività in concreto della condotta, soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura minima, l'effetto psicotropo (sul punto della “capacità drogante” cfr. *infra* par. 3.c.).

Si richiamano ai medesimi principi, tra le altre, Sez. 6, n. 49476 del 4/12/2015, Radice, n.m. e Sez. 6, n. 3037 del 8/9/2015, dep. 2016, Fazzi, n.m.,⁷ che, tuttavia, intervengono in ipotesi di sequestri di piante e quantitativi di stupefacente di una certa consistenza per l'intervenuta essiccazione o comunque ricavabili dal materiale in sequestro.

3.B. LA GIURISPRUDENZA CHE VALORIZZA IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN CONCRETO.

Un altro orientamento è quello che ha offerto una lettura del principio di offensività in concreto che tende alla sua massima espansione, valorizzando i percorsi argomentativi della Corte costituzionale sul tema e, in particolare, il potere-dovere di verifica da parte del giudice della effettiva corrispondenza della fattispecie sottoposta al suo esame con il fatto tipico, declinato nella prospettiva dell'art. 49 cod. pen. quale fatto tipico “offensivo”.

Si iscrivono in questa linea, pur con diversi atteggiamenti motivazionali, collegati anche alle differenze tra i casi esaminati, numerose sentenze che di seguito si proverà ad esaminare per gruppi omogenei, sulla base delle argomentazioni utilizzate per decidere se, nel caso concreto, vi fosse o meno il rispetto del canone, necessario ai fini della punibilità, di offensività in concreto.

• **Alcune pronunce incentrano la motivazione di inoffensività sulla esiguità del principio attivo e la modalità palesemente minima di coltivazione.** In tal senso, Sez. 4, n. 25674 del 17/2/2011, Marino Rv. 250721, che riprende il concetto di coltivazione “domestica”, pure superato dalle Sezioni Unite nella sentenza Di Salvia (là dove indicativo di esclusione della punibilità delle condotte di coltivazione per l'uso personale della destinazione dello stupefacente), per affermare la non punibilità del fatto con riferimento ad una piantina di canapa indiana contenente principio attivo pari a mg. 16, posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, in quanto condotta inoffensiva “ex” art. 49 cod. pen., che non integra il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Più di recente, si segnala Sez. 6, n. 5254 del 10/11/2015, dep. 2016, Pezzato, Rv. 265641 che ha ritenuto **l'inoffensività in concreto della condotta**, in un'ipotesi in cui essa era di tale minima entità da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa; nella fattispecie la S.C. ha escluso il

⁷ Per un recente commento a queste e ad altre pronunce in tema di coltivazione di piante stupefacenti cfr. C. BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, in www.penalecontemporaneo.it del 23 maggio 2016.

reato per la coltivazione di due piante di canapa indiana e la detenzione di 20 foglie della medesima pianta, in presenza di una produzione che, pur raggiungendo la soglia drogante, è stata **definita "assolutamente minima"**.

La sentenza Pezzato presenta profili di estremo interesse anche perché pone in modo chiaro la **distinzione tra inoffensività *tout court* di una condotta di coltivazione di piante stupefacenti e irrilevanza penale del fatto per "tenuità" ai sensi dell'art. 131 bis cod. pen.**, declinando la differenza secondo paradigmi interpretativi di ordine generale. Ed infatti si afferma: *l'art. 131 bis cod. pen. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato (cfr. Rv. 265642).*

Del resto sulla applicabilità della condizione di non punibilità della tenuità del fatto anche alle condotte di coltivazione, sussistendone i presupposti, si era già pronunciata Sez. 3, n. 38364 del 7/7/2015, Di Salvia, n.m. ed in tal senso deve leggersi, in generale, la pronuncia delle Sezioni unite n. 13681 del 25/2/2016, Tushaj, in corso di massimazione che ha ricostruito natura ed ambito operativo della disposizione di cui all'art. 131 bis cod. pen.

Infine, Sez. 4, n. 3787 del 19/1/2016, Festi, Rv. 265740 ha escluso l'offensività in concreto quando la condotta sia così trascurabile da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità della droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa. Analogamente, in precedenza, Sez. 6, n. 33835 del 8/4/2014, Piredda, Rv. 260170; Sez. 6, n. 22110 del 2/5/2013, Capuano, Rv. 255753.

Tuttavia, prescinde dalla distinzione tra coltivazione domestica e coltivazione tecnico-agraria Sez. 6, n. 51497 del 4/12/2013, Zilli, Rv. 258503, che invece afferma "La coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti è penalmente rilevante a norma degli artt. 26 e 28 del d.P.R. n. 309 del 1990, a prescindere dalla distinzione tra coltivazione tecnico-agraria e coltivazione domestica, posto che l'attività in sé, in difetto delle prescritte autorizzazioni, è da ritenere potenzialmente diffusiva della droga. (Fattispecie relativa alla coltivazione di una pluralità di piantine di cannabis indica all'interno di una serra rudimentale)". Una recente pronuncia, infine, Sez. 6, n. 10169 del 10/2/2016, Tamburini, in corso di massimazione, ha messo in relazione l'orientamento in esame, con quello - cui aderisce e che applica nella fattispecie al suo esame - secondo cui l'offensività della condotta non è esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali dai quali è estraibile sostanza stupefacente (già sopra illustrato sub 3.A.). Nel caso ad essa sottoposto, infatti, la S.C. ha ritenuto sussistere il reato di coltivazione in un'ipotesi di coltivazione "domestica" di nove piantine di marijuana, in parte già produttive di sostanza (per 60 mg individuati, corrispondenti a più di due dosi medie singole), con riferimento alle quali ha posto in luce la differenza dall'ipotesi esaminata nella citata sentenza Sez. 6, Piredda, in cui la condotta era condivisibilmente inoffensiva perché riferita a sole due

piantine di marijuana contenenti 18 mg di principio attivo, inferiore alla dose media singola individuata dal relativo decreto ministeriale nella misura di 25 mg.

• **Altre sentenze**, ricollegando la verifica della necessaria offensività in concreto al momento dell'accertamento della condotta, **pongono l'accento sulla necessità che, ai fini della punibilità, sussista comunque una effettiva ed attuale capacità drogante del prodotto della coltivazione rilevabile nell'immediatezza**, contestando la proiezione nel futuro della verifica di offensività sulla base di un giudizio prognostico di idoneità della coltivazione a giungere a maturazione, secondo il tipo botanico (orientamento quest'ultimo sostenuto nella citata sentenza Cangemi).

Sono espressione di tale opzione anzitutto Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015, dep. 2016, Marongiu, Rv. 265640, che ripercorre le ragioni costituzionali della propria opzione, annullando con rinvio la pronuncia di merito, che non aveva verificato la quantità di principio attivo ricavabile da nove piantine di "cannabis indica" non giunte a maturazione. La sentenza sottolinea il **pericolo di un'applicazione eccessivamente anticipata della tutela penale, che operi di fatto una totale svalutazione dell'elemento costituito dalla necessaria offensività in concreto della condotta**, cioè dalla capacità della stessa di ledere effettivamente i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice; si richiama, a tal fine, il nucleo di garanzia della stessa sentenza delle Sezioni unite Di Salvia là dove essa ritrova il paradigma di compatibilità tra i reati a pericolo presunto, come quello di coltivazione, ed il principio di offensività, proprio nella verifica concreta del giudice sulla effettiva messa in pericolo dei beni oggetto di tutela, sottraendoli dall'alveo di reati di "mera disobbedienza".

Successivamente, Sez. 6, n. 8058 del 17/2/2016, Pasta, Rv. 266168, negli stessi termini della sentenza Marongiu, ha affermato l'insufficienza dell'accertamento della conformità al tipo botanico vietato, dovendosi invece accertare l'offensività in concreto della condotta, intesa come **effettiva ed attuale capacità della sostanza ricavata o ricavabile a produrre un effetto drogante** e come concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso, nella specie annullando senza rinvio la pronuncia di condanna relativa alla coltivazione di una pianta di cannabis indica, da cui sono risultati ricavabili gr. 0,345 di principio attivo (cfr. anche Sez. 6, n. 12612 del 10/12/2012, Floriano, Rv. 254891). Egualmente, già Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, dep. 2009, Nicoletti, Rv. 242371 aveva escluso la punibilità nel caso di piante che non avevano ancora completato il ciclo di maturazione né prodotto sostanza idonea a costituire oggetto del concreto accertamento della presenza del principio attivo della sostanza stupefacente.

Sez. 3, n. 21120 del 31/1/2013, Colamartino, Rv. 255427, in senso contrario, ha affermato l'irrilevanza del mancato completamento del ciclo di maturazione e la punibilità della coltivazione di 24 piante di canapa indiana "non ancora giunte a maturazione", constatandone le dimensioni. La sentenza, peraltro, espressamente ribadisce che non è configurabile il reato di coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti nel

caso in cui la condotta sia assolutamente inidonea (irrilevante essendo il grado dell'offesa) a ledere i beni giuridici tutelati⁸ dalla norma incriminatrice e, pertanto, risulti inoffensiva secondo i canoni previsti dall'art. 49 cod. pen., precisando, però, che tale assoluta inidoneità della condotta non può dipendere da circostanze occasionali e contingenti quali la mancata produzione di sostanza stupefacente a causa della non maturazione della piantagione, magari per l'intervento tempestivo da parte della polizia giudiziaria.

▪ La giurisprudenza di legittimità ha affrontato anche il **tema della mera detenzione di semi di pianta dalla quale siano ricavabili sostanze stupefacenti**: la pronuncia Sez. 6, n. 41607 del 19/6/2013, Lorusso, Rv. 256802, esclude la rilevanza penale di tale semplice detenzione, trattandosi di atto preparatorio non punibile, da cui non può desumersi l'effettiva destinazione dei semi, secondo quanto affermato anche da Sez. U, n. 47604 del 18/10/2012, Bargelli, Rv. 253552, per l'ipotesi di offerta in vendita di semi e la configurabilità del reato di cui all'art. 414 cod. pen. (la sentenza delle Sezioni Unite ancora una volta fa leva sull'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di offensività).

3.C. LE PRONUNCE SU INOFFENSIVITÀ ED INEFFICACIA DROGANTE DELLA SOSTANZA.

Deve, inoltre, segnalarsi una parte di pronunce che sembrano lasciar emergere un **paradigma di inoffensività collegato all'inefficacia drogante o psicotropa**, declinato non solo in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti, ma anche **in generale, per qualsiasi illecito avente ad oggetto detenzione o cessione di stupefacenti**.

E difatti, se già Sez. 6, n. 564 del 12/11/2001, dep. 2002, Caserta, Rv. 220448, aveva affermato che, in tema di stupefacenti, **la valutazione dell'efficacia psicotropa delle sostanze, demandata al giudice nell'ambito della verifica dell'offensività specifica della condotta accertata, è la sola che consente la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta** e va compiuta prendendo in considerazione il quantitativo complessivo di sostanze detenute ai fini di spaccio o cedute, senza arbitrarie parcellizzazioni legate ai singoli episodi di vendita.

Sul tema Sez. 6, n. 6928 del 13/12/2011, dep. 2012, Choukrallah, Rv. 252036 ha affermato, in generale, che, **ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 del d. P.R. n. 309 del 1990, è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante**.

La motivazione della sentenza in esame ha ben posto in luce come le affermazioni sulla necessaria valutazione dell'offensività in concreto della condotta, svolte dalle Sezioni Unite Di Salvia e mutate dalla giurisprudenza costituzionale, attengono a principi che, seppure pronunciati in materia di coltivazione non autorizzata, *"si proiettano necessariamente*

⁸ La giurisprudenza di legittimità individua tali beni protetti nella salute, nella sicurezza e nell'ordine pubblici: cfr. per tutte, Sez. U, n. 9973 del 24/6/1998, Kremi, Rv. 211073.

sull'intera disciplina degli stupefacenti, investendo, in particolare, la fattispecie di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, tipico esempio di reato di pericolo (rispetto al quale la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che non è incompatibile con il principio di offensività: sent. n. 133/1992 e n. 333/1991). Ne consegue che per i reati in materia di stupefacenti, che pongono in pericolo - in forme più o meno incisive - la salute degli assuntori, è essenziale la dimostrazione della probabilità di un evento lesivo, attraverso la dimostrazione dell'efficacia drogante della sostanza. Sicché, nel caso in cui l'offensività in concreto accertata dal giudice si riveli 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. (Corte cost. n. 360/1995)."

In tale impostazione generale, che fa eco alle sentenze esaminate *sub* 2.B, si riconoscono Sez. 6, n. 8393 del 22/1/2013, Cecconi, Rv. 254857; Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, Mele, dep. 2016, Rv. 265976, nonché Sez. 4, n. 6207 del 19/11/2008, dep. 2009, Stefanelli, Rv. 242860. Parallelamente, Sez. 3, n. 47670 del 9/10/2014, Aiman, Rv. 261160 e Sez. 4, n. 21814 del 12/5/2010, Renna, Rv. 247478⁹ hanno affermato, ancora in tema di inoffensività, che il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 è configurabile anche in relazione a dosi inferiori a quella media singola di cui al D.M. 11 aprile 2006, con esclusione soltanto di quelle condotte afferenti a quantitativi di sostanze stupefacenti talmente minimi da non poter modificare, neppure in maniera trascurabile, l'assetto neuropsichico dell'utilizzatore. Tuttavia, deve darsi atto che tale orientamento ha conosciuto opzioni difformi, per quanto non di recente affermazione; così, Sez. 5, n. 5130 del 4/11/2010, dep. 2011, Moltoni, Rv. 249702 riteneva l'irrilevanza del mancato superamento della soglia quantitativa drogante, stante la natura legale della nozione di sostanza stupefacente; nello stesso senso: Sez. 4, n. 32317 del 3/7/2009, Di Settimio, Rv. 245201 e numerose conformi precedenti che, sulla scia di Sez. U, n. 9973 del 24/6/1998, Kremi, Rv. 211073, che, stabilendo la nozione legale di stupefacente, aveva ritenuto, in una fattispecie di illecita detenzione e vendita di sostanza stupefacente contenente mg. 13,4 di eroina-base, che l'inidoneità dell'azione, relativamente alle fattispecie previste dall'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, vada valutata unicamente avuto riguardo ai beni oggetto della tutela penale, individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni, beni che sono messi in

⁹ In motivazione la sentenza ha significativamente chiarito che "la lettura integrata delle disposizioni contenute nel richiamato D.P.R. n. 309 del 1990, induce a ritenere che la configurazione della tipicità oggettiva non possa prescindere del tutto dalla considerazione della farmacologica attitudine delle diverse sostanze a produrre i loro effetti caratteristici. Si fa riferimento in particolare al cit. D.P.R., art. 14 che richiama l'azione "narcotico-analgésica" dell'oppio e degli oppioidi; l'"azione eccitante" della coca; l'azione "eccitante sul sistema nervoso centrale" degli anfetaminici; "ogni altra sostanza che produca effetti sul sistema nervoso centrale ed abbia capacità di determinare dipendenza fisica o psichica dello stesso ordine o di ordine superiore"; la cannabis con i suoi effetti tipici ed "ogni altra pianta i cui principi attivi possono provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali".

pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante.

Redattore: Matilde Brancaccio

Il vice direttore
Giorgio Fidelbo