

“EPPUR SI MUOVE” (QUALCOSA). SUSSULTI GIURISPRUDENZIALI E ASSESTAMENTI DEI DIVIETI DI IMPIEGO DI SOSTANZE STUPEFACENTI

di Domenico Notaro

(Professore Associato di diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. I segnali di “agitazione” dell’impianto proibizionista del maneggio di droghe. – 2. La valenza “diversamente illecita” del consumo di gruppo. – 3. La controversa dimensione della coltivazione “domestica” di piante stupefacenti. – 3.1. Ancora un intervento delle Sezioni Unite. – 3.2. La possibilità di un (reale) fenomeno abolitivo e le sue conseguenze di disciplina. – 3.3. Le ricadute in tema di (detenzione e di) cessione delle sostanze prodotte. – 4. Dalla coltivazione alla commercializzazione delle droghe leggere: la riaffermazione del divieto penale. – 5. La parola al legislatore?

1. Quando sul finire dell’anno scorso si è avuta notizia della pronuncia delle Sezioni Unite che, risolvendo un quesito sollevato in tema di coltivazione “domestica” di piante stupefacenti¹, si sono espresse per l’irrelevanza penale della condotta, molti giornali di rilevanza nazionale hanno sottolineato la svolta «epocale» impressa dal Collegio riunito, addirittura rilevando l’abolizione (giurisprudenziale) di una precedente incriminazione². Certo, il principio di diritto formulato dall’Alto Consesso³, marca l’impatto della pronuncia, profilando un’(inedita) area di sottrazione della coltivazione al giogo dell’incriminazione. Non si è trattato, tuttavia, di una presa di posizione imprevedibile né dirompente: l’ambito sul quale essa insiste era già caratterizzato da “instabilità”; in relazione ad esso, un largo indirizzo giurisprudenziale aveva rinvenuto margini di esenzione della pratica di coltivazione di piante stupefacenti, quando questa sia condotta con modalità tali da denotare una dimensione individuale. Non era questa, d’altronde, la sola discussione in corso; altre, sorte in ambiti contigui, hanno sottoposto a pressione l’impianto proibizionista a base dei divieti di utilizzo degli stupefacenti; segno delle tensioni che da tempo si agitano in quel settore dell’ordinamento. Ed invero, la giurisprudenza, più che il legislatore, ha

¹ V. l’ordinanza Cass. 11.6.2019, n. 35436, reperibile sul sito della Corte di Cassazione. Su di essa v. A. Continiello, *La coltivazione in forma domestica di stupefacenti per uso personale, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite. Una questione ancora controversa*, in www.giurisprudenzapenale.com 26.1.2020, 1 ss.

² V., ad es., L. Ferrarella, *Cannabis, La Cassazione: coltivare in casa non è reato*, su *Il corriere della sera* del 26.12.2019; A.M. Liguori, *Cannabis, la Cassazione: “Coltivazione in casa non è reato”*, su *La Repubblica* del 26.12.2019; F.Q., *Cannabis, Cassazione: “Non è reato coltivare piante in casa se poche e per uso personale”*. *Mantero (M5S): “Ora politica agisca”*, su *Il Fatto quotidiano* del 26.12.2019.

³ V. la *Informazione provvisoria* n. 27 diramata dalle Sezioni Unite il 19.12.2019.

finora avuto modo di adeguare l'assetto normativo alle sensibilità correnti in tema di offensività e di antisocialità del maneggio delle sostanze vietate.

Giova ricordare che la disciplina sugli stupefacenti si apre a comporre interessi di variabile estrazione: da quelli alla salute individuale e collettiva agli altri gravitanti intorno all'ordine pubblico e alla sicurezza sociale⁴. Tale congerie di riferimenti rende tanto corposo (quanto difficilmente decifrabile) il sostrato di ragioni a sostegno dell'apparato di divieti e sanzioni; arduo, allora, escludere la meritevolezza di presidi afflittivi intesi a contenere la pericolosità delle pratiche di utilizzo delle sostanze psicotrope⁵. Né si può dimenticare come sul versante sovranazionale insistano riferimenti che autorizzino rimedi afflittivi – talora anche penali – nei confronti di una vasta gamma di condotte aventi a che fare con le predette sostanze: sia le convenzioni internazionali (di New York e di Vienna) tese a contrastare la diffusione degli stupefacenti⁶, sia la DQ 2002/757/GAI del 25.10.2004 (contenente norme minime relative a reati e sanzioni applicabili al traffico illecito di stupefacenti)⁷ rivolgono le loro attenzioni finanche al coinvolgimento delle droghe c.d. leggere quali sono i prodotti della cannabis. Ne consegue che la legittimità delle (pur severe) norme vigenti non è mai stata messa veramente in discussione quanto alla “ragionevolezza” delle scelte compiute; neanche la Corte costituzionale – che pure ha avuto modo di pronunciarsi (e più volte) sulla compatibilità dell'assetto normativo con i fondamenti del nostro ordinamento⁸ – ha accolto i rilievi d'illegittimità sollevati per l'eccessivo rigore delle sanzioni, per l'omologazione di trattamento di ipotesi differenti o per l'ampiezza dei divieti⁹.

⁴ Per sintetici richiami v. E. Fortuna, *Stupefacenti (diritto interno)*, in *ED*, XLIII, 1990, 1196; M. Donini, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” dei Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 86 ss.; R. Fresa, *Introduzione alla disciplina delle sostanze stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale*, dir. da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, *Parte speciale*, IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, 507. La “polirazionalità” delle norme in tema di stupefacenti è sottolineata con accenti critici da C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *RIDPP* 2006, 247 ss., ed è stata stigmatizzata dal Cass. 28.10.2008, n. 1222, in *CEDCass* m. 242371.

⁵ Ancora di recente M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in *CP* 2020, 451 s., rileva come sia tuttavia discutibile quantomeno il rigore sanzionatorio di molte fattispecie, dovuto a un loro pervicace collegamento con interessi di marca pubblicistica.

⁶ Per un'ampia panoramica v. E. Fortuna, *op. cit.*, 1184 ss.; L. Sbolci, *Stupefacenti (diritto internazionale)*, in *ED*, XLIII, 1990, 1230 ss., part. 1235 ss.; recentemente M. Gambardella, *op. cit.*, 467 s.

⁷ Su di essa v. i richiami di M. Gambardella, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017, 295 ss. Ne conviene Cass. 9.12.2016, n. 9700, in *CEDCass*, m. 269353.

⁸ Cfr. per tutte C. Cost. 10.2.1997, n. 27, in *GCos* 1997, 218; C. Cost. 24.7.1995, n. 360, in *CP* 1995, 2820; C. Cost. 27.3.1992, n. 133, in *GI* 1995, 118; C. Cost. 11.7.1991, n. 333, in *GI* 1991, 2097.

⁹ Fa eccezione la più recente C. Cost. 8.3.2019, n. 40, in *GCos* 2019, 685, con nota di D. Martire, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente adeguate, benché non “obbligate”*, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 73 co. 1 d.P.R. 9.10.1990 n. 309, «nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni», ritenuta più “vicina” e congrua alla previsione dei fatti di “lieve entità” (co. 5). La Corte ha ritenuto «appropriata» la diversa pena in ragione di un parametro compresente nel sistema

Tale situazione spiega le ritrosie del legislatore nell'adottare soluzioni rispondenti alle sollecitazioni della schiera dell'opinione pubblica orientata a temperare il rigore delle misure afflittive. Sull'immobilismo dell'assetto, d'altronde, non meno incide la "resistenza" di altra parte dell'opinione pubblica alla prospettiva di ammorbidire i divieti: la diffusione delle sostanze fra le nuove generazioni e le incertezze della scienza in ordine alla "gestibilità" e all'efficacia di discipline più permissive, rappresentano un fattore di preoccupazione ostile alle proposte di modifica. La vocazione compromissoria dell'assetto normativo spiega come la giurisprudenza abbia goduto delle migliori occasioni per calibrare in sede applicativa il tenore dei divieti.

Gli interventi dei magistrati sul sistema delle disposizioni incriminatrici appaiono in effetti di dimensione ragguardevole, non solo per la variabilità delle condotte sottratte alla "spada" della repressione penale, ma anche per l'ispirazione "quasi legislativa" che anima almeno alcuni dei pronunciamenti concernenti le pratiche di uso degli stupefacenti. L'orientamento di quegli "arresti", spesso riduttivo della portata dei precetti, scongiura il loro conflitto con il valore più "duro" del principio di legalità; permane nondimeno, la necessità di valutare la precisione delle soluzioni elaborate, onde sondare i rischi di oscillazioni applicative che risulterebbero in contrasto con la garanzia di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge¹⁰.

2. Un ambito nel quale la giurisprudenza è intervenuta a definire un'autonoma area di *esenzione* dalla responsabilità *penale*, è quello del c.d. consumo di gruppo¹¹. Con

(costituito «dall'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 e tuttora in vigore»), pur non tale da "imporre" la quantificazione prescelta in maniera vincolante. Osserva infatti la Consulta che «la pena di sei anni è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti "di confine", che nell'articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore delle categorie di reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi». Argomenta la Corte che la dichiarazione d'illegittimità, nondimeno, s'impone, essendo «rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990». Sul tema dell'individuazione della pena v. le osservazioni di F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *GCos* 2019, 1231 ss.

¹⁰ Con riguardo al rilievo che assume il principio di uguaglianza per misurare la legittimità delle previsioni favorevoli che lascino margini di discrezionalità applicativa al giudice, v. G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 544.

¹¹ Per la verità, prima di esso, i giudici avevano impegnato i loro sforzi nel delineare gli indici di rilevamento della destinazione delle sostanze ad un uso personale, in forza della quale rimettere la loro detenzione a un trattamento amministrativo. È noto che la formulazione degli indici suddetti (oggi nell'art. 75 co. 1-bis, d.P.R. n. 309/1990) si deve all'esperienza applicativa consumata dalla giurisprudenza: cfr. per tutti G. Amato, *I traffici illeciti di stupefacenti*, Milano, 1998, 115 ss.; Id., *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo - G. Fidelbo, Torino, 2012, 284 ss.; E. Mazzanti, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di lieve entità*, a cura di G. Morgante, Torino, 2015, 49 ss. e 71 ss. Si è trattato, tuttavia, in quel caso dell'elaborazione di elementi teleologici (la finalità di spaccio o la

due distinte pronunce le Sezioni Unite hanno precisato lineamenti e condizioni della figura, da esse equiparata ad un illecito amministrativo.

Con la prima¹² il Supremo Collegio ha ravvisato nell'attività di un gruppo di assuntori, che affidino a un loro compagno il compito di "procacciare" le sostanze da dividersi, la medesima logica del consumo individuale, privo di rilevanza penale ai sensi dell'art. 75 TuStup. Del più mite trattamento beneficerebbe, in particolare, il "procacciatore", in forza dell'«omogeneità teleologica» della sua condotta con quella dei suoi compagni, la quale, appunto, «impedisce che il procacciatore si ponga in un rapporto di estraneità e quindi di "diversità" rispetto agli altri componenti del gruppo». Sterile apparirebbe «distinguere, ai fini di delimitare l'area dell'illecito amministrativo, tra il caso di acquisto contestuale da parte degli appartenenti al gruppo, che insieme detengono, e che poi suddividono la sostanza (ipotesi depenalizzata), ed il caso in cui un componente acquisti per conto anche degli altri e poi proceda a suddividere la sostanza». Il ricorrere dell'esimente è stato quindi subordinato a presupposti stringenti: a) che si ravvisi un previo accordo (di mandato) fra tutti gli assuntori a incaricare uno di loro di procacciare le sostanze per gli altri; b) che sia fin dall'inizio chiara l'identità del procacciatore e dei consumatori; c) che sia dato incarico al procacciatore di acquistare nel loro interesse; d) che lo stesso procacciatore sia assuntore delle sostanze procacciate; e) che tutta la sostanza sia destinata ad essere contestualmente consumata¹³.

Con la seconda pronuncia¹⁴ le Sezioni Unite hanno ribadito la configurabilità della fattispecie, pur dopo che il legislatore nel 2006 ha qualificato come dirimente la destinazione ad uso «esclusivamente» personale delle sostanze. L'inserimento di quest'avverbio aveva indotto a ipotizzare che la clausola di esonero dalla responsabilità penale del consumatore, fosse stata ristretta a tal punto da non poter più includere la proiezione "di gruppo" dell'assunzione degli stupefacenti. Si era sostenuto che nel contesto della severa riforma disposta con la l. 21.2.2006 n. 49, l'avverbio in parola sarebbe latore di «un significato particolarmente pregnante proprio sotto il profilo semantico perché una cosa è "l'uso personale" di sostanze stupefacenti, altra e ben diversa cosa è "l'uso esclusivamente personale"». Tale nuova locuzione, allora,

destinazione all'uso personale) dei quali specificare i tratti (pur nella flessibilità) e non già di "creare" i termini di rilevanza penale delle fattispecie. Con la definizione dei presupposti di liceità del consumo di gruppo, invece, i giudici si sono spinti a formulare una figura cui il legislatore non riconosceva un rilievo normativo proprio.

¹² Cass. S.U. 28.5.1997, n. 4, in *CP* 1998, 399, in *DPP* 1998, 223, in *GP* 1998, 137, e in *FI* 1998, 529.

¹³ Le Sezioni Unite hanno perciò escluso il rilievo penale dell'acquisto e della detenzione di sostanze stupefacenti «destinate all'uso personale che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse anche di soggetti diversi dall'agente, quando è certa fin dall'inizio l'identità dei medesimi nonché manifesta la loro volontà di procurarsi le sostanze destinate al proprio consumo», sempre che l'acquirente-detentore abbia avuto mandato all'acquisto ed egli stesso sia anche assuntore.

¹⁴ Cass. S.U. 31.1.2013, n. 25401, in *CP* 2014, 3656.

dovrebbe «condurre ad un'interpretazione più restrittiva rispetto a quella che, sotto la previgente normativa, veniva data del sintagma “uso personale”»; un'interpretazione tale da escludere, appunto, le ipotesi di consumo di gruppo nelle sue diverse declinazioni¹⁵. Nei confronti di quelle condotte sarebbe stata perciò (ri)afferzata una (nuova) incriminazione.

A tale soluzione, tuttavia, le Sezioni Unite hanno reagito contestando la debolezza e l'apoditticità delle argomentazioni portate a sostegno dell'indirizzo più rigoroso. In primo luogo, non sarebbe così palese la *ratio* ispiratrice della riforma del 2006: che alla base di questa vi sia stato l'intento condiviso di inasprire il trattamento dell'uso degli stupefacenti sotto ogni aspetto, è dubbio «sol che si consideri la non usuale velocità di approvazione del nuovo testo normativo e la notevole ristrettezza della discussione parlamentare, ridotta a soli diciannove giorni tra l'inizio della discussione e la approvazione». A fronte di ciò, l'idea che il legislatore abbia inteso penalizzare il mandato ad acquistare stupefacenti per conto del gruppo, celerebbe un'opzione di politica criminale preconcepita. E neanche sotto il profilo letterale l'aggiunta dell'avverbio è ritenuta sufficiente a determinare un mutamento d'indirizzo interpretativo: la sua portata semantica sarebbe equivoca, potendo l'avverbio valere semplicemente a sottolineare la scelta di limitare l'incriminazione alle sole condotte rivolte a far circolare sul mercato le sostanze vietate. Qualora il legislatore del 2006 avesse voluto punire le condotte di gruppo fino ad allora *estranee* alle ipotesi di "cessione" dello stupefacente, secondo la Corte, egli avrebbe dovuto introdurre una disposizione esplicita, chiara e univoca.

Quella vicenda mostra il ruolo rilevante assunto dalla giurisprudenza nella definizione (dei limiti) delle norme incriminatrici in tema di cessione di sostanze psicotrope. A base della figura di consumo di gruppo, anzitutto, pesa il rinvenimento di un'identità di *ratio* fra la detenzione materiale delle sostanze da parte degli assuntori e la richiesta da parte di costoro al procacciatore di procurargliene la disponibilità; passa in secondo piano l'eventuale ruolo di sollecitazione e/o di facilitazione che il procacciatore, magari contando su conoscenze e contatti solo a lui accessibili,

¹⁵ Cass. 6.5.2009, n. 23574, in *GD* 2013, 73. Ha aggiunto la Corte che nella prospettiva indicata «non può più farsi rientrare nell'ipotesi di consumo esclusivamente personale la fattispecie del c.d. uso di gruppo, all'interno della quale è inclusa sia l'ipotesi in cui un gruppo di persone dà mandato ad uno di loro di acquistare dello stupefacente, sia l'altra ipotesi in cui l'intero gruppo procede all'acquisto di stupefacente destinato ad essere consumato collettivamente. Infatti, l'acquisto per il gruppo, presuppone, per assioma, l'acquisto di un quantitativo di stupefacente che, per quantità e/o per modalità di presentazione, appare, necessariamente destinato ad un uso non esclusivamente personale. Se a ciò si aggiunge la *ratio legis*, ossia il chiaro intendimento del legislatore di contrastare il fenomeno della diffusione della droga con il rendere più difficile l'acquisto, la diffusione ed il consumo, allora appare palese che l'area di esenzione penale, per motivi di politica legislativa [...], non può che essere circoscritta a quei limitati casi in cui, l'acquisto e la detenzione siano finalizzati al solo esclusivo uso di colui che sia stato trovato nel possesso di un minimo quantitativo di stupefacente». In senso conforme Cass. 18.10.2012, n. 45912, inedita.

potrebbe svolgere nei confronti degli assuntori non in grado di procurarsi le sostanze e che a lui si affidino. Incombe su tale operazione l'ombra dell'interpretazione analogica, vietata anche quando riguardi disposizioni limitative di norme incriminatrici¹⁶. Ma più ancora, sono le fattezze dei presupposti mediante i quali sono state "tipizzate" le condizioni di rilevanza esimente del consumo di gruppo, a ricordare le cadenze dell'attività normativa: valga, anzitutto, la vocazione "generale e astratta" della fattispecie elaborata dalla giurisprudenza, la quale definisce in maniera *rigida* la dimensione privata del maneggio delle sostanze, senza lasciare spazio a valutazioni di contesto della dinamica di contatto fra fornitore ed assuntori. Lo conferma la più recente sentenza delle Sezioni Unite, la quale ha ipotizzato che, per arrestare l'interpretazione giurisprudenziale, sarebbe stato necessario un intervento normativo *ad hoc*, volto a modificare il "tipo" della condotta di cessione.

Anche le conseguenze emergenti in sede di applicazione giudiziale connotano la portata incisiva della fattispecie di consumo di gruppo. Si faccia il confronto con l'utilizzo degli indici di destinazione delle sostanze al consumo personale, richiamati dall'art. 75, co. 1 *bis* TuStup. Questi riassumono le circostanze di fatto utili all'accertamento dell'elemento finalistico (di spaccio o di destinazione personale) dirimente per l'individuazione del reato anziché dell'illecito amministrativo: sono parametri sintomatici la cui valenza è rimessa alla considerazione "complessiva" del fatto da parte del magistrato¹⁷; parametri rinvianti ad elementi circostanziali il cui puntuale (e integrale) riscontro non è essenziale per la conferma della fattispecie contestata¹⁸. Ne consegue che il loro rilievo non interferisce con l'onere della prova (della destinazione allo spaccio), il quale rimane in capo alla pubblica accusa¹⁹; spetta semmai all'interessato insinuare nel processo elementi espressivi di finalità d'uso (esclusivamente) personale o almeno costitutivi di un (ragionevole) dubbio circa l'orientamento della condotta allo spaccio²⁰.

Ben diverso è l'effetto dell'elaborazione dei requisiti da cui dipende la fattispecie del consumo di gruppo. Questi sono definiti più puntualmente e sottendono un preciso significato valoriale (non rimesso a valutazioni di contesto) del maneggio delle sostanze. *Ognuno* di quegli elementi è poi *indispensabile* per profilare la fattispecie,

¹⁶ Cfr. per tutti T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano, 2019, 44; G. De Francesco, *op. cit.*, 118 s.

¹⁷ Cass. 23.5.2013, n. 27346, in *FI* 2014, 616.

¹⁸ Conf. Cass. 8.6.2016, n. 34834, in *GD* 2016, 78, la quale ci ricorda che «l'art. 75, comma 1-bis, d.P.R. cit. elenca una serie di elementi ai quali il giudice può affidarsi per affermare o per escludere la destinazione dello stupefacente a un uso esclusivamente personale (superamento delle soglie quantitative, modalità di presentazione): si tratta di elementi sintomatici, che non hanno alcun rapporto con la struttura del reato, ma assolvono a esigenze di carattere squisitamente probatorio».

¹⁹ Cass. 19.9.2019, n.43262, in *GD* 2019, 37.

²⁰ Cass. 11.1.2018, n. 12224, in *GD* 2018, 83; Cass. 26.9.2017, n. 50742, inedita; Cass. 6.6.2016, n. 26623, inedita; Cass. 14.11.2013, n. 11900, inedita; App. Perugia, 14.2.2018, n. 41, in *GD* 2018, 88.

sicché la mancanza di uno solo di essi impedisce la configurazione dell'esimente²¹. Si rafforza, perciò, l'impegno dell'imputato a dimostrare la loro esistenza in giudizio, con la conseguenza che in relazione ad essi egli sopporta più facilmente un vero e proprio onere probatorio: salva la necessità che il dubbio circa la loro ricorrenza ridondi a vantaggio dell'imputato²², si legge talora in giurisprudenza che la prova dell'esistenza di quei requisiti grava su colui che intenda far valere l'esimente²³. Per queste ragioni, i caratteri elaborati dalla giurisprudenza per l'ipotesi del consumo di gruppo, tendono a rivestire il ruolo di elementi costitutivi di una vera fattispecie giuridica.

3. Non meno rilevante è la vicenda che ha investito la coltivazione di piante *non* orientata ad alimentare il mercato delle droghe.

Il d.P.R. 9.10.1990 n. 309 pone la coltivazione fra le fattispecie *insuscettibili* di dare luogo a illecito amministrativo quantunque la sostanza prodotta sia destinata a un uso esclusivamente personale dello stesso coltivatore²⁴. Fra le condotte indicate, infatti, l'art. 75 TuStup. non richiama quella di coltivazione; e ciò sulla base dell'assunto per cui quell'attività sarebbe comunque votata a produrre quantitativi di sostanze tali da soddisfare le *altrui* richieste di consumo. Eppure, attraverso soluzioni inerenti a piani fra loro differenti si è ugualmente inteso dare spazio esimente alla destinazione della pianta ad appagare esigenze personali del coltivatore: a-tipicità, inoffensività e non punibilità della condotta si sono alternate a spiegare l'irrilevanza penale del fatto di coltivazione. Su queste categorie è venuta incidendo l'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, ricordata all'inizio di questo studio.

Dinanzi all'assetto normativo descritto, è soprattutto sul piano dell'offensività che si è inteso distinguere le condotte non meritevoli di risposta penale. Se, da un lato, il reato segue le cadenze del pericolo astratto, sottraendosi, quindi, a una verifica concreta della capacità della condotta di attingere i beni giuridici tutelati dalla norma, si ritiene, dall'altro, che solo la coltivazione che denoti certi caratteri strutturali "tipologici", rivesta quella carica minima di pericolosità atta a spiegare la sua propensione ad offendere gli interessi della salute e dell'ordine pubblico. Si è perciò

²¹ Cfr., ad es., Cass. 23.10.2018, n. 24102, in *CEDCass*, m. 272961.

²² Cass. 7.10.2014, n. 52104, in *GD* 2015, 79. Per il superamento del ragionevole dubbio sulla finalità di spaccio in un contesto di condivisione della sostanza fra amici v. Cass. 16.12.2016, n. 7606, in *RP* 2017, 344.

²³ Cass. 11.4.2013, n. 17136, inedita, richiede «la prova rigorosa che la droga sia stata acquistata o detenuta da uno dei partecipanti al gruppo su preventivo mandato degli altri, in vista della futura ripartizione e destinazione al consumo esclusivo dei medesimi ed attraverso una partecipazione di tutti alla predisposizione dei mezzi finanziari occorrenti». Così pure Cass. 23.1.2014, n. 6782, in *CEDCass*, m. 259285.

²⁴ Conf. Cass. 12.12.2018, n. 1339, inedita. In una condizione a parte si trova la coltivazione di piante della cannabis rivolta a produrre materie prime per impieghi industriali, alimentari, cosmetici, edilizi, di ricerca e altro, cui guarda in linea di principio l'art. 26 d.P.R. n. 309/1990, e a cui ha consentito, infine, la l. 2.12.2016 n. 242 per le sole varietà di cannabis rientranti nel catalogo di piante contemplato dall'art. 17 della Direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13.6.2002: su di essa v. *infra* § 4.

venuta distinguendo la coltivazione c.d. “domestica”, da quella “tecnico-agraria” svolta in forma imprenditoriale ed intrinsecamente votata a precostituire scorte di prodotto da immettere sul mercato dei consumatori²⁵. La coltivazione domestica sarebbe intrapresa in forma minuta, senza organizzazione di mezzi e di capacità, senza pretesa di massimizzare la produzione e senza l’intento di ricavare un profitto; essa corrisponderebbe alla “messa a dimora” di poche piante, in luogo privato e con la prospettiva di ricavare scarsi quantitativi di prodotto fruibile: alla stregua di tali caratteri, quella forma rappresenterebbe una declinazione della detenzione, a sua volta riconducibile all’obiettivo di soddisfare esigenze puramente personali²⁶.

Nei confronti di questo tentativo di delimitare la tipicità della coltivazione punibile²⁷, la prevalente giurisprudenza reagì, tuttavia, con fermezza. Si disse che il tenore normativo non autorizzava a ricostruire in termini generali e astratti differenti modelli di coltivazione, con effetto dirimente per la rilevanza penale del fatto. Le stesse Sezioni Unite²⁸ presero posizione contraria, ribadendo come, alla stregua dell’assetto normativo, il legislatore abbia inteso attribuire sempre e comunque rilevanza penale alla nostra condotta, quali che siano le caratteristiche della coltivazione. Arbitraria dovrebbe dunque ritenersi la profilata distinzione tra “coltivazione in senso tecnico-agrario” ovvero “imprenditoriale” (vietata) e “coltivazione domestica” (eventualmente ammessa); né con questa sarebbe possibile conferire rilievo esimente all’orientamento della condotta ad appagare esigenze esclusivamente personali del coltivatore. Ricordano le Sezioni Unite che la coltivazione si distingue dalle fattispecie di detenzione per la propensione ad accrescere la disponibilità di sostanza stupefacente esistente. Ciò implica che l’attività medesima è suscettibile di auto-alimentarsi in maniera ripetitiva, perdurante e indefinita tramite la nuova produzione e l’impianto di vegetali; né si può negare l’eventualità che la sostanza prodotta (inizialmente per intenti di consumo) sia poi fatta circolare presso terzi, non essendo possibile predeterminare *ex ante* quale sarà il quantitativo effettivamente ricavabile dalla coltivazione e se esso sarà destinato soltanto ad esaudire scopi personali dell’agente²⁹.

²⁵ G. Amato, *I traffici illeciti*, cit., 142 ss.

²⁶ In questi termini Cass. 18.1.2007, n. 17983, in *CP* 2007, 4287.

²⁷ Per le origini di questa elaborazione v. G. Amato, *I traffici illeciti*, cit., 142 ss.

²⁸ Cass. S.U. 24.4.2008, n. 28605, in *CP* 2008, 4503, e in *RP* 2008, 993.

²⁹ Né la conclusione muta, se risulta che realmente il prodotto sia stato raccolto e conservato *per scopi personali* del coltivatore. Sul punto è stata rigettata – da C. Cost. 20.5.2016, n. 109, in *GCos* 2016, 927, e in *FI* 2016, 2284 – q.l.c. sollevata per la paventata disparità di trattamento cui si troverebbe esposto il coltivatore sorpreso mentre è in corso di maturazione la pianta con i suoi frutti, rispetto a colui che abbia già raccolto i frutti della maturazione: nei confronti di quest’ultimo dovrebbe ancora contestarsi la fattispecie penale di coltivazione di piante stupefacenti, la quale si sottrae ad assorbimento nell’illecito amministrativo addebitabile al mero detentore di sostanze psicotrope per uso personale; a rimanere “assorbito”, semmai, è l’illecito amministrativo, dato che la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta che l’ultima fase della coltivazione portata a buon fine.

La dimensione offensiva della condotta è, in definitiva, ricollegata alla sua “indiretta” pericolosità di incrementare le occasioni di cessione della droga e di alimentare il mercato degli stupefacenti al di fuori del controllo delle autorità competenti. Ferma l’astratta pericolosità dell’attività, al giudice potrà spettare di verificare se la coltivazione di volta in volta contestata sia *assolutamente* inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto. Anziché sul versante “tipico” della fattispecie, il cui (ri)esame è interdetto ai magistrati, sarebbe, dunque, consentito agire sul momento applicativo di collegamento del fatto concreto al modello di reato.

La via aperta dalla più autorevole giurisprudenza³⁰ all’esame della (concreta) rilevanza offensiva della coltivazione di stupefacenti, è stata prontamente percorsa dai magistrati³¹, pur con le oscillazioni e gli “sbandamenti” inevitabilmente legati all’impiego del canone di offensività come “filtro” della fattispecie³². Con ciò, si è arrivati a delineare alcune specifiche – quasi tipiche – ragioni di radicale inoffensività della condotta e ad eleggere ricorrenti casi nei quali tale inoffensività sarebbe (più facilmente) suscettibile di manifestarsi.

Quanto alle ragioni d’inoffensività della condotta, si è rilevato che la coltivazione diviene pericolosa se ha ad oggetto materiale vegetale prevedibilmente in grado di rendere, all’esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti³³. Viceversa, la condotta sarebbe *priva* di rilevanza penale quando la pianta prospetti di produrre quantitativi «di tale minima entità da rendere sostanzialmente irrilevante l’aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa»³⁴ oppure «quantitativi di stupefacente talmente tenui, quanto alla presenza del principio attivo, da non poter indurre, neppure in misura trascurabile, la modificazione dell’assetto neuropsichico dell’utilizzatore»³⁵. In generale, il fatto sarebbe da considerare inoffensivo quando (alternativamente): a) le coltivazioni siano effettuate con metodi agrari o botanici scientificamente inefficaci, o in condizioni ambientali che non consentono una produzione (quantitativamente) adeguata di sostanza; b) siano coltivate piante che, per caratteristiche tossicologiche, sono votate a produrre (non solo nell’immediatezza) quantità irrisorie di principio attivo, molto al di sotto della c.d. soglia drogante. L’una o l’altra eventualità non sarebbero legate, invece, allo stadio incipiente di maturazione del vegetale³⁶.

³⁰ Nello stesso senso anche C. Cost. 20.5.2016, n. 109, cit.

³¹ Cfr., ad es., Cass. 17.2.2011, n. 25674, in *FI* 2011, 613, e in *CP* 2012, 1507.

³² Dell’insindacabilità di tale potere di valutazione del giudice, finché non trasmodi in mancanza della motivazione o nella sua manifesta irragionevolezza, parla Cass. 2.5.2013, n. 22110, in *CP* 2014, 1371.

³³ Cass. 1.2.2017, n. 10931, in *CP* 2014, 314 e 1327.

³⁴ Cass. 8.4.2014, n. 33835, in *GD* 2014, 77.

³⁵ Cass. 20.9.2013, n. 43184, in *GD* 2013, 72.

³⁶ Cass. 5.7.2017, n. 50970, in *CEDCass*, m. 271176; App. Roma 2.5.2018, n. 4436, in *GD* 2018, 106.

Le soluzioni cui si è giunti per il tramite della valutazione d'innocuità del fatto, potrebbero corrispondere in parte alle istanze sociali interessate a qualificare come leciti i casi nei quali la coltivazione sia intrapresa per *finalità* non mercantili o senza mettere in conto l'alimentazione del consumo da parte di altri individui. Seppure l'inadeguatezza della coltivazione a offendere gli interessi giuridici esposti alla pericolosità delle sostanze stupefacenti, non denoti senz'altro l'orientamento *privato* della coltivazione, ciò nondimeno la destinazione d'uso personale viene talora richiamata come un corollario *esplicativo* della ragione d'innocuità del fatto³⁷. Le situazioni per le quali è invocato il carattere d'inedoneità della condotta, del resto, sono molto spesso legate al tenore "domestico" della coltivazione di poche piantine (generalmente fra una e quattro), oltre che alla modesta dimensione dell'arbusto³⁸.

Non perciò il profilo teleologico evocato si è imposto come limite all'operatività della norma incriminatrice. Più di frequente l'opposto principio di *rilevanza* penale della coltivazione di tipo *domestico* è stato richiamato da recenti asserzioni, le quali, fedeli alla dimensione astratta del pericolo sotteso al reato, hanno statuito che «costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale»³⁹. Su di un piano complementare a quello sin qui trattato, piuttosto, si è venuta ponendo la possibilità di far valere la dimensione domestica e personale della coltivazione: quello della non punibilità del reo «per particolare tenuità del fatto».

L'introduzione dell'istituto dell'art. 131 *bis* Cp ha rappresentato una risorsa anche per il tema in esame. Ai giudici non è sfuggita la possibilità di qualificare la coltivazione di stupefacenti come "particolarmente tenue" «sulla base di una valutazione in concreto dei quantitativi ricavabili, delle caratteristiche della coltivazione, della destinazione del prodotto, e più in generale sulla base dei principi soggettivi ed oggettivi ricavabili dall'art. 133 Cp»⁴⁰. Si tratta – beninteso – di un esito che postula che il fatto sia considerato minimamente offensivo⁴¹; la valutazione non interferisce,

³⁷ Cfr., ad es., Cass. 5.7.2017, n. 50970, cit., che ha osservato come la coltivazione possa viceversa rivestire connotazione offensiva «sia in considerazione del principio attivo ricavato nell'immediato, sia di quello ricavabile all'esito della ultimazione del ciclo biologico delle piante, sia in relazione ad una destinazione che, per tipo, qualità, quantità e livello di produzione appariva destinato ad un uso non esclusivamente personale», tenuto altresì conto dell'atteggiamento degli indici sintomatici cui rimanda l'art. 75, co. 1 *bis* TuStup. La finalità è ricondotta a un ruolo di supporto dell'innocuità del fatto anche da Cass. 7.5.2019, n. 35963, in *CEDCass*, m. 276861.

³⁸ V., ad es., Cass. 4.1.2018, n. 9012, inedita; Cass. 22.2.2017, n. 36037, in *GD* 2018, 60; Cass. 27.1.2017, n. 17167, in *CEDCass*, m. 269539; App. Lecce, 28.3.2018, n. 87, in *GD* 2018, 84.

³⁹ Cass. 17.1.2018, n. 12226, inedita; Cass. 4.1.2018, n. 24740, in *GD* 2018, 90.

⁴⁰ Cass. 10.5.2017, n. 30238, in *CEDCass*, m. 279101; Cass. 10.5.2017, n. 27524, in *CEDCass*, m. 270493.

⁴¹ Conf. Cass. 10.5.2017, n. 27254, cit.; Cass. 10.11.2015, n. 5254, in *CEDCass* m. 265641. Cfr. anche R. Borsari, *Commento al decreto legislativo 16.3.2015, n. 28 recante "disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, in *LP* 2014, 449 ss.; G. De Francesco, *Punibilità*, Torino, 2016, 51 e 59 ss.; O. Di Giovine, *La*

dunque, con quelle che attengono al numero minimo di piante e/o alla stimata modesta capacità di produrre sostanza drogante. Oltre a ciò, ulteriori vincoli condizionano la possibilità di accedere al beneficio.

Soprattutto sotto il profilo della necessaria “non abitualità” del comportamento la coltivazione di piante stupefacenti incontrare difficoltà di accesso al beneficio della non punibilità per tenuità del fatto. Con tale locuzione il legislatore si riferisce al «caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate»; e non è dubbio che (al di là della sua opinabilità di significati)⁴² in quell’ipotesi tenda a rientrare la condotta di coltivazione, dal momento che la stessa si compone ordinariamente di una ripetizione di atti mediante i quali il materiale biologico è fatto germogliare ed è seguito (mediante irrigazione e illuminazione adeguate) nel suo sviluppo botanico fino alla maturazione di foglie e infiorescenze⁴³. La gran parte delle ipotesi di reato sarebbe perciò esclusa dalla possibilità di beneficiare dell’esimente.

Di tale “difficoltà” si è resa conto la giurisprudenza⁴⁴, la quale ha rimesso a una valutazione concreta la possibilità di superare l’ostacolo. Ha osservato più di recente la Cassazione⁴⁵ che la condotta di coltivazione, abbracciando la messa in esecuzione di pratiche agronomiche, su piccola (coltivazione domestica) come su larga scala (coltivazione in senso tecnico), implica «una serie di atti che si compenetrano in unità sino a quando non concretino una pratica, ovvero una sequenza di atti coordinati verso il conseguimento del risultato, costituito dalla germinazione del seme e dalla crescita della pianta sino alla maturazione dei “frutti”». Seppure tale pratica attragga di regola una reiterazione di atti ripetuti nel tempo, a configurare il reato può bastare l’avvio della germogliazione del seme, innescata con il compimento di un solo atto: ad esso sarebbe allora applicabile il beneficio della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Solo questo novero di ipotesi – di rilievo modesto per la valenza complessiva dell’offesa e per la scarsa dedizione dell’agente – potrebbe beneficiare della esenzione dalla responsabilità. Soggiacerebbe ancora alla risposta penale, invece, l’attività che si sostanzia nella cura “assidua” di un novero di piantine rilevanti per numero o per sviluppo arboreo, quantunque cresciute in ambienti domestici e con cadenze scarsamente organizzate.

particolare tenuità del fatto e la “ragionevole tutela” del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors’anche mitili, in *CP* 2016, 807 s.; G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Discrimen* 2018, 8.

⁴² Cfr. R. Bartoli, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, 665 ss.

⁴³ Implicitamente si è espressa sul punto Cass. 20.3.2019, n. 28151, inedita.

⁴⁴ Per i rilievi espressi dalla dottrina v. J. De Lillo, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale*, dir. da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, *Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 559; M. Toriello, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti. Il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Milano, 2015, 257 s.

⁴⁵ Cfr. Cass. 16.10.2018, n. 1766, in *CP* 2019, 1730.

3.1. La più recente pronuncia delle Sezioni Unite ha rimesso in discussione l'approdo cui era pervenuta la giurisprudenza in tema di persistente rilevanza della coltivazione domestica.

Il Supremo Collegio è stato adito per chiedere lumi in ordine all'offensività della coltivazione di due piante di marijuana (*cannabis* o *canapa*) che avevano raggiunto un certo sviluppo: una era alta un metro e presentava diciotto rami e l'altra risultava di poco più elevata e con venti rami.

Facendo applicazione del principio secondo il quale, per valutare il carattere offensivo della condotta, sarebbe sufficiente riscontrare la conformità della pianta al tipo botanico previsto dalle tabelle allegate alla legge nonché l'attitudine del vegetale a giungere a maturazione e a produrre sostanza drogante, i giudici di merito avevano riconosciuto gli estremi del reato contestato al coltivatore domestico. Per contro, l'imputato aveva eccepito l'assenza di (minima) pericolosità, alla luce della mancanza di infiorescenze sulle piante e dell'incapacità dei vegetali di produrre principio attivo. La condotta tenuta sarebbe, dunque, priva di quella concreta offensività che la giurisprudenza (di legittimità e costituzionale) pretende per aversi il reato.

Rilevando sul punto un conflitto d'indirizzi in seno alla giurisprudenza di legittimità, la Terza Sezione della Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite⁴⁶, formulando il seguente "quesito di diritto": «se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, è sufficiente che la pianta sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato».

Il predetto conflitto sarebbe ingenerato da talune sentenze propense a richiedere che, al di là delle caratteristiche botaniche della pianta coltivata e della prospettata quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, si accerti l'orientamento dell'agente a *non* fare un uso esclusivamente personale del prodotto ricavato dalla pianta: l'inoffensività "in concreto" del fatto sarebbe così destinata ad emergere, non solo «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», ma anche allorché essa si profili «del tutto inidonea, in ragione del conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione, a determinare la possibile diffusione della sostanza producibile»⁴⁷. Sfruttando le possibilità euristiche dell'indagine sulla concreta

⁴⁶ Cass. 11.6.2019, n. 35436, cit.

⁴⁷ Cfr. Cass. 22.2.2017, n. 36037, cit.

offensività del fatto, questo indirizzo fa dipendere il riscontro del reato dalla constatazione (oltre ogni ragionevole dubbio) della destinazione della condotta ad alimentare la circolazione di stupefacenti presso la platea di potenziali consumatori⁴⁸. Tale orientamento, peraltro, postula che l'indagine sull'offensività della condotta si debba scindere da quella sulla tipicità del fatto: mentre questa si misura in termini di astratta pericolosità, venendo meno quando manchi «un qualunque effetto stupefacente nella sostanza prodotta o coltivata», l'altra sarebbe legata al «concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso»⁴⁹. In questa distinzione si percepisce il retaggio del rilievo performante che assume il giudizio di inidoneità offensiva condotto alla stregua dell'art. 49 co. 2 Cp⁵⁰, con i relativi problemi di rispetto del principio di tassatività che quella pratica comportava⁵¹.

Al quesito sollevato le Sezioni Unite hanno risposto ribadendo che «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». Ciò non toglie che debbano «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».

È sul piano astratto della fattispecie che le Sezioni Unite ritengono di dover individuare il discrimine della coltivazione domestica. Nel richiedere l'indicazione «delle particelle catastali e della superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione», l'art. 27 TuStup assevera un modello “tecnico-agrario” di attività, connotata da «apprezzabili dimensioni e realizzata per finalità commerciali, non limitata, dunque, all'ambito domestico». Ne è conferma la circostanza che la pericolosità della condotta è tradizionalmente ricondotta alla sua capacità «di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti»; e, appunto, una «tale affermazione non si attaglia alle coltivazioni domestiche di minime dimensioni, intraprese con l'intento di soddisfare esigenze di consumo personali». Scompare

⁴⁸ V. Cass. 8.4.2014, n. 33835, in *CEDCass*, m. 260170, per cui «l'ambito di tale riconoscibile inoffensività è, ragionevolmente, quello del conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione tale da escludere la possibile diffusione della sostanza producibile e/o l'ampliamento della coltivazione».

⁴⁹ Cass. 22.2.2017, n. 36037, cit.

⁵⁰ Valga l'“ammissione” di C. Cost. 20.5.2016, n. 109, cit.; ma v. già Cass. 17.2.2011, n. 25674, in *CP* 2012, 1507.

⁵¹ Cfr. per tutti i rilievi di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Padova, 2007, 189 s.

dall'orizzonte il problematico accostamento della coltivazione declinata ad uso personale alla condotta di detenzione; piuttosto conta l'ontologica non riconducibilità dell'attività domestica allo schema della coltivazione penalmente rilevante. Su questo aspetto le Sezioni Unite ritengono di dover mutare opinione rispetto al loro pronunciamento del 2008.

Rimane il problema dell'ambiguità del concetto di "domesticità" della coltivazione, per superare il quale le Sezioni Unite richiedono la dimostrazione di una serie di presupposti oggettivi – quali «la minima dimensione della coltivazione, 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» – i quali «devono essere tutti compresenti» per opprimere la rilevanza penale del fatto; per cui «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».

L'eterogeneità della coltivazione domestica rispetto alla portata offensiva del reato non si appunta, dunque, sulla mera (soggettiva) destinazione d'uso personale delle piante cresciute. S'intende così rispettata (ma solo in parte) l'indicazione legale che esclude che la coltivazione come tale possa essere declinata a soddisfare bisogni di consumo individuale⁵². Sennonché, occorre chiedersi, *in primis*, quale capacità di autonomia abbiano i presupposti oggettivi elencati dalle Sezioni Unite, rispetto alla più classica alternativa fra una finalizzazione dell'attività allo spaccio e una destinazione di essa a scopi di consumo personale. La ragione dell'"atipicità" della coltivazione domestica, rispetto alla fattispecie di reato, risale pur sempre all'estraneità dell'attività a quella "vocazione mercatoria" che fonda il disvalore penale; e, salva la circostanza che i giudici pretendono che la destinazione al consumo emerga da una serie di indici *oggettivi*, l'importanza della connotazione teleologica della condotta domestica riemerge a tal punto da spingere per la *radicale liceità* del fatto.

In secondo luogo, non si può fare a meno di rilevare la "malleabilità" dei presupposti "oggettivi" enumerati dalle Sezioni Unite: presupposti la cui efficacia selettiva è affidata alla lettura dei magistrati in sede applicativa. Quale, infatti, la dimensione «minima» della coltivazione esente? Quale la «rudimentalità» delle tecniche domestiche? Quale numero di piante può considerarsi «scarso»? E quali gli indici di mancato inserimento della coltivazione nel mercato illecito di stupefacenti e quando si potrà dire che l'attività sia *oggettivamente* destinata a soddisfare esigenze

⁵² Lo riconoscono Cass. 17.2.2016. n. 8058, in *CEDCass*, m. 266168 e Cass. 10.11.2015, n. 5254, in *CEDCass*, m. 265641, pur propense a giustapporre un accertamento di offensività in concreto alla dimensione di pericolosità astratta del reato.

personali? Per il chiarimento di questi profili sarà necessario attendere il consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale, anche perché con il chiedere che tali elementi siano «tutti compresenti», le Sezioni Unite sollecitano una valutazione d'insieme simile a quella che investe gli indici di destinazione delle sostanze ad uso esclusivamente personale; né si può trascurare che molti degli elementi richiamati dall'attuale sentenza sono già utilizzati per dirimere *in maniera pretoria* la finalità d'uso delle sostanze. Con il che emerge il ruolo che la giurisprudenza si è ritagliata nell'intento di adeguare l'assetto dei divieti sanzionati.

Non meno problematiche si profilano le conseguenze dell'individuazione della coltivazione domestica come ulteriore caso di esenzione penale della condotta.

Anzitutto, l'esclusione della rilevanza penale pone la questione di chiarire quale debba essere il trattamento del coltivatore "in proprio" di piante stupefacenti. La soluzione più in linea con l'orientamento tradizionale sarebbe quella di assoggettare costui alle misure amministrative elencate dall'art. 75 TuStup⁵³ (sebbene in passato non si sia mancato di paventare – come conseguenza della sottrazione della condotta all'ambito del reato – il rischio di lasciare codesta esente da *qualunque* conseguenza giuridica)⁵⁴. Trattare la coltivazione domestica secondo l'art. 75, richiederebbe, però, di superare la scelta del legislatore di non comprendere quella condotta tra le altre declinabili allo scopo di consumare le sostanze. Né varrebbe assimilare la coltivazione per uso personale a una forma di *anticipata* detenzione misurabile già dalla "messa a dimora" dei semi: si licenzierebbe per tal via un'ipotesi di *tentativo* di detenzione a scopo personale in contrasto con quanto consentito dalla l. 24.11.1981 n. 689⁵⁵.

Le Sezioni Unite sono consapevoli della questione. Muovendo dall'eterogeneità (strutturale e di valore) della figura – tanto rispetto alla coltivazione che costituisce il reato, quanto rispetto alla detenzione pur declinata a fini di consumo – esse escludono che la coltivazione "domestica" possa dare luogo all'illecito amministrativo i cui all'art. 75 TuStup, *finché* l'attività non conduca a produrre materia drogante: solo a quel punto il soggetto agente potrà essere imputato dell'illecito amministrativo (se non del reato) in relazione alla destinazione d'uso delle sostanze⁵⁶. Ne consegue, allora, che l'area di

⁵³ Cfr., per tutte, Cass. 10.5.2007, 17983, in *CP* 2007, 4287.

⁵⁴ Cfr. i rilievi di Cass. 28.6.2005, n. 22037, in *CP* 2006, 3339.

⁵⁵ Cfr., per tutte, Cass. civ. 16.2.2005, n. 3125, in *CEDCass*, m. 579809; conf. Cass. civ. 12.11.1995, n. 12042, in *CEDCass*, m. 494736.

⁵⁶ Per le Sezioni Unite si compone un quadro di crescente «graduazione della risposta punitiva» nei confronti dell'attività di coltivazione di piante stupefacenti: «a) devono considerarsi lecite la coltivazione domestica, a fine di autoconsumo – alle condizioni sopra elencate – per mancanza di tipicità, nonché la coltivazione industriale che, all'esito del completo processo di sviluppo delle piante non produca sostanza stupefacente, per mancanza di offensività in concreto; b) detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, anche se ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo dell'art. 75, d.P.R. n. 309 del 1990; c) alla coltivazione penalmente illecita restano comunque applicabili l'art. 131-bis Cp, qualora sussistano i presupposti per ritenerne la particolare tenuità, nonché

liceità della coltivazione domestica tende a ridursi ai casi nei quali il ciclo colturale *non* sia portato a compimento.

Rimane, infine, da considerare il rapporto della nuova figura con l'ambito dei casi non punibili per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* Cp). Si è visto come, in forza di una sentenza dell'ottobre del 2018, la Corte di cassazione abbia riconosciuto la possibilità di dichiarare la non punibilità di una coltivazione (offensiva) nella sola eventualità che il coltivatore abbia limitato il suo apporto alla germinazione di un seme. Tale affermazione non è inconciliabile con il principio ora posto dalle Sezioni Unite; ma certo la conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite induce a spostare il campo di applicabilità dell'art. 131 *bis* Cp ai casi nei quali l'episodicità dell'atto concerna coltivazioni (incipienti) intraprese secondo cadenze *non* propriamente domestiche, in quanto indiziate di essere rivolte ad alimentare la disponibilità di sostanze da distribuire alla platea di consumatori. Con il riferirsi ai casi di coltivazione di minime dimensioni *non* orientate (oggettivamente) a soddisfare usi personali, l'esenzione sembra destinata a investire un profilo di tenuità misurato su una scala di più smaccata offensività della condotta, rispetto al passato: quella di chi metta a germoglio semi in numero e con tecniche che consentano di prospettare il ricavo di una significativa quantità di sostanza, atta a circolare al di fuori del contesto domestico, ma senza curarne lo sviluppo con atti reiterati di irrigazione e di coltura.

3.2. In apertura di questo lavoro si diceva delle reazioni giornalistiche alla notizia della pronuncia delle Sezioni Unite in tema di coltivazione di piante stupefacenti. Senza mezzi termini si è parlato di "abolizione" del reato per le condotte tenute in ambito domestico, con ciò sottolineandosi la portata storica della decisione. Tale qualificazione induce ad interrogarsi sulla valenza dell'affermazione giurisprudenziale sotto il profilo intertemporale: non solo nei confronti di coloro che, avendo tenuto analoga condotta nei mesi (o negli anni) scorsi, siano (o potranno essere) chiamati a risponderne dinanzi al magistrato; ma eventualmente anche rispetto a coloro che, in applicazione dell'orientamento più rigoroso (insensibile alla destinazione della coltivazione), siano stati *definitivamente* condannati per avere intrapreso una pratica suscettibile di produrre una pur minima quantità di sostanza drogante non destinata allo smercio. Residualmente andrà considerata la valenza del nostro pronunciamento per coloro che saranno indotti ad intraprendere nei prossimi mesi coltivazioni di piante stupefacenti, connotate da un'apparente destinazione domestica e da una finalità di mero consumo del prodotto ricavabile.

Nei confronti di coloro che siano già stati chiamati a rispondere dinanzi al

in via gradata, l'art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309 del 1990, qualora sussistano i presupposti per ritenere la minore gravità del fatto».

magistrato per la condotta precedentemente tenuta, ma per i quali il procedimento penale sia ancora in corso, la soluzione più favorevole delineata dalle Sezioni Unite opera in forza del canone del *tempus regit actum* che connota l'attività di interpretazione dei magistrati. Per i processi in via di definizione v'è da aspettarsi un adeguamento dell'orientamento dei giudizi di merito e di legittimità al *dictum* delle Sezioni Unite, a meno che in sede di decisione non si abbia motivo per discostarsi dal principio di diritto ora espresso⁵⁷.

Senonché va considerato che, al fine di rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione, l'art. 1 co. 66 l. 23.6.2017 n. 103 ha inserito nell'art. 618 Cpp un nuovo co. 1 *bis* con il quale s'impone al Collegio che non intenda allinearsi al principio enunciato dalle Sezioni Unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. Alla luce del predetto meccanismo, appare allora molto improbabile che, almeno nel breve periodo, la coltivazione di piante stupefacenti vada incontro ad applicazioni divergenti dal principio di diritto ora sancito.

Rispetto a coloro che siano già stati destinatari di una sentenza di condanna, si pone, invece, coi suoi maggiori interrogativi, la questione dell'efficacia (retroattiva) dell'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite. La stabilizzazione della soluzione formulata dal Supremo Collegio e la sua capacità di resistenza (rinforzata dal ricordato presidio dell'art. 618 co. 1 *bis* Cpp) indurrebbero a ipotizzare la necessità di assicurare una soluzione indulgente anche a beneficio di coloro che, solo a causa del particolare andamento cronologico dei processi, siano andati soggetti a un'affermazione di condanna. Un'esigenza di uguaglianza di trattamento premerebbe per questa soluzione. E a tale necessità spingerebbe altresì l'avvicinamento al piano normativo di cui i provvedimenti giurisdizionali si sarebbero avvantaggiati in forza di varie sollecitazioni: da quelle concernenti il ruolo creativo del diritto, talora riconosciuto ai decidenti in sede di applicazione delle norme al caso concreto⁵⁸, a quelle derivanti dalla pressione dell'art. 7 Cedu sul nostro ordinamento, cui si deve l'affermazione di un'idea di legalità relativamente deformalizzata⁵⁹; un'idea secondo la quale la garanzia dovrebbe guardare all'assetto "ragionevolmente prevedibile" del "diritto" risultante anche dall'applicazione che ne facciano i magistrati⁶⁰. Al regime intertemporale degli

⁵⁷ Sulla inefficacia vincolante del precedente giudiziario v. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014.

⁵⁸ Su un piano più generale v. gli ampi lavori di O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006, *passim* part. 86 ss.; Ead., *Considerazioni su interpretazione, retorica e diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 93 ss. e part. 135 ss. Con più specifico riferimento al rilievo "normativo" della decisione giurisdizionale v. G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Crim* 2011, 92 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 52 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 22 ss.

⁵⁹ Cfr. le notazioni e i richiami di M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 235.

⁶⁰ Si sogliono richiamare al riguardo le indicazioni di C. eur., 17.9.2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*, in *CP* 2010,

atti normativi andrebbe rimessa, allora, la sorte dei mutamenti (autorevoli) d'indirizzo interpretativo⁶¹.

Il tema del valore dell'interpretazione delle norme (penali) si è posto soprattutto per l'opponibilità di una garanzia di *irretroattività* degli esiti imprevedibili e *in malam partem* di quell'attività⁶². Per quanto concerne, invece, la spendibilità *retroattiva* degli esiti *favorevoli* dei processi interpretativi, molto di rado si è affermato che di essi si possa tenere conto anche per coloro che stiano scontando una precedente condanna: lo si è detto per l'operatività dell'indulto a vantaggio di chi, condannato con sentenza pronunciata all'estero, si sia trovato a scontare in Italia la sanzione detentiva⁶³. Si è trattato, tuttavia, di niente di più che di un'apertura⁶⁴. Sia la dottrina che la giurisprudenza successiva hanno mantenuto una posizione contraria alla possibilità di lasciare operare retroattivamente l'interpretazione favorevole fino al punto da travolgere le sentenze definitive di condanna.

L'opinione più tradizionale fa leva sulla differenza di valore esistente fra le modifiche disposte da atti normativi e l'opera d'interpretazione dei magistrati⁶⁵: la necessità di assicurare la separazione fra il potere legislativo e quello giudiziario, come pure l'esigenza di salvaguardare il principio di soggezione dei giudici alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), impongono di precludere ai mutamenti interpretativi di avere la stessa efficacia delle novelle legislative. La resistenza del giudicato alle nuove e diverse soluzioni interpretative, poi, si dovrebbe alla preminente esigenza di garantire

832; C. eur., 8.12.2009, n. 45291/06, *Previti c. Italia*, in CP 2010, 1664; nonché C. eur., 21.10.2013, n. 42750/09, *Del Rio Prada c. Spagna*, in DPP 2013, 1375, e in CP 2014, 683.

⁶¹ Per questa soluzione spinge più recentemente F. Mazzacuva, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in DPP 2020, 425 s., in considerazione del ruolo sostanziale assunto dal giudice nell'applicazione del diritto in un sistema "reticolare" di fonti e in ragione di un'esigenza di uguaglianza sottesa alla garanzia di retroattività *in mitius*.

⁶² Cfr., con differenti accenti L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, in SI 2005, 163 s.; A. Gargani, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in Crim 2011, 115.

⁶³ Cfr. Cass. S.U. 21.1.2010, n. 18288, in FI 2010, 566, per cui «il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata».

⁶⁴ Vale precisare che le Sezioni Unite, pur trattando delle conseguenze del mutamento giurisprudenziale sull'esecuzione della pena già in corso, si limitano ad escludere «qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, *non coperta da giudicato in senso proprio*, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie» (corsivo nostro): si trattava della decisione di una Corte di Appello sulla richiesta di applicazione dell'indulto, presentata in corso di espiazione della pena.

⁶⁵ Cfr. per tutti L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Torino, 2004, 271 s.; D. Micheletti, *Legge penale e successioni di norme integratrici*, Torino, 2006, 104 s., 389 s. e 538, il quale, per sopperire al rischio che il meccanismo conceda eccessivo margine alle determinazioni giudiziali applicative di elementi normativi, propone di considerare «*il criterio comportamentale dominante nella comunità sociale come un indice assolutamente vincolante nella definizione dell'elemento normativo extragiuridico, al pari di una vera e propria stipulazione addizionale del precetto penale derivante da una fonte fatto* (quindi: una regola consuetudinaria o meglio un "uso")» (corsivi dell'Autore).

certezza e stabilità ai rapporti sociali definiti in sede giudiziaria.

In particolare la Corte costituzionale (nel rigettare q.l.c. sollevata nei confronti dell'art. 673 Cpp nella parte in cui questo non ammette che la sentenza di condanna o il decreto penale siano revocati per la sopravvenienza di un mutamento d'indirizzo interpretativo sancito dalle Sezioni Unite della Cassazione)⁶⁶ ha ribadito, anzitutto, che nessun orientamento giurisprudenziale, «per quanto autorevole», può avere la stessa efficacia di un intervento del legislatore, di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma o anche di una sentenza della Corte di Giustizia UE che dichiari l'incompatibilità di una disposizione interna con l'ordinamento sovranazionale. La Consulta aggiunge, poi, che dall'art. 7 Cedu. non si è mai ricavato il corollario per cui «un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo»; non è mai stato «sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza»⁶⁷. Né il minor valore della decisione giurisprudenziale favorevole manca di razionalità: per quanto, infatti, la soluzione impressa dalle Sezioni Unite aspiri ad acquisire stabilità, la stessa «resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica», sicché «le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole». Far dipendere l'esecuzione delle condanne definitive dalle variazioni degli indirizzi interpretativi, esporrebbe allora a tendenziale incertezza le decisioni dei giudici.

È vero che tale considerazione deve ora fare i conti con il meccanismo di rafforzamento posto dall'art. 618 co. 1 *bis* Cpp. Ma questo non esclude, appunto, la possibilità che le Sezioni Unite siano in seguito sollecitate a rivedere il loro orientamento; né con esso sorge una ragione d'invalidità del pronunciamento ordinario che si discosti dal principio di diritto enunciato, senza rimettere la questione al Collegio riunito⁶⁸. Ai pronunciamenti giudiziari, in linea di principio, il nostro

⁶⁶ C. Cost. 12.10.2012. n. 230, in *GCos* 2012, 3440. V. anche G. Santalucia, *Osservazioni a Cass. S.U. 24.2.2011, n. 16453*, in *CP* 2011, 2884.

⁶⁷ Aggiunge la Corte che, mentre «l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta», nessuna garanzia esplica in tal senso «il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca». Vero che questo secondo principio trova piuttosto fondamento nella garanzia di eguaglianza, lo stesso appare suscettibile di temperamenti secondo logiche di bilanciamento di interessi; ma «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica».

⁶⁸ Si veda la testimonianza di M. Gambardella, *Lex mitior*, cit., 255 s., a proposito degli effetti comunque *non vincolanti*, recati da analogo meccanismo introdotto nell'ambito del procedimento civile.

ordinamento continuerebbe a *negare* valore vincolante⁶⁹: specialmente l'organo di esecuzione (impegnato in questioni definite con sentenza passata in giudicato) rimane libero di valutare autonomamente l'applicabilità della soluzione prospettata dal precedente⁷⁰.

Sulla scorta delle pregresse osservazioni, la più recente dottrina è venuta distillando le condizioni nelle quali il nuovo orientamento (*in bonam partem*) potrebbe esplicare efficacia retroattiva. Si tratterebbe dei mutamenti collegati a interventi legislativi che anche indirettamente sprigionino riflessi applicativi sulla fattispecie penale e dei quali inizialmente si sia data un'interpretazione sfavorevole⁷¹. Mentre il mutamento *non* indotto da una modifica legislativa «*non può comportare una abolitio criminis*, ma vale solo per il caso da decidere e come “precedente” giurisprudenziale persuasivo e autorevole» (comunque non in grado di determinare la revoca di sentenze di condanna definitive)⁷², l'*overruling* giurisprudenziale d'indirizzo favorevole sarebbe in grado di produrre effetti retroattivi (anche sul giudicato) quando concerna elementi il cui testo sia stato oggetto di un intervento legislativo: caso nel quale il mutamento d'indirizzo attesterebbe «un ripensamento all'anteriore esegesi giurisprudenziale della novella legislativa»⁷³. Solo per quest'ultimo genere di casi potrebbe domandarsi anche la revoca del giudicato da parte dell'organo dell'esecuzione in forza dell'art. 673 Cpp.

A questi, tuttavia, *non* appartiene la vicenda di cui si sono occupate le Sezioni Unite in tema di coltivazione di piante stupefacenti. L'assetto *normativo* dei rapporti fra coltivazione e destinazione del prodotto è, in definitiva, il medesimo da molti anni. Dal punto di vista cronologico, il mutamento d'indirizzo giurisprudenziale non si può ricondurre a sopravvenienze legislative atte a spiegare un «ripensamento» dei giudici sul significato dell'elemento normativo (del testo) della fattispecie penale. La soluzione profilata dalle Sezioni Unite, allora, misura solo l'adeguamento del significato sociale dell'elemento del reato.

Venendo, infine, alla qualificazione dei casi che si porranno per i fatti di coltivazione intrapresi a partire dall'anno corrente (e dunque successivi al

⁶⁹ Sulla problematica traduzione del meccanismo delineato dall'art. 618 co. 1 bis Cpp, v. le osservazioni di P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPP* 2017, 1265 ss.

⁷⁰ C. Cost. 12.10.2012, n. 230, cit.

⁷¹ In tal senso M. Gambardella, *Lex mitior*, cit., 251, ha escluso che il giudicato di condanna possa essere travolto «in ragione di un intervento delle Sezioni unite della Cassazione che, nel dirimere un contratto giurisprudenziale, escludano, in una vicenda identica a quella coperta dal giudicato di condanna, in assenza di una espressa modifica legislativa, la sussistenza del reato [...]. Non bisogna cadere nell'equivoco di pensare che l'intervento delle Sezioni unite, il quale rovesci un costante e consolidato orientamento pregresso [...], possa dar luogo ad un fenomeno abrogativo».

⁷² M. Gambardella, *op. ult. cit.* 259 s. (corsivi dell'Autore).

⁷³ M. Gambardella, *op. ult. cit.*, 262. Rileva l'Autore che in tal caso «non è certamente l'*overruling* giurisprudenziale la fonte della vicenda abolitiva con effetti iperretroattivi; a fondamento dell'abrogazione vi è pur sempre l'atto del legislatore che incide sull'ordinamento penale, circoscrivendolo».

pronunciamento delle Sezioni Unite), la valenza interpretativa della soluzione adottata non riduce certo la sua possibile influenza sui giudizi che verranno. È vero che il piano interpretativo non dovrebbe esplicitare ostative preclusioni alle diverse valutazioni che i giudici vogliano eventualmente far valere sulla condotta di coltivazione di piante stupefacenti. La regola subentrata con l'art. 618 co. 1 *bis* Cpp è tuttavia chiamata ad esplicitare non minore valenza nei confronti delle decisioni conseguenti ai processi promossi successivamente al recente pronunciamento; pur se il trascorrere del tempo rende teoricamente meno improbabile il maturare di una diversa sensibilità alla base dell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 73 e 75 TuStup in relazione alla qualificazione della coltivazione c.d. domestica. Ad impedire una condanna dell'imputato nel processo nel quale dovesse maturare il *revirement* giurisprudenziale, peraltro, si frapporrebbe l'esimente dell'art. 5 Cp, per la scusabilità dell'errore in cui il coltivatore verrebbe ad incorrere in forza dell'autorevole pronunciamento delle Sezioni Unite⁷⁴: fintanto che non si prospetteranno (con una certa ricorrenza) interpretazioni differenti da parte di singole Sezioni di legittimità, le quali ardiscono d'invocare un ripensamento del Collegio riunito sulla questione della coltivazione c.d. domestica, il cittadino che intraprenda quel tipo di condotta sarebbe legittimato a non nutrire dubbi in ordine alla qualificazione *extra*-penale del fatto⁷⁵.

3.3. Ulteriori conseguenze dell'irrelevanza penale della condotta di coltivazione, sancita dalle Sezioni Unite, andrebbero misurate con riferimento alla qualificazione giuridica del *prodotto* stupefacente ricavato dall'attività in questione. Al riguardo sono sufficienti brevi considerazioni.

Benché la coltivazione domestica sfugga a una relazione di "simmetria" con la detenzione della sostanza declinata ad uso personale (profilandosi come libera), il prodotto ricavato dalla coltivazione *mantiene* il carattere d'intrinseca illiceità: secondo le Sezioni Unite, infatti, la sostanza rimane vietata in forza dell'efficacia drogante e della sua propensione (astrattamente) offensiva, quantunque il suo maneggio esuli da una qualificazione penale. Ne consegue che la stessa non diviene liberamente gestibile da parte dell'agente: anzi, soltanto la destinazione al mero consumo la sottrae al

⁷⁴ M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 121 ss., 184 ss. e 229 ss. Per ulteriori cenni all'utilizzabilità dell'esimente in caso di mutamento sfavorevole d'indirizzo giurisprudenziale v. F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *DPP* 2015, 1063; D. Perrone, *"Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in www.la legislazione penale.eu 27.6.2016, 14 s. Contrario al richiamo a tale istituto, invece, F. Mazzacuva, *op. cit.*, 425.

⁷⁵ Attesa la valenza *del tutto lecita* della condotta profilata dalle Sezioni Unite, la conclusione s'impone quantunque si sostenga che l'esimente dell'art. 5 Cp sia preclusa a chi sappia (o dovrebbe sapere) della rilevanza *illecita* – anche su di un piano *extra*-penale – della condotta intrapresa: sulla problematica questione cfr. G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 510 s.

divieto penale. Viceversa, l'eventualità che la sostanza sia poi concretamente spacciata, dovrebbe comportare, insieme al fallimento della prognosi di coltivazione delle piante, l'integrazione del reato contemplato dall'art. 73 TuStup.

La vicenda che ci occupa non potrebbe dunque ingenerare i dubbi che hanno investito la qualificazione dei prodotti della cannabis coltivata *a fini industriali*, prima che le Sezioni Unite chiarissero i termini del maneggio delle sostanze ricavate da quell'attività⁷⁶. La l. n. 242/2016, stabilendo ambiti di lecita coltivazione di piante stupefacenti connotate da un modesto principio attivo, allo scopo di produrre (fra l'altro) alimenti e cosmetici, aveva suggestivamente favorito l'apertura di punti vendita in molte città d'Italia di prodotti contenenti c.d. *cannabis light* destinati a mero scopo ricreativo e di consumo⁷⁷. Tal esito è stato scandito dall'intensificarsi del dibattito in ordine a una cauta liberalizzazione della circolazione di tali merci da parte dell'ordinamento e dal susseguirsi di oscillanti circolari interpretative e disposizioni di dettaglio riguardanti l'ampiezza delle licenze dei titolari di tali punti vendita⁷⁸. L'intervento della legge del 2016 ha insomma fornito ai giudici l'occasione per una rimeditazione dell'assetto dei divieti posti dal testo unico in materia di stupefacenti.

4. La l. n. 242/2016 è stata emanata allo scopo di promuovere la coltivazione di piante di cannabis finalizzate a produrre materie prime per usi industriali, cosmetici, alimentari, edilizi e altro⁷⁹, purché si tratti delle piante appartenenti al catalogo allegato all'art. 17 della Direttiva 2002/53/CE del 13.6.2002 e sempre che il principio attivo non superi complessivamente (e al massimo di tolleranza) la soglia dello 0,6% di thc. Al ricorrere di tali presupposti l'attività è autorizzata, purché il coltivatore osservi talune prescrizioni che consentano all'autorità competente di controllarne lo svolgimento. Quel regime deroga, quindi, al divieto generale di coltivazione di piante stupefacenti, sancito dall'art. 26, d.P.R. n. 309/1990⁸⁰.

⁷⁶ Cass. S.U. 30.5.2019, n. 30475, in *GI* 2019, 2511, con nota di D. Notaro, *La commercializzazione della cannabis light fra divieti e istanze di legalizzazione*.

⁷⁷ Per un'ampia disamina della vicenda che ha interessato il versante giudiziario penale, v. anche M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti*, cit., 468 ss.

⁷⁸ Per un cenno alla questione v. Cass. 10.1.2019, n. 17387, inedita.

⁷⁹ La coltura della canapa è incentivata al fine «di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione». A tal scopo è autorizzata la coltivazione per la produzione di: a) alimenti e cosmetici nel rispetto delle discipline di quei settori; b) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico; c) materiale destinato alla pratica del sovescio; d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia; e) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati; f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati; g) coltivazioni destinate al florovivaismo.

⁸⁰ Per effetto dell'art. 1, co. 4, d.l. 20.3.2014, n. 36, conv. con modif. in l. 16.5.2014, n. 79, l'art. 26 TuStup. stabilisce che il divieto di coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II non riguarda la «canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali [...] consentiti dalla normativa dell'Unione

Da quella speciale disciplina un orientamento giurisprudenziale – per vero minoritario – aveva ricavato il «corollario logico-giuridico» della liceità delle sostanze prodotte⁸¹ e la possibilità della loro circolazione a scopo di consumo da parte dei consociati. Presupposto tacito del ragionamento era che la percentuale dello 0,6% di thc costituisca il limite al di sotto del quale gli effetti della cannabis non devono considerarsi psicotropi secondo il significato giuridico fatto proprio dal d.P.R. n. 309/1990. Valendo quella soglia ad attestare il margine d'intrinseca inoffensività delle sostanze, il consumo di prodotti provenienti da coltivazioni di cannabis consentite ai sensi della l. n. 242/2016, non varrebbe ad integrare (neanche) l'illecito amministrativo previsto dall'art. 75 TuStup.

Secondo un altro pronunciamento⁸², invece, la l. n. 242/2016 avrebbe un più ridotto impatto derogatorio sui divieti di circolazione penalmente sanzionati. Anche in conformità a indicazioni eurounitarie, lecite potrebbero essere considerate le sole (piante e) sostanze che contengano fino allo 0,2% di thc, ossia un quantitativo di principio attivo così esiguo, da essere inidoneo a provocare qualsivoglia effetto neurologico sull'organismo. Per queste piante, non solo l'attività di coltivazione, ma anche la successiva commercializzazione, funzionale a destinare i prodotti agli impieghi industriali nei settori contemplati dalla legge, sarebbero ammesse⁸³. Qualora, invece, il quantitativo di thc superi lo scaglione minimo, tenendosi tuttavia al di sotto di quello dello 0,6%, le condotte di coltivazione e di successivo smercio dei prodotti assumerebbero un carattere d'illiceità (sempre che risulti in concreto l'efficacia drogante delle sostanze)⁸⁴, quantunque la legge speciale assicuri al (solo) coltivatore⁸⁵ (e non anche al rivenditore) l'esenzione da responsabilità⁸⁶.

Chiamate a dirimere la questione, le Sezioni Unite⁸⁷ hanno asseverato l'ulteriore e più rigoroso orientamento maggioritario maturato sul punto⁸⁸, (ri)affermando il

europaea». La legge del 2016 è raccoglie, dunque, una possibilità di limitazione del divieto di coltivazione, che era stata contemplata dal TuStup nel 2014.

⁸¹ Cass. 29.11.2018, n. 4920, in *CP* 2019, 1904, e in *GD* 2019, 64.

⁸² Cass. 7.12.2018, n. 10809, in *GD* 2019, 85.

⁸³ Afferma Cass. 7.12.2018, n. 10809, cit. che il rispetto delle condizioni poste dalla legge «fa sì che sia lecita anche la commercializzazione dei prodotti ricavabili dalla coltivazione» nei settori indicati.

⁸⁴ V. anche Cass. 10.1.2019, n. 17387, inedita.

⁸⁵ Scelta che si spiegherebbe, secondo la Corte, con l'esigenza (di tolleranza) «di non porre a carico del coltivatore vicende a lui non imputabili e ascrivibili piuttosto al naturale ciclo colturale pur a fronte di un tipo botanico tendenzialmente suscettibile di rimanere nell'ambito dei livelli massimi consentiti».

⁸⁶ «Tale interpretazione appare la più aderente al dato normativo ed alla sua *ratio*, perché da una parte esonera da responsabilità l'agricoltore che abbia rispettato le disposizioni di legge nel caso in cui la percentuale di thc, presente nelle piante coltivate, sia idonea a produrre un effetto stupefacente e psicotropo [...]. Dall'altro, garantisce il rispetto del principio secondo cui i prodotti derivati dalla coltivazione della canapa possono essere liberamente commercializzati – nei settori di cui alla l. n. 242 del 2016 – a condizione che la quantità di thc non sia tale da provocare alcun effetto stupefacente o psicotropo».

⁸⁷ Cass. S.U. 30.5.2019, n. 30475, cit.

⁸⁸ Cass. 27.11.2018, n. 56737, in *CP* 2019, 1901; Cass. 10.10.2018, n. 52003, in *GD* 2018, 82; Cass. 10.9.2018, n. 57703,

divieto di commercializzazione delle sostanze stupefacenti ricavate dalla coltivazione autorizzata in forza della l. n. 242/2016, quantunque recanti un modesto tasso di principio attivo. Essendo tale legge orientata a valorizzare le risorse ambientali, per la Corte, la stessa non impegna il divieto di commercio e di consumo delle sostanze stupefacenti, stabilito al fine di tutelare la salute collettiva, la sicurezza e l'ordine pubblico. Mentre la coltivazione (e la successiva utilizzazione lungo la filiera industriale) delle piante destinate ai consumi indicati, se avviata nel rispetto delle prescrizioni normative, è sottratta all'operatività del TuStup., la produzione e la commercializzazione di derivati della cannabis sativa (come hashish e marijuana), orientate a scopi diversi da quelli autorizzati, sono ancora soggette ai divieti penalmente sanzionati, a prescindere dal rispetto delle soglie percentuali di principio attivo richiamate dalla legge del 2016.

Al di là delle argomentazioni spese, quel pronunciamento ha evidenziato ancora una volta il bisogno di assestamento delle disposizioni del TuStup. È interessante osservare come in quel caso le oscillazioni giurisprudenziali siano state originate da un intervento legislativo *positivo* (quello legato all'emanazione della l. n. 242/2016) incidente sulle norme in tema di stupefacenti. La vicenda rientrerebbe, dunque, fra quelle per le quali i mutamenti d'indirizzo interpretativo potrebbero al limite sprigionare efficacia intertemporale. Non se ne sono tuttavia concretizzati i presupposti per l'assorbente ragione che la decisione pronunciata dalle Sezioni Unite (avendo affermato la persistenza dei divieti di commercializzazione dei prodotti della cannabis) è stata di segno "sfavorevole"; come tale, la stessa non avrebbe potuto operare a svantaggio di coloro che abbiano beneficiato di assoluzioni con le sentenze "dissidenti"; né si può trascurare il fatto che la soluzione adottata ha corrisposto all'orientamento applicativo *prevalente* formatosi sul punto: non di vero "ripensamento" d'indirizzo si sarebbe trattato, dunque. Semmai, qualora le Sezioni Unite avessero avallato l'orientamento permissivo, si sarebbero poste le condizioni sostanziali per le quali domandarsi se assicurare una possibilità di revisione del giudicato a coloro che nel frattempo stiano scontando la condanna per la medesima.

5. Le dinamiche che hanno interessato il settore degli stupefacenti, mostrano l'usura del tempo cui è esposto il sistema eretto con il d.P.R. n. 309/1990. Istanze sociali ricorrenti premono per un intervento riformatore del legislatore; del resto, ferve ormai da tempo il dibattito sul tema della legalizzazione del consumo e della coltivazione delle c.d. droghe leggere⁸⁹.

in *CEDCass*, m. 274770; *Cass.* 13.6.2018, n. 34332, in *CEDCass*, m. 274763.

⁸⁹ Sia consentito rinviare sommariamente alle notazioni di G. De Francesco, *Il controllo penale degli stupefacenti negli sviluppi della modernità: un'introduzione*, in *Stupefacenti e diritto penale*, cit., 1 ss.; D. Notaro, *Fra Corte*

Limitandosi a notazioni essenziali⁹⁰, sono da segnalare i disegni di legge pendenti in Parlamento (presentati in questa come nelle scorse Legislature), indirizzati a consentire la coltivazione regolamentata di piante di cannabis recanti una modesta efficacia drogante, purché la stessa sia svolta in condizioni tali da denotare una destinazione del prodotto al consumo personale. Più che al tasso percentuale massimo di thc (talora indicato dallo stesso legislatore proponente) che la sostanza ricavabile deve contenere affinché la pianta sia coltivabile, il legislatore guarda al numero massimo (di poche unità) di esemplari maneggiabili individualmente o in gruppo (secondo il modello dei c.d. *cannabis social clubs*) e alla pretesa che alle autorità amministrative (la Prefettura o l'Agenzia delle dogane e dei monopoli di Stato) siano comunicati l'intrapresa delle attività e i dati delle persone e dei vegetali coinvolti.

Alle predette condizioni l'attività sarebbe sottratta al divieto posto dall'art. 26 TuStup. L'intento di tali disegni sarebbe duplice: ricondurre la coltivazione sotto il controllo delle autorità competenti, facendone emergere l'esercizio dall'ombra della clandestinità, laddove più facilmente potrebbe generare un'impropria circolazione delle sostanze; affermare le condizioni di autorizzazione allo svolgimento, senza farne dipendere la rilevazione da complicate indagini "di contesto", rimesse alla magistratura.

Un più ambizioso progetto di riforma, presentato in Senato nel novembre del 2018⁹¹, si ripromette di sancire la *liceità*, sia penale che amministrativa, del consumo di *qualsunque* sostanza stupefacente, salva la possibilità che l'assuntore sia segnalato ai servizi sociali sanitari per la sottoposizione a misure curative, qualora lo richiedano «eventuali situazioni disfunzionali in ambiente socio-lavorativo o familiare». Continuerebbero ad essere incriminate la produzione, l'acquisto, la detenzione e la cessione di droghe⁹², mentre la coltivazione sarebbe consentita per le piante di cannabis entro un numero massimo la cui determinazione andrebbe rimessa alle

costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti, *ibidem*, 19 ss. e 30 ss.; C.L. Volino, *Il problema degli stupefacenti dal punto di vista criminologico: definizione e tassonomie*, *ibidem*, 41 ss.; A. Gaboardi, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, *ibidem*, 111 ss., 120 ss. e 129 ss.; D. Notaro, *Tra paternalismo sociale e autodeterminazione individuale: il dibattito sulle scelte penali in materia di consumo di stupefacenti*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà* (per Francesco Palazzo), Atti del Convegno Pisa, 12 ottobre 2018, a cura di G. De Francesco – A. Gargani – D. Notaro – A. Vallini, Torino, 2020, 268 ss.

⁹⁰ Per un esame più analitico degli ultimi progetti depositati in Parlamento v. M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti* cit., 465 ss.

⁹¹ È il d.d.l. n. 937 presentato dai Sen. Pittella e altri, per apportare «modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di depenalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti, di misure alternative alla detenzione e di programmi di riduzione del danno».

⁹² L'incriminazione delle prime tre tipologie di condotte sarebbe subordinata alla duplice condizione della destinazione della sostanza alla cessione e del perseguimento di profitto o di altre utilità; per la cessione, invece, sarebbe sufficiente lo scopo di conseguimento di un profitto o di un'utilità. Lo stesso assetto ricorre in un altro d.d.l. presentato alla Camera dei Deputati il 4.7.2018.

autorità competenti. Lecite diverrebbero anche la cessione di stupefacenti totalmente gratuita e la cessione destinata all'uso di gruppo, in quanto entrambe *non* finalizzate al conseguimento di alcun profitto o utilità⁹³.

In tale più ampio disegno si riconosce l'aspirazione del legislatore a stabilizzare gli esiti "evolutivi" cui sono giunti i magistrati in forza di interpretazioni capaci di temperare la portata proibizionista dei divieti di maneggio delle sostanze droganti. A parte l'affermazione di (radicale) liceità dell'uso individuale, contenuta nel progetto, sono proprio il consumo di gruppo e la coltivazione di piante dalla più modesta portata drogante a beneficiare delle innovazioni più rilevanti. Si tratta, certo, di una strada impervia: non solo perché le sensibilità sociali e in Parlamento sono fra loro diverse e non sempre pronte a concedere fiducia alla capacità di autoregolazione dei cittadini, ma anche perché non del tutto concordanti sono i dati in ordine alla ridotta pericolosità delle sostanze pur inquadrabili fra le c.d. droghe leggere. Ancora nel giugno del 2018 è stato reso, da parte del Consiglio Superiore di Sanità, un parere contrario alla libera vendita dei prodotti della cannabis (anche se contenenti ridotte percentuali di thc), a causa della mancanza di affidabili studi scientifici sugli effetti cagionati a lungo termine dall'assunzione delle medesime sostanze. E tuttavia, se è vero che dall'apporto scientifico dipendono gli elementi in base a quali il legislatore è chiamato a regolare la materia in ragione della pericolosità dei prodotti maneggiati, è anche vero che, negli ambiti nei quali la coscienza sociale stimi ormai un rischio non così significativo da meritare divieti presidiati da sanzioni (penali), sarebbe auspicabile una nuova compiuta regolamentazione delle condizioni di esercizio delle relative attività⁹⁴. Si eviterebbe in questo modo di dover attendere contingenti pronunciamenti dell'autorità giudiziaria⁹⁵, cui si riconnettono problemi di precarietà delle soluzioni adottate e limiti di capacità delle decisioni di estendere i loro effetti su tutti i cittadini che agiscano nelle medesime condizioni di fatto.

⁹³ Rimarrebbe nondimeno illecita l'induzione dei minori o delle persone incapaci (o affidate alla cura, alla vigilanza, alla custodia o all'educazione dell'agente) al consumo delle medesime sostanze.

⁹⁴ Per un'argomentata sollecitazione in tal senso v. M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti*, cit., 485 s.

⁹⁵ Sui limiti di tale "rimedio", nel contesto di sistemi ormai privi di razionalità, v. le recenti osservazioni di G. De Francesco, *Legge e giudice: a ciascuno il suo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.3.2020, 3 e 9.