

QUESTIONI APERTE

Connivenza o concorso di persone nella coltivazione di sostanze stupefacenti

di ANGELA COMPAGNONE

La decisione

Stupefacenti - Coltivazione - Connivenza - Concorso di persone - Fattispecie (C.p., art. 110; D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73).

La presenza di una molteplicità di persone nella fase finale della coltivazione, e cioè nella estirpazione delle piante e nella loro essiccazione, presuppone la loro partecipazione alle fasi precedenti di messa in posa e coltivazione.

Cassazione penale, IV Sezione, 11 febbraio 2011 (dep. 9 marzo 2011), n. 306 -MORGIGNI *Presidente* -MARINELLI *Relatore* - P.M. D'AMBROSIO (conf.)- Correale, ricorrente.

Il commento

1. La decisione segnalata offre l'occasione per ripercorrere la legislazione e l'assai rigoroso approdo giurisprudenziale in materia di sostanze stupefacenti, che ha -peraltro- conosciuto momenti altalenanti, molti dei quali caratterizzati per aver *accorciato* la distanza tra *diritto* e *morale*.

Prima -infatti- di focalizzare l'attenzione sulla specifica condotta di coltivazione e/o produzione di sostanze illecite, appare utile inquadrare la tematica nella più ampia sfera delle proibizioni penali dettate negli anni in tema di stupefacenti.

Senza alcuna aspirazione di completezza, basti qui accennare ad alcune tappe fondamentali segnate dal Legislatore nell'appuntare la disciplina giuridica in materia di droghe.

Di certo la normativa passata riveste scarso valore nell'ambito della novellata Legislazione; la sua rievocazione, tuttavia, può essere utile per evidenziare le contraddizioni in cui è storicamente incorso il Legislatore e per offrire spunti di riflessione *de iure condendo*.

Nel nostro Paese la prima disciplina giuridica relativa alle sostanze stupefacenti è stata introdotta con la Legge 18 febbraio 1923, n. 396, ove per la prima volta si è data regolamentazione al fenomeno "droga", proibendo il commercio abusivo di sostanze (per lo più, all'epoca, medicinali) aventi azione stupefacente.

Con il Codice Rocco del 1930, invece, sono state introdotte -con gli artt. 446, 447, 729 e 730 c.p.- nuove fattispecie penali tese a vietare il commercio clandestino e fraudolento e l'agevolazione dolosa dell'uso di sostanze stupefacenti, nonché l'abuso di dette sostanze e la loro consegna ai minori di anni sedici ⁽¹⁾.

Una prima notazione appare necessaria: tanto la Legge del 1923 che il Codice Rocco non punivano il consumatore di droga, salvo che in casi marginali tesi, secondo il Legislatore dell'epoca, a reprimere il "vizio" o comunque a tutelare "l'ordine pubblico".

Negli anni successivi, invece, la regolamentazione legislativa diviene di netta impronta repressiva: la Legge 22 ottobre 1954, n. 1041, punisce gravemente tutte le possibili condotte riguardanti le sostanze stupefacenti, compresa la detenzione per uso personale, così creando un'equiparazione tra la figura del tossicodipendente e quella dello spacciatore o produttore di sostanza stupefacente.

Il consumatore di sostanze stupefacenti, dunque, per la prima volta assume la figura di "delinquente" a prescindere dalla qualità o quantità della droga detenuta.

L'impostazione è in stridente contrasto col principio di *colpevolezza*, posto che prescrive un modo di essere; ciò che si rimprovera al soggetto non è la commissione o l'omissione di un'azione tipicamente criminale, ma uno *status* (quello di tossicodipendente), ovvero una condizione di vita riprovevole secondo la comune morale.

Peraltro, l'arbitrarietà della normativa (d'altronde in linea con lo spirito dei tempi) è evidente sol considerando che il principio as-

⁽¹⁾ Per una più ampia panoramica sul punto cfr. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1178.

QUESTIONI APERTE

siologico della separazione tra diritto e morale impone la «*tolleranza giuridica di qualunque atteggiamento o comportamento non lesivo per i terzi (...) Il principio di utilità e quello della separazione tra diritto e morale impongono di considerare ingiustificate tutte le proibizioni di cui, qualunque cosa si pensi non solo circa l'immoralità ma anche circa l'offensività delle azioni proibite, non sia comunque prevedibile una efficacia deterrente a causa delle profonde motivazioni individuali, o economiche o sociali delle loro violazioni*» (2).

Una prima svolta liberale, rispetto alla precedente politica legislativa, si registra con l'emanazione della L. 2 dicembre 1975, n. 685, che introduce il principio dell'irrelevanza penale della detenzione di "modiche quantità" di stupefacenti per uso personale (art. 80 Legge n. 685 del 1975).

Il criterio della "modica quantità", dunque, diviene lo spartiacque per definire l'area del penalmente rilevante; a differenza della Legge del 1954, inoltre, il Legislatore distingue gli stupefacenti in sei tabelle indicando appositi criteri tramite i quali operare le distinzioni.

Come che sia, l'elemento più importante della nuova Legislazione sta nell'aver ricondotto il principio di *colpevolezza* all'azione e non al suo autore.

Nel 1990, dopo un tormentato *iter* parlamentare, la normativa in materia di sostanze stupefacenti subisce una nuova regressione proibizionista con l'emanazione del Legge 26 giugno 1990, n. 162 (quasi immediatamente trasfusa nel T.U. in materia di sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) che introduce il criterio della *dose media giornaliera* in sostituzione del generico concetto "modica quantità", quale discrimine tra illecito amministrativo e penale.

In buona sostanza: il limite quantitativo della *dose media giornaliera* è stabilito, per ciascuna sostanza, con un sistema tabellare ed il superamento di tale soglia quantitativa fa automaticamente assumere

(2) L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, 466 e 475.

alla condotta del soggetto il carattere del "penalmente rilevante"; sicché, per non incorrere nella commissione di un reato, il soggetto agente deve adattarsi alle prescrizioni quantitative stabilite con decreto ministeriale anche se tossicodipendente di "lungo corso" (e quindi potenzialmente necessitante di un quantitativo di droga superiore alla prestabilita *dose media giornaliera*).

Il D.P.R. n. 309 del 1990 viene sensibilmente modificato all'esito del referendum abrogativo del 18-19 aprile 1993 con il quale è stato - appunto- del tutto abrogato il divieto (sancito dall'art. 72) dell'uso personale di sostanze stupefacenti e eliminato il riferimento al concetto di *dose media giornaliera*.

A seguito del referendum risultano penalmente sanzionate le sole condotte finalizzate a cedere a terzi quantitativi di sostanze stupefacenti, mentre la detenzione per uso personale è semplicemente un illecito amministrativo.

In tale contesto, un apporto creativo s'è avuto con la giurisprudenza di legittimità che, mediante diverse pronunce, ha introdotto dei veri e propri "indici" da cui desumere l'attività di spaccio, come - ad esempio- condizioni economiche del soggetto, modalità di custodia della sostanza drogante, qualità e confezionamento della droga, ritrovamento di materiale idoneo allo spaccio.

Tali criteri sono stati, infine, codificati con la L. 21 febbraio 2006, n. 49, che ha novellato l'art. 73 T.U. in materia di stupefacenti ("arricchito" dal "nuovo" co. 1-bis) riesumando, tra l'altro e su basi differenti, il concetto di *dose media giornaliera*, da intendersi, però, come "indizio" da cui eventualmente desumere l'attività di spaccio. In buona sostanza, stando al tenore della norma evocata, i "limiti massimi" non sono da intendere come una sorta di "reintroduzione" del c.d. "principio di quantità" fissato dalla Legge Jervolino-Vassalli prima dell'abrogazione referendaria, ma occorrerà sempre dimostrare che la detenzione di "eccessive" sostanze stupefacenti sia certamente finalizzata all'attività di spaccio, e ciò esaminando la rilevanza probatoria degli altri elementi indiziari.

QUESTIONI APERTE

2. Il succinto *excursus* storico appare utile per meglio inquadrare la diversa disciplina giuridica riservata alla condotta di coltivazione di sostanze stupefacenti, il cui irragionevole trattamento legislativo è stato ulteriormente inasprito dalla svolta giurisprudenziale segnata nel 2008 da un noto arresto delle Sezioni Unite ⁽³⁾.

Già il referendum abrogativo del 1993, nell'eliminare la rilevanza penale dell'uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente, non aveva riguardato la specifica condotta di coltivazione; né la stessa è stata più recentemente richiamata dal "nuovo" co. 1-bis di cui all'art. 73 (o dal co. 1 dell'art. 75) D.P.R. n. 309 del 1990, ma solo evocata nel co. 1 dell'art. 73 T.U. stupefacenti.

Con il che il Legislatore ha consapevolmente voluto attribuire a tale condotta sempre e comunque rilevanza penale, quale che sia la dimensione della piantagione o il quantitativo ricavabile dalle piante di sostanze stupefacenti ⁽⁴⁾.

Impostazione definitivamente avallata dalle Sezioni Unite nella sentenza sopra evocata che, riprendendo la decisione della Corte Costituzionale n. 360 del 1995, hanno anche evidenziato l'assenza di qualsivoglia nesso tra "coltivazione" e "uso personale"; mancanza che, di per sé, renderebbe inappagante qualsiasi valutazione circa la destinazione della droga per uso esclusivamente personale o per cessione a terzi. Tale pronuncia, risolvendo il contrasto insorto tra le sezioni semplici della S.C. di cassazione, si è espressa a favore dell'orientamento più restrittivo per il quale la condotta di coltivazione ha sempre carattere del "penalmente rilevante", a nulla rilevando l'accertamento di un'eventuale destinazione della droga per uso personale.

Conseguentemente, nessuna rilevanza sembra più avere la differenziazione tra la coltivazione intesa in senso "tecnico-agrario" (pure disciplinata dagli artt. 26-28 T.U. stupefacenti) e la modesta attività della coltivazione c.d. "domestica", un tempo -invece- ammessa da una parte dell'orientamento giurisprudenziale con l'

⁽³⁾ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2008, Di Salvia, in *Mass. Uff.*, n. 239.920.

⁽⁴⁾ Per una ricostruzione esaustiva della problematica giuridica accennata, cfr. AMATO, in *Guida Dir.*, 2008, n. 31, 94 e segg.

effetto di conferire rilevanza esclusivamente amministrativa alla piantagione di quantitativi modesti di sostanza stupefacente con destinazione del ricavato per uso esclusivamente personale ⁽⁵⁾.

Non è difficile scorgere in tale impostazione una notevole anticipazione della tutela penale a favore della salvaguardia della "salute collettiva", bene ritenuto di particolare importanza da legittimare una tutela penale ad uno stadio precedente al c.d. "pericolo concreto".

Sol per questo la soluzione scelta dalla Cassazione in composizione plenaria non merita adesione, posto che la punibilità di una condotta dovrebbe essere strettamente ancorata alle azioni riprovevoli per i loro effetti lesivi verso i terzi, mentre può ben ritenersi che chi non è punibile per la sola detenzione a fini di consumo personale, possa "coltivare" droghe leggere (la questione, di fatto, riguarda soltanto queste ultime), con la medesima finalità.

Di più al diritto penale non si dovrebbe richiedere, pena l'esponenziale ampliamento (come nel caso di specie) della categoria dei "reati di pericolo presunto" autentica negazione del principio di *offensività* che, per quanto non formulato esplicitamente, ha trovato piena cittadinanza nel nostro ordinamento all'interno degli artt. 43 e 49, secondo comma, c.p. che hanno elevato il requisito dell'offesa ad elemento necessario dell'illecito penale ⁽⁶⁾, senza che sussista quanto meno una ben individuata *ratio legis* che, invece, nel caso di specie, sembra proprio mancare.

V'è da dire che, prevedibilmente, il punto d'arrivo delle Sezioni Unite è stato confermato dalla giurisprudenza successiva col risultato di massimizzare le proibizioni penali e punire non la concreta esposizione a pericolo del bene tutelato dalla legge bensì la semplice presunzione, stabilita *ex lege*, di una sua messa in pericolo ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ In tali termini: Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2007, Notaro, in *Mass. Uff.* n. 236.666; Id., Sez VI, 21 settembre 2007, Nicolotti e altro, *ivi*, n. 237.645.

⁽⁶⁾ Sul punto SERRIANI, *Reato impossibile e Reato putativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVI.

⁽⁷⁾ Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2009, P.m. in proc. Lanzo, in *Mass. Uff.*, n. 245.648.

QUESTIONI APERTE

3. Non diversamente è a dirsi per quanto attiene alla decisione “di rigore” cristallizzata nella massima in commento.

Certo è che, nel caso di specie, la Corte di cassazione è stata chiamata ad esprimersi su diversa questione, e cioè sulla legittimità di un giudizio di condanna per concorso in coltivazione di sostanze stupefacenti in base all’assunto che la presenza alla fase finale della coltivazione delle sostanze stupefacenti (e cioè al raccolto) implicasse la necessaria partecipazione alle pregresse fasi del ciclo produttivo.

La soluzione scelta dal Giudice di legittimità non stupisce a fronte dell’eccessiva tutela riservata alla “salute collettiva” ma pone ulteriori, rispetto a quelli già accennati, dubbi di compatibilità con l’istituto di cui all’art. 110 c.p., anche a fronte di pronunce antecedenti che, ad esempio, avevano escluso un’ipotesi concorsuale nel delitto coltivazione di piantine di canapa indiana in capo a persona che occasionalmente aveva provveduto a innaffiarle, trovandosi insieme con il proprietario delle piante autore dell’illecito, e ciò sulla base del sacrosanto principio in base al quale anche nell’ipotesi di “concorso morale” è sempre necessario che il partecipe, per effetto della sua condotta, abbia aumentato la possibilità di produzione del reato; sicché solo in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri soggetti-agenti ⁽⁸⁾.

In altri termini, evidenti ragioni logico-giuridiche impongono di ridimensionare la valenza probatoria della partecipazione del “terzo” alla fase finale della raccolta, che non implica necessariamente l’aver contribuito all’intero ciclo produttivo riguardante la piantagione; d’altra parte, *Tizio* –come colui che acquista ortaggi direttamente dal produttore– potrebbe essere animato dall’esclusiva intenzione di acquistare una pianta di *cannabis* (curandone poi la futura essiccazione per consumo esclusivamente personale), senza affatto concorrere alla coltivazione della stessa.

⁽⁸⁾ Cass., Sez. IV, 22 maggio 2007, P.m. in proc. Di Chiara, in *Mass. Uff.*, n. 236.853.

Sicché, in mancanza di validi elementi atti a dimostrare l'assunto, il semplice fatto di essere stato sorpreso "con in mano" parte del prodotto coltivato dovrebbe ritenersi insufficiente a comprovare la partecipazione nella produzione.

Certo: una tale conclusione non sarebbe bene accolta da chi "grida allo scandalo" per ogni assoluzione che lasci impunito un (reale o virtuale) delitto. Ma «*Scandalo vero sarebbe vedere i tribunali condannare sempre, e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio nel firmare le assoluzioni, senza tremare, né sospirare nel firmare le condanne. Scandalo vero: perché con ciò assumere profonda radice nel popolo la funesta idea che i giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l'essere convinto colpevole, ma l'essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condannatorie*»⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Così CARRARA, *Programma di diritto penale. Parte Generale*, II, Lucca, 1867, 266-277.