

Cass. Pen., Sez. IV , Sentenza 24 maggio 2021, n. 20389

stupefacenti – coltivazione – detenzione – spaccio – cessione – acquisto – art. 73 comma 5 D.P.R. 309/90 – coltivazione atecnica – principio di offensività – vizio di motivazione.

1. *« va rilevato che la sentenza impugnata non affronta la compatibilità di una coltivazione essenzialmente "atecnica" come quella descritta, svolta sul balcone dell'abitazione, e la sua diffusione sul mercato, in assenza di ulteriori indici tipici della destinazione a terzi, quali, ad esempio, la presenza di strumenti da taglio della sostanza e di materiale per lo smercio della sostanza. In particolare, infatti, la Corte omette di confrontarsi con siffatta ultima circostanza, finendo per far coincidere la coltivazione rudimentale di dodici piante, in condizione di maturazione progressiva, di per sè non incompatibile nè con l'uso personale, nè con l'eventuale futuro spaccio, con la potenziale diffusione del materiale ricavabile, senza svolgere il necessario approfondimento sugli elementi rivelanti la destinazione al commercio. »*

Precedenti conformi :

Cass. Pen., Sez. Un, del 19 dicembre 2019 n. 12348
Cass. Pen., Sez. III, del 31 gennaio 2013, n. 21120
Cass. Pen., Sez. VI, del 09 gennaio 2014, n. 6753
Cass. Pen., Sez. VI, del 08 aprile 2014, n. 33835
Cass. Pen., Sez. VI, del 17 febbraio 2016, n. 8058

SENTENZA

Ritenuto in fatto

1. La Corte di Appello di L'Aquila con sentenza del 17 settembre 2018 ha confermato la sentenza del Tribunale di Pescara con cui è stato ritenuto responsabile del reato di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, per avere coltivato sul balcone della propria abitazione dodici piante marijuana, di cui due di grandi dimensioni in fioritura, tre di medie dimensioni e sette di piccole dimensioni, non destinate ad uso esclusivamente personale.
2. Avverso la sentenza propone ricorso per cassazione, M.E. a mezzo del suo difensore, formulando un unico motivo di impugnazione, articolato in due profili.
3. Con il primo fa valere la violazione della legge penale in relazione al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5 ed il vizio di motivazione. Ricorda che come emerge dal verbale di sequestro -che allega - le piante di marijuana erano coltivate dall'imputato sul balcone di casa, in quattro vasi, in modo del tutto rudimentale, senza l'ausilio di lampade, umidificatori o sistemi di irrigazione, direttamente esposte agli agenti atmosferici, e, quindi, in assenza di strumentazione dimostrante la professionalità della coltivazione.

D'altro canto, il diverso stato di vegetazione, non tenuto in doverosa considerazione dalla Corte, unitamente al mancato rinvenimento di strumenti per il confezionamento sono circostanze che dimostrano l'assenza di destinazione allo spaccio. Solo due delle piante, infatti, erano in fioritura, mentre tutte le altre erano di medie o piccole dimensioni, il che palesa il carattere domestico della coltivazione, rivolta all'esclusivo uso personale. Seppure, dunque, il fatto ascritto ad M.E., sia astrattamente conforme al tipo legale, manca qualsivoglia offensività della condotta, non essendo neppure ipotizzabile alcun pericolo di diffusione dello stupefacente. Nè, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, può rilevare il solo dato del quantitativo di principio attivo ricavabile, dovendo verificarsi in concreto se dalla coltivazione i stupefacenti. possa derivare una produzione idonea ad incrementare il mercato degli stupefacenti.

4. Con il secondo profilo, in via subordinata, fa valere l'erronea applicazione dell'art. 131 bis c.p.. Rileva che la causa di non punibilità è applicabile anche ai reati commessi in data anteriore all'entrata in vigore della norma (il fatto ascritto risale al (OMISSIS)) e che, secondo la Suprema Corte, l'assoluzione per tenuità del fatto può essere pronunciata anche in sede di legittimità, mentre la Corte di appello ha ommesso ogni valutazione. Conclude per l'annullamento della sentenza impugnata.

5. Con requisitoria ai sensi del D.L. n. 137 del 2020, art. 23 il Procuratore generale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Motivi della decisione

1. Il ricorso deve essere accolto.

2. Per dare soluzione alla questione va richiamato il recente approdo interpretativo segnato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 12348 del 19/12/2019, Capurso, secondo cui "Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo estraibile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza ad effetto stupefacente" (Rv. 278624 - 02) mentre "Non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all'uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto" (Rv. 278624 - 01).

3. Il Supremo Collegio, infatti, ha ribadito la distinzione tra le categorie della tipicità e dell'offensività del reato e, nell'ambito di quest'ultima, tra offensività in astratto e offensività in concreto, affermando che la tipicità, intesa come riconducibilità della fattispecie concreta al "tipo" disciplinato dalla fattispecie astratta, discende dalla sussistenza del duplice requisito della conformità della pianta al tipo botanico vietato e della sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente. A tal proposito la Corte regolatrice ha chiarito che "perchè vi sia una coltivazione penalmente rilevante è necessario, non solo che la stessa abbia per oggetto una pianta che sia in concreto idonea a produrre sostanze vietate, ma anche che siano utilizzate, a tal fine, strumentazioni e pratiche agricole tecnicamente adeguate" e che, ferma restando la distinzione fra la condotta di detenzione e quella di coltivazione dello stupefacente, "la nozione giuridica di coltivazione deve, però, essere circoscritta, per dare spazio alla distinzione tra coltivazione "tecnico-agraria" e coltivazione "domestica" e che " L'irrelevanza penale della coltivazione di minime dimensioni, finalizzata esclusivamente al consumo personale, deve (...) essere ancorata, non alla sua assimilazione alla detenzione e al regime giuridico di quest'ultima, ma, più linearmente, alla sua non riconducibilità alla definizione di coltivazione come attività penalmente rilevante; dandosi, così, un'interpretazione restrittiva della fattispecie penale, che si giustifica tanto più per la sua natura di reato di pericolo presunto (...) nell'ottica garantista di un corretto bilanciamento fra ampiezza e anticipazione della tutela".

Proprio "La prevedibilità della potenziale produttività è, quindi, uno dei parametri che permettono di distinguere fra la coltivazione penalmente rilevante, dotata di una produttività non stimabile a priori con sufficiente grado di precisione, e la coltivazione penalmente non rilevante, caratterizzata da una produttività prevedibile come modestissima. Si tratta, però, di un parametro che, per poter operare con sufficiente certezza, deve essere ancorato a presupposti oggettivi - in parte già individuati dalla giurisprudenza (ex plurimis, Sez. 3, n. 21120 del 31/01/2013, Colamartino, Rv. 255427; Sez. 6, n. 6753 del 09/01/2014, M., Rv. 258998; Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170 e Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168) - che devono essere tutti compresenti, quali: la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, la rudimentalità delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli

stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore. A contrario, la circostanza che la coltivazione sia intrapresa con l'intenzione soggettiva di soddisfare esigenze di consumo personale deve essere ritenuta da sola insufficiente ad escluderne la rispondenza al tipo penalmente sanzionato, perchè - come appena visto - la stessa deve concretamente manifestare un nesso di immediatezza oggettiva con l'uso personale.

4. Sotto il profilo dell'offensività dell'attività di coltivazione, invece, le Sezioni unite hanno ritenuto che "l'esclusione della punibilità delle attività di coltivazione domestica, che opera sul piano della tipicità, renda a fortiori condivisibili le considerazioni svolte dalla giurisprudenza maggioritaria circa la più spiccata pericolosità della coltivazione rispetto alla maggior parte delle altre condotte elencate nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 - ovvero, quelle diverse dalla fabbricazione e dalla produzione - perchè l'attività di coltivazione è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi di stupefacente disponibili. E ciò, a tacere del fatto che, a differenza delle altre condotte "produttive", l'attività colturale ha la peculiarità di non richiedere neppure la disponibilità di "materie prime" soggette a rigido controllo, ma normalmente solo di semi (C. Cost., n. 109 del 2016). E', dunque, ampiamente giustificato l'esercizio della discrezionalità legislativa nella strutturazione della fattispecie penale, nel senso dell'anticipazione della tutela fino al pericolo presunto, in quanto corrisponde alla normalità della pratica agricola la conseguenza dell'incremento della provvista esistente di stupefacente, idoneo ad attentare al bene della salute collettiva e dei singoli, creando in potenza maggiori occasioni di spaccio. In altri termini, deve essere ritenuta pienamente conforme con il principio di ragionevolezza la valutazione prognostica di potenziale aggressione al bene giuridico protetto, sottesa all'incriminazione della coltivazione, con la sola esclusione di quella domestica, alle condizioni sopra richiamate. La riconosciuta anticipazione di tutela consente anche di risolvere la questione se l'oggettività giuridica del reato debba essere individuata solo nella salute individuale o collettiva (come in Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, Nicoletti, Rv. 242371) o anche: nella sicurezza, nell'ordine pubblico, nella salvaguardia delle giovani generazioni (come nelle sentenze Sez. U., Di Salvia e Krenni), nell'impedimento dell'incremento del mercato degli stupefacenti (come nella ricostruzione operata nell'ordinanza di rimessione). L'utilizzazione dello schema del reato di pericolo presunto rende superfluo, infatti, il richiamo a concetti come la sicurezza, l'ordine pubblico o il mercato clandestino, che (...) appaiono declinati in forma eccessivamente generica perchè privi di un collegamento sufficientemente diretto con quello della salute, il quale trova un solido ancoraggio costituzionale nell'art. 32, che lo qualifica addirittura come diritto soggettivo" Dunque. "Al fine di individuare l'oggetto giuridico della tutela, è sufficiente, dunque, riferirsi alla salute, individuale e collettiva, proprio perchè la particolare pregnanza di tale valore costituzionale consente che la sua protezione sia anticipata ad un momento precedente a quello dell'effettiva lesione". Invero "La ricostruzione sistematica del reato di coltivazione di stupefacenti, in termini di pericolo presunto, trova adeguato temperamento nella valorizzazione dell'offensività "in concreto", quale criterio interpretativo affidato al giudice, il quale è tenuto a verificare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene-interesse tutelato. Ne consegue che il reato non potrà essere ritenuto sussistente qualora si verifichi ex post che la coltivazione ha effettivamente prodotto una sostanza inidonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile".

5. Su queste basi "la verifica dell'offensività in concreto deve essere diversificata a seconda del grado di sviluppo della coltivazione al momento dell'accertamento, nel senso che, qualora il ciclo delle piante sia completato, l'accertamento dovrà avere per oggetto l'esistenza di una quantità di principio attivo necessario a produrre effetto drogante. Invece, con riferimento a fasi pregresse di coltivazione, la previsione specifica della punibilità della coltivazione in quanto tale non consente di ritenere che si tratti di attività sostanzialmente libera fino a quando non si abbia la certezza dell'effettivo sviluppo del principio attivo. Al contrario, per l'ampia dizione della legge, rileva penalmente la coltivazione a qualsiasi stadio della pianta che corrisponda al tipo botanico, purchè si svolga in condizioni tali da potersene prefigurare il positivo sviluppo. In conclusione, potranno rilevare, al fine di escludere la punibilità: a) un'attuale inadeguata modalità di coltivazione da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale; b) un eventuale risultato finale della coltivazione che non consenta di ritenere il raccolto conforme al normale tipo botanico, ovvero abbia un contenuto in principio attivo troppo povero per la utile destinazione all'uso quale droga (Sez. 6, n. 22459 del 15/03/2013, Cangemi, Rv. 255732). Sul piano dell'offensività, deve dunque

concludersi che il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficiente la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e produrre sostanza stupefacente (...). Qualora, però, la coltivazione domestica a fini di autoconsumo produca effettivamente una sostanza stupefacente dotata di efficacia drogante, le sanzioni amministrative dell'art. 75 richiamato potranno essere applicate al soggetto agente considerato non come coltivatore, ma come detentore di sostanza destinata a uso personale. In presenza di una coltivazione penalmente rilevante, invece, la detenzione da parte del coltivatore dello stupefacente prodotto dovrà essere ritenuta assorbita nella coltivazione, secondo le indicazioni già fornite in tal senso da Corte Cost. n. 109 del 2016, per cui la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, tale da poter essere qualificata come post factum non punibile, in quanto ordinario e coerente sviluppo della condotta penalmente rilevante. Vi è, dunque, una graduazione della risposta punitiva rispetto all'attività di coltivazione di piante stupefacenti, nelle sue diverse accezioni: a) devono considerarsi lecite la coltivazione domestica, a fine di autoconsumo - alle condizioni sopra elencate per mancanza di tipicità, nonchè la coltivazione industriale che, all'esito del completo processo di sviluppo delle piante non produca sostanza stupefacente, per mancanza di offensività in concreto; b) la detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, anche se ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 75; c) alla coltivazione penalmente illecita restano comunque applicabili l'art. 131-bis c.p., qualora sussistano i presupposti per ritenerne la particolare tenuità, nonchè, in via graduata, il D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, qualora sussistano i presupposti per ritenere la minore gravità del fatto".

6. Le Sezioni unite, concludono affermando il seguente principio di diritto: "Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore".

7. Ora, la Corte di appello ritiene sussistente la condotta ascritta di detenzione di stupefacenti a fini di spaccio, ritenendo che, al di là della tipicità della condotta, per la verità neppure contestata dal ricorrente, l'offensività sia dimostrata dal numero delle dosi ricavabili e dalla potenzialità diffusiva del consumo di stupefacente rappresentato da una coltivazione che, sebbene rudimentale, è idonea ad incrementare il mercato illecito.

8. Con il ricorso si contesta la sussistenza dell'offensività della condotta ascritta, sottolineando, da un lato, il diverso stato di maturazione delle piante e le modalità di coltivazione, non assistita da strumenti tecnici dall'altro, l'assenza di strumenti per il confezionamento e la distribuzione, elementi entrambi denotanti l'uso esclusivamente personale dello stupefacente ricavato.

9. Ebbene, va rilevato che la sentenza impugnata non affronta la compatibilità di una coltivazione essenzialmente "atecnica" come quella descritta, svolta sul balcone dell'abitazione, e la sua diffusione sul mercato, in assenza di ulteriori indici tipici della destinazione a terzi, quali, ad esempio, la presenza di strumenti da taglio della sostanza e di materiale per lo smercio della sostanza. In particolare, infatti, la Corte omette di confrontarsi con siffatta ultima circostanza, finendo per far coincidere la coltivazione rudimentale di dodici piante, in condizione di maturazione progressiva, di per sè non incompatibile nè con l'uso personale, nè con l'eventuale futuro spaccio, con la potenziale diffusione del materiale ricavabile, senza svolgere il necessario approfondimento sugli elementi rivelanti la destinazione al commercio.

La sentenza deve pertanto essere annullata con rinvio alla Corte di appello di Perugia per nuovo giudizio.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio alla Corte di appello di Perugia.

Così deciso in Roma, il 8 aprile 2021.

Depositato in Cancelleria il 24 maggio 2021



DE IUSTITIA
RIVISTA GIURIDICA