

L'USO PERSONALE DI STUPEFACENTI E LE APORIE DEL SISTEMA PENALE

Nota a [Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2014 \(dep. 5 maggio 2014\), n. 18504,](#)
[Pres. Zecca, Rel. Serrao](#)

di Eleonora Maresca

Abstract. *La sentenza qui annotata aderisce all'orientamento giurisprudenziale che in materia di stupefacenti attribuisce rilevanza penale alla cessione tale da incidere sull'assetto neuropsichico dell'utilizzatore e ribadisce il divieto generale ed assoluto di coltivare. Tuttavia, entrambe le questioni sono oggetto di una giurisprudenza oscillante ed una legislazione imprecisa che sembrano trascurare i principi cardine del diritto penale, come l'onere probatorio, la certezza della pena ed la sussidiarietà dello strumento penale. A ben vedere, il punto critico dell'intera disciplina si incentra sul bene giuridico tutelato e richiede una rivalutazione di tutte le condotte che sottendono un uso personale di stupefacenti in sede sia di politica legislativa che di interpretazione giurisprudenziale, come recentemente avvenuto in tema di consumo di gruppo. Un problema che deve essere, peraltro, inserito nel quadro della politica criminale concordata a livello internazionale ed europeo e che necessita, ormai, di una sintesi e di un'evoluzione per realizzare un'efficace azione di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata nell'ottica di un diritto penale di extrema ratio.*

SOMMARIO: Premessa: il fatto. – 1. “Uso personale” non terapeutico e soglia drogante: parametri legislativi e orientamenti giurisprudenziali. – 1.1. Divieto assoluto della cessione e della coltivazione: opzione di politica legislativa o tecnica probatoria “accorciata”? – 2. Beni giuridici tutelati nei c.d. delitti senza vittime: plurioffensività e relativismo nella punibilità. – 2.1 La tutela delle nuove generazioni: prevenzione o precauzione? – 3. I limiti posti dalla normativa internazionale, il cambio di rotta in sede europea.

Premessa: il fatto.

Il 6.2.2013 la Corte d'Appello di Cagliari ha confermato la sentenza emessa il 10.12.2008 dal Tribunale di Cagliari che aveva dichiarato l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 73, comma 1, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, aggravato ai sensi dell'art. 80, lett. g) del medesimo decreto, per aver illecitamente spedito e ceduto 0,128 grammi di hashish ad un detenuto della casa circondariale di Cagliari, per mezzo di una cartolina postale; nonché per il reato di cui all'art. 73, comma 1, T.U. per aver coltivato otto piante di marijuana senza l'autorizzazione di cui all'art.17. Il Tribunale, unificati i reati dal vincolo della continuazione, aveva condannato l'imputato alla pena della reclusione di 1 anno e 6 mesi ed alla multa di 10.000 euro.

La Suprema Corte conferma la condanna; pur rinviando il caso alla Corte d'Appello di Cagliari per la rideterminazione della pena – alla luce delle recenti modifiche legislative in tema di lieve entità – la Corte rigetta il ricorso, ritenendo infondate le censure mosse dalla difesa in merito all'*assenza di offensività* della condotta in ragione dei quantitativi minimi e *l'assenza di prove circa la destinazione a terzi* delle piantine coltivate tale da rendere la condotta inquadrabile nell'ambito di un consumo meramente personale. La Corte ha quindi ritenuto che i *quantitativi non fossero così tenui da non incidere sull'assetto neuropsichico dell'utilizzatore* che, essendo detenuto, non ne faceva uso continuativo ed inoltre ha ribadito il *divieto di coltivare, generale e assoluto*, a prescindere dalle caratteristiche della coltivazione. Secondo i giudici, il fatto che le piante fossero giunte a maturazione, incide esclusivamente sulla possibile configurazione del tentativo, che nel caso di specie è esclusa.

1. "Uso personale" non terapeutico e soglia drogante: parametri legislativi e orientamenti giurisprudenziali.

In materia di sostanze stupefacenti o psicotrope, come noto, non è stato individuato a livello legislativo un concetto determinato di *uso personale*, tale da distinguere la condotta in questione da quella di *spaccio*. La distinzione, tuttavia, è decisiva non solo dal punto di vista sanzionatorio ma, anche e soprattutto, sotto il profilo dei beni giuridici in gioco.

Si osserva che, attualmente, le diverse condotte attinenti al *traffico* di sostanze stupefacenti risultano punibili ai sensi degli artt. 73 e 75, D.P.R. 309/1990, in virtù di una specifica destinazione finalistica, per cui *a contrario*, qualora risulti che le sostanze siano «*destinate ad uso esclusivamente personale*», *l'importazione, esportazione, acquisto, ricezione o detenzione* rientrerebbero fra gli illeciti amministrativi di cui all'art. 75 dello stesso decreto. Il tipo di destinazione che l'agente avrebbe dato alla sostanza è da ricostruirsi secondo i *criteri* indicati dagli stessi artt. 73 e 75 del T.U.: la *quantità* della sostanza, specialmente se superiore ai limiti posti dal decreto ministeriale, la sua *modalità di presentazione*, con riguardo al peso lordo o al confezionamento frazionato, oppure le *altre circostanze* dell'azione, non meglio specificate ma che lasciano spazio all'interpretazione giurisprudenziale.

Innanzitutto, nella sentenza in epigrafe assume rilievo – almeno fra le prime argomentazioni che la Cassazione fornisce a sostegno della propria decisione – la questione della quantità della sostanza stupefacente e della relativa soglia drogante. Le soglie individuate dal decreto ministeriale indicano la "*quantità massima detenibile*" e sono costruite sulla base di una valutazione che ha ad oggetto la *percentuale di principio attivo* contenuto nella sostanza stupefacente¹. A seguito del *referendum* del 1993, tale criterio – come noto – ha sostituito quello della "*dose media giornaliera*" al fine di fissare un parametro oggettivo ed arginare nella prassi le possibili disparità di trattamento

¹ Decreto del Ministero della salute 11 aprile 2006, n. 21978, in *Gazz. Uff.*, 24 aprile 2006, n. 95.

riconducibili ad un'eccessiva individualizzazione del criterio precedente, troppo duttile ove in balia di orientamenti rigoristici o, viceversa, indulgenziali. Se dunque, da un lato, con il criterio quantitativo si è cercato di elaborare un parametro nel più rigoroso rispetto del principio di riserva di legge, dall'altro si osserva come tale parametro non dovesse neppure trasformarsi in una sorta di presunzione in base alla quale il solo superamento della soglia avrebbe costituito l'elemento necessario e sufficiente a dimostrare la precipua finalità della condotta.

Ora, nella difficoltà di identificare l'esatta *natura* dell'indice quantitativo, alla stregua di elemento costitutivo del reato ovvero condizione obiettiva di punibilità², la giurisprudenza si è divisa in orientamenti spesso contrapposti: il primo ritiene che, qualora il *principio attivo* contenuto nella sostanza sia insufficiente, quest'ultima non avrebbe una particolare efficacia drogante, né potrebbe modificare l'assetto neuropsichico dell'utilizzatore³, configurandosi così l'ipotesi del reato impossibile. Il secondo, invece, afferma che il quantitativo della sostanza non ha alcuna rilevanza, dovendosi piuttosto fare riferimento ai beni giuridici tutelati ed alla tipologia di sostanza indicata nelle tabelle⁴.

Pur riconoscendo il dato quantitativo come elemento determinante ai fini della perfezione del reato, nel caso in esame la Corte sembra aderire a quest'ultimo orientamento, considerando i parametri enucleati negli artt. 73 e 75 T.U. quali *elementi meramente indiziari*⁵. L'interpretazione sembra opportuna al fine di escludere qualsiasi incidenza del superamento degli indici quantitativi quale *presunzione*, ancorché relativa⁶; tuttavia, ciò vuol dire che i parametri normativi dovrebbero essere corroborati da ulteriori elementi di prova⁷ e del resto, la stessa giurisprudenza della

² Sono condizioni obiettive di punibilità secondo MANNA A., La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale (commento al d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, coordinato con la l. di conversione 21 febbraio 2006, n. 49), in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 832 ss., 839 ss.

³ In tema di cessione v. Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 2010, n. 21814, Renna, in *Giur. it.*, 2011, 640. In tema di coltivazione v. Cass. pen., Sez. IV, 17 febbraio 2011, n. 25674, Marino, in *Foro it.*, 2011, II, 613; Cass. Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 28605, Di Salvia, in *Cass. pen.*, 2008, 4503; Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 200, Felsini, in *CED*, Riv. n. 229366; Cass. pen., Sez. IV, 19 novembre 2008, n. 6207, Stefanelli, in *CED*, Riv. n. 242860.

⁴ In tal senso v. Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2010, n. 3354, in *CED*, Riv. n. 249748; Cass. pen., Sez. IV, 3 luglio 2009, n. 32317, Di Settimio, in *Foro it.*, 2010, II, 453; Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2007, Fiorillo, in *CED*, Riv. n. 236397; Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 1998, Kremi, in *Foro it.*, 1998, II, 758. In dottrina v. BARTOLI R., *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e «concezione realistica» del reato*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 317 ss.

⁵ Nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 2008, n. 22643, Frazzitta, in *CED*, Riv. n. 240855.

⁶ Allo stesso modo, anche l'ipotesi sottosoglia non può dirsi univoca rispetto all'irrelevanza penale della condotta, in giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2013, n. 43184, in *CED*, Riv. n. 258095; similmente, in tema di coltivazione v. Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29891, Lamberti, in *Riv. pen.*, 2013, 899.

⁷ In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2013, n. 2652, in *CED*, Riv. n. 258245, nella quale la Suprema Corte ha rinviato la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 1, D.P.R. n. 309 del 1990 che aveva accertato la finalità di spaccio facendo ricorso al solo dato ponderale della sostanza detenuta, omettendo di valutare le *modalità comportamentali* dell'imputato astrattamente idonee a giustificare una destinazione ad uso esclusivamente personale. In tema di coltivazione, cfr. Cass. pen., Sez.

Corte Suprema si è pronunciata diverse volte a proposito dell'*onere di motivare* adeguatamente l'eventuale irrilevanza del dato quantitativo⁸ oppure di *pronunciare il proscioglimento*, allorché l'esito complessivo dell'accertamento non sia sufficiente ad affermare la responsabilità penale *oltre ogni ragionevole dubbio*⁹.

Sotto questo profilo, in particolare, la giurisprudenza ha elaborato ulteriori *elementi indiziari* della destinazione di spaccio che, sebbene *non tipizzati*, possono essere particolarmente significativi¹⁰. Fra questi, oltre alle caratteristiche qualitative della sostanza stupefacente o psicotropa che assume un valore peculiare in tema di coltivazione, si registra in alcune pronunce il rilievo della compatibilità fra le *condizioni economiche* dell'agente e la detenzione della droga¹¹. Quest'ultimo aspetto non è stato preso in considerazione nel caso di specie ma non è di poco conto, dal momento che, costituendo lo spaccio un'attività lucrativa, l'elemento economico dovrebbe essere considerato cosa ben diversa da quella che invece costituisce la *dimensione sociale* del consumo delle sostanze stupefacenti¹². Infatti, la *condivisione* della sostanza in una cerchia ristretta e determinata di persone¹³ in mancanza di una controprestazione

III, 9 maggio 2013, n. 23082, in *CED*, Riv. n. 256174; Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, in *Riv. pen.*, 2013, 772; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2013, n. 43184, cit.; Cass. pen., sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, cit.; Cass. pen., Sez. III, 2 marzo 2010, n. 12381, Gianfranceschi, in *CED*, Riv. n. 246463, secondo cui il giudice deve prendere in considerazione anche i *mezzi*, le *circostanze* e le *modalità* del fatto; Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2007, Satta, in *CED*, Riv. n. 237210. *Contra*, Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2013, n. 21120, Colamartino, in *Riv. pen.*, 2013, 772.

⁸ RUGA RIVA C., *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio, e neppure integra di per sé un grave indizio di colpevolezza*, in *Corr. mer.*, n. 10/2007, 1177 s. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 25401, in *Giust. pen.*, 2014, II, 98; Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12146, De Lugan, in *CED*, Rv. n. 242923; Cass. pen., Sez. VI, 18 settembre 2008, n. 39017, Casadei, in *CED*, Rv. n. 241405; Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2008, n. 31103, Perna, in *CED*, Rv. n. 242110; Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2008, n. 27330, Sejjal, in *CED*, Rv. n. 240526; Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 17899, Cortucci, in *CED*, Rv. n. 239933.

⁹ Così Trib. Perugia, 5 agosto 2009, in *Rass. giur. umbra*, 2011, 189; Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 329 ss.

¹⁰ Per tutte v. Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2011, n. 33301, Mariani, in *Foro it.*, 2012, II, 188; cfr. nota 6.

¹¹ Sebbene con esiti processuali diversi, di recente cfr. Cass. pen., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 36263, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. IV, 4 luglio 2014, n. 36356, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. IV, 17 luglio 2014, n. 36931, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. IV, 1° luglio 2014, n. 34250, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 2013, n. 11025, in *CED*, Riv. n. 255726; Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2002, Fulciniti, in *Riv. pen.*, 2003, 746; Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 1997, Iacolare, in *Foro it.*, 1997, II, 529; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Napoli, 27 aprile 2009, in *Corriere merito*, 2009, 881; G.i.p. Trib. Perugia, 24 novembre 2005, in *Rass. giur. umbra*, 2011, 214; Trib. Milano, 25 ottobre 2006, in *Foro ambrosiano*, 2007, 383; Trib. La Spezia, 12 luglio 2001, Cristofoli, in *Riv. pen.*, 2002, 262; Trib. Roma, 25 gennaio 2000, in *Temì romana*, 2000, 292.

¹² In tema di consumo di gruppo, v. Cass. pen., Sez. VI, 18 settembre 2002, Di Domenico, in *Cass. pen.*, 2003, 2791, nella quale è apprezzabile come elemento sintomatico del consumo personale collettivo, il *rapporto di amicizia* tra l'acquirente e gli altri consumatori; in modo analogo v. Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 1999, De Carolis, in *Foro it.*, 2000, II, 244.

¹³ Le Sezioni Unite osservavano che ciò che consente di considerare l'acquisto e la detenzione da parte di alcuni come *antecedente immediato* del consumo degli altri è la presenza di una «*omogeneità teleologica*», quando l'acquisto avviene per il consumo di ciascun componente del gruppo e quindi, dello stesso procuratore, fin dall'inizio per conto anche degli altri soggetti, di cui sia certa l'identità e manifesta la volontà di procurarsi la sostanza destinata al consumo personale, Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 1997,

economica, si pone al di fuori della relativa commercializzazione¹⁴ e rientra pur sempre nell'ambito di un consumo personale¹⁵, ancorché collettivo e compiuto attraverso una cessione. Tale aspetto, anche se non riconosciuto dalla normativa – che è ancora segnata in questo da confusione e incertezza – è stato recentemente ribadito dalla giurisprudenza in tema di *consumo di gruppo*. In effetti, a tal proposito la giurisprudenza ha affermato che l'acquisto o la consumazione da parte di più assuntori – congiuntamente o su mandato – può essere equiparata all'ipotesi del consumo personale, integrando così l'illecito amministrativo di cui all'art. 75 T.U., qualora la *codetenzione* e la *comunione del fine* di consumo escludano la condotta di spaccio¹⁶.

Iacolare, cit.; cfr. Corte Cost., 23 luglio 1996, n. 296, Pannella, in *Riv. pen.*, 1996, 1192; analogamente, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 gennaio 2011, n. 8366, D'Agostino, in *Cass. pen.*, 2011, 3158; Cass. pen., Sez. II, 6 maggio 2009, n. 23574, Mazzuca, in *CED*, Rv. n. 244859.

¹⁴Secondo l'indirizzo giurisprudenziale successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite sul consumo di gruppo (Iacolare), la consegna delle rispettive quote rappresenta l'esecuzione di un *precedente accordo* tra l'agente e gli altri soggetti, che non si pongono quindi in posizione di *estraneità* rispetto al cedente, bensì come *codetentori* fin dall'acquisto, eseguito anche per loro conto. Occorre, dunque, la prova che la sostanza sia acquistata da uno dei partecipanti al gruppo su preventivo *mandato* degli altri, in vista della futura ripartizione, di talché possa affermarsi che l'acquirente agisca come *longa manus* degli altri e che il successivo frazionamento della sostanza acquisita sia solo una operazione materiale di divisione. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio 2009, n. 7939, D'Aniello, in *CED*, Rv. n. 243870; Cass. pen., Sez. VI, 1 marzo 2007, Antonini, in *Riv. pen.*, 2008, 666; Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2008, Del Conte, in *CED*, Rv. n. 240580; Cass. pen., Sez. IV, 7 luglio 2008, n. 37989, Gazzabin, in *CED*, Rv. n. 242015; Cass. pen., Sez. IV, 10 luglio 2007, Di Riso, in *CED*, Rv. n. 237776; Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2004, Altobelli, in *CED*, Rv. n. 229272; Cass. pen., Sez. VI, 18 settembre 2002, Di Domenico, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 1997, Franzè, in *CED*, Rv. n. 207486.

¹⁵Ancora, in tema di consumo di gruppo, una parte della giurisprudenza, osservava che la codetenzione riguarda una situazione di fatto *unitaria*, caratterizzata da un rapporto *intimo* che si stabilisce e si esaurisce fra i soggetti, codetentori di singole quote ideali. «Da siffatta situazione non può farsi derivare – a priori – un concorso nel reato di codetenzione di droga a fine di spaccio, nel *presupposto astratto di una presunta cessione reciproca* di quote oppure per effetto di una *possibile disponibilità*, da parte di ciascun codetentore, dell'intero quantitativo della sostanza drogante; ai fini della ipotizzabilità del concorso nel reato di codetenzione a fine di spaccio, è necessaria l'acquisizione di *una prova certa* che, travalicando il fatto unitario e le ragioni specifiche della codetenzione della sostanza drogante, dimostri, in modo concreto e senza equivoci, che tale situazione – di per sé *neutra* – sia *finalizzata all'attività di spaccio* all'interno del gruppo dei codetentori oppure nei confronti di terzi». In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 1996, n. 215, Lorè, in *CED*, Rv. n. 207111; Cass. pen., Sez. IV, 27 maggio 1994, n. 776, Gomiero, in *CED*, Rv. n. 199553. *Contra*, Cass. pen., Sez. I, 6 novembre 1995, n. 5548, Cavessi, in *CED*, Rv. 202938, in cui si osservava che il coinvolgimento degli altri soggetti del gruppo conferisce alla detenzione un carattere ultra-individuale, attraverso la socializzazione della stessa detenzione e del consumo, tale da dover essere apprezzata penalmente in quanto idonea ad incentivare, agevolare e diffondere l'uso della sostanza.

¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 25401, in *CED*, Rv. n. 255258; recentemente, v. Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2014, n. 6782, in *CED*, Rv. n. 259285; in modo analogo, v. Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 17396, Bove, in *Foro it.*, 2012, II, 451. In dottrina v. AMARELLI G., *La controversa qualificazione giuridica del consumo di gruppo di stupefacenti dopo la riforma del 2006: le sezioni unite propendono per la irrilevanza penale*, in *Riv. nel diritto*, 2013, 1054; ID., *L'uso di gruppo tra modifiche normative e overruling*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1038; PISANI N., *In tema di uso di gruppo di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2000, 1055.

Allo stesso modo, ugualmente significativa potrebbe risultare la *condizione soggettiva* dell'agente con riguardo alle modalità comportamentali dello stesso¹⁷, al suo eventuale stato di tossicodipendenza¹⁸ o, ancora, al rapporto con il soggetto destinatario della cessione¹⁹. Tuttavia, di questi ultimi profili non vi è cenno nella normativa e la sentenza in commento non sembra soffermarsi su tali aspetti, fatta eccezione per lo *stato di detenzione* del destinatario della sostanza stupefacente. Secondo la Corte, infatti, quest'ultimo elemento dimostrerebbe la particolare efficacia drogante della sostanza, partendo dal presupposto che l'assuntore – essendo recluso – non ne faccia «uso continuativo ed abituale» e presumendone, quindi, una maggiore sensibilità. In realtà, il dato che la Corte prende in considerazione è pur sempre oggettivo e prescinde da una valutazione della condizione soggettiva dell'assuntore.

La lacuna normativa si ripercuote anche sul piano dell'offesa, per cui l'effettiva idoneità offensiva della condotta dovrebbe misurarsi sulla situazione rilevabile *in concreto* e non secondo il modello dell'assuntore mediamente tollerante accolto dalle tabelle ministeriali²⁰, né tanto meno secondo quello, adottato nel caso di specie, dell'«assuntore detenuto».

Si osservi poi come la questione attenga anche alla dimensione *probatoria*, per cui l'onere della prova della finalità di spaccio e dell'idoneità offensiva della condotta dovrebbe gravare sull'accusa, quale elemento del reato di cui all'art. 73 T.U.²¹: sicché, lascia perplessi l'impostazione opposta, assunta dalla giurisprudenza maggioritaria, che tende ad identificare la finalità di consumo personale come un «elemento negativo» del reato, la cui prova graverebbe sull'agente.

Peraltro, il suddetto difetto normativo presenta evidenti ricadute in termini di «ragionevolezza» del sistema sanzionatorio, non essendovi adeguata distinzione fra le misure applicabili allo spacciatore e quelle irrogabili ai tossicodipendenti oppure agli assuntori primari o ai consumatori occasionali di stupefacenti (c.d. *da weekend*). Senza

¹⁷ Così Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2013, n. 2652, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2008, n. 28720, Guaglione, in *Cass. pen.*, 2009, 1224.

¹⁸ Corte Cost., 23 luglio 1996, n. 296, Pannella, cit.; Corte Cost., 27 marzo 1992, n. 133, Bizzarri, in *Foro it.*, 1992, I, 2915; Trib. Perugia, 5 agosto 2009, cit.

¹⁹ In tema di consumo di gruppo, l'accordo con il mandatario può anche essere tacito ed implicito, potendosi desumere la volontà comune da *elementi sintomatici* altri rispetto alla preventiva raccolta del denaro, quali il rapporto di amicizia tra l'acquirente e gli altri consumatori; cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2008, Del Conte, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 18 settembre 2002, Di Domenico, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 1999, De Carolis, cit. In dottrina cfr. MANES V., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di INSOLERA G.-MANES V., 2ª ed., Milano, 2012, 82.

²⁰ MANES V., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., 74 s.

²¹ In tal senso v. Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 47523, in *CED*, Rv. n. 257836, nella quale la Suprema Corte afferma che il giudice non ha alcun dovere di procedere a perizia o ad accertamento tecnico per stabilire la qualità e la quantità del principio attivo di una sostanza drogante, in quanto, da un lato, egli può attingere tale conoscenza dalle diverse fonti di prova acquisite agli atti e dall'altro, grava sul p.m. il rischio di mancata prova in ordine agli elementi a carico dell'imputato; nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, cit.; cfr. Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12146, De Lugan, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2008, n. 27330, Sejjal, cit.; in tema di coltivazione, v. Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2007, Mantovani, in *CED*, Rv. n. 237915.

entrare nel merito di ciascuna di queste situazioni, non può non risaltare la differenza: mentre lo spacciatore trae un illecito profitto economico in danno di diversi beni tutelati dall'ordinamento, il tossicodipendente è simultaneamente anche vittima del reato, sebbene sia egli stesso a porre in essere la condotta punibile; certamente, si tratta di un paradosso difficile da inquadrare nelle categorie penalistiche tradizionali che però costituisce una realtà sociale di notevole impatto.

A ben vedere, il caso in esame si presta ad evidenziare un'ulteriore questione di estremo interesse: le condotte poste in essere dal reo – ovvero la *cessione* e la *spedizione* dell'*hashish* e la *coltivazione* di otto piante di marijuana – vengono infatti previste soltanto dal primo comma dell'art. 73 del T.U. e non anche nella fattispecie dell'art. 75, escludendo così un possibile inquadramento nell'ambito di un uso esclusivamente personale se non in violazione del principio di legalità.

1.1. Divieto assoluto della cessione e della coltivazione: opzione di politica legislativa o tecnica probatoria "accorciata"?

Sulla scorta di un'interpretazione strettamente letterale, le condotte di *cessione*, *spedizione* e *coltivazione* sarebbero intrinsecamente finalizzate allo spaccio, poiché la rilevanza penale delle condotte di cui al primo comma dell'art. 73 del T.U. non è subordinata alla destinazione «ad un uso non esclusivamente personale», né risultano inquadrabili nell'alveo dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 del T.U. La scelta legislativa non sembra giustificata se non dalla presunzione che determinate tipologie di condotte – come anche quelle di chi «*produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope*» – siano oggettivamente destinate a terzi, cosicché l'eventuale prova della finalità di consumo esclusivamente personale non avrebbe alcuna rilevanza.

Come è stato osservato, l'incongruenza appare evidente, *in primis* per la mancanza di razionalità sistematica che emerge dal confronto con gli altri tipi di condotta di cui al comma 1-bis dell'art. 73 (come l'importazione o l'esportazione) che invece potrebbero essere configurati come una condotta destinata al consumo meramente personale²². Tuttavia, al di là del dubbio di compatibilità col principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)²³, ancor di più desta perplessità l'inquadramento sia della *cessione* che della *coltivazione* come condotte di spaccio a prescindere da una verifica in concreto degli elementi che concretizzano l'offesa al bene giuridico tutelato, come la

²² In tal senso v. MANES V., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., 98 ss. Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, D'Ambrosio, in *Cass. pen.*, 2006, 3767; Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 2000, Croce, in *Riv. pen.*, 2001, 361.

²³ MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006, 107 ss.; INSOLERA G., *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, ivi, 78 s.

quantità della sostanza (ed il principio attivo estraibile), la sua qualità (e la maturazione o meno delle piante) e la finalità dell'azione (e la sua eventuale commercializzazione).

È da premettere che, già nel 1997, le Sezioni Unite avevano precisato che nell'area della «cintura protettiva» di irrilevanza penale, riservata alle condotte di consumo personale, sarebbero potuti rientrare anche i comportamenti immediatamente precedenti all'assunzione, come la detenzione, l'acquisto o l'importazione. Da qui si era poi logicamente desunto che, anche nell'ipotesi di consumo di gruppo, l'*acquisto congiunto* e la *codetenzione* avrebbero costituito antecedenti immediati e necessari al consumo stesso, inerendo quindi, al rapporto del singolo assuntore con la sostanza²⁴: più specificatamente, la giurisprudenza ha ritenuto che in questi casi non vi fosse alcuna *cessione*, ma una semplice *divisione* della sostanza fra coloro che ne erano già divenuti proprietari con un accordo, ancorché implicito.

Ciò detto, non si vede perché la *condivisione* della sostanza – nel caso di specie, attraverso la *spedizione* – non possa costituire allo stesso modo un antecedente al consumo personale e ricadere nell'area della responsabilità amministrativa, ancorché la sostanza sia prodotta “in casa”, invece che acquistata. In effetti, fra le due situazioni non sembra emergere una sostanziale differenza sotto il profilo del disvalore della condotta.

Nella giurisprudenza citata più volte è stato ribadito che la *cessione*, ancorché a titolo gratuito, rientra fra quelle condotte particolarmente pericolose poiché in grado di diffondere le sostanze stupefacenti e, per questo, ontologicamente incompatibile con il concetto di consumo personale²⁵. Tuttavia, è opportuno notare come nell'ambito della nozione di cessione ricadano una serie di condotte che si fondano su premesse e finalità diverse fra loro, come la stessa *condivisione* della sostanza stupefacente che spesso rappresenta un fenomeno diverso dalla vendita e, più in generale, da qualsivoglia attività di commercializzazione, essendo connesso piuttosto alla *dimensione sociale* del consumo di stupefacenti. Infatti, la *condivisione* degli stupefacenti – a meno che riguardi soggetti deboli, come i minori – può avvenire con altri consumatori della stessa cerchia sociale: e, allora, non è chiaro quale sarebbe l'ulteriore offesa apportata dalla comunione e dal consumo collettivo, rispetto a quello individuale. In sostanza, non è più possibile ignorare il dato che la cessione a titolo gratuito può anche costituire una forma di *socialità* che dà al consumo personale di stupefacenti una dimensione collettiva, ma non necessariamente diffusiva.

²⁴ Così Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 1997, Iacolare, cit., nella quale viene ormai considerato incontestabile il fatto che «se il nucleo centrale dell'illecito amministrativo è costituito dal “consumo personale”, non si può non essere d'accordo sul corollario che ne discende: non ha rilevanza penale quanto immediatamente precede il consumo personale, cioè l'antecedente dell'assunzione»; recentemente, v. Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 25401, cit.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2013, n. 50112, in *Diritto & Giustizia*, 13; Cass. pen. Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 33422, in *DeJure*; Corte Cost., 23 luglio 1996, n. 296, Pannella, cit. *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 1996, in *Foro it.*, 1997, II, 144.

Né sembra esservi motivo per cui i consumatori che condividano la sostanza stupefacente dovrebbero ricevere un trattamento sanzionatorio diversificato, a seconda di chi ha offerto la dose: analogamente a quanto è stato affermato in tema di consumo di gruppo, non sempre il cedente si pone in rapporto di *estraneità* rispetto ai soggetti con cui condivide la sostanza stupefacente e, quindi, di diversità rispetto a quest'ultimi. Ciò vuol dire che – in assenza di uno scambio commerciale – sembra potersi identificare anche in questa circostanza l'*omogeneità teleologica* della condotta del cedente rispetto allo scopo del cessionario, con la conseguente impossibilità di connotare le due azioni in maniera diversa, almeno sotto il profilo propriamente penalistico. Si aggiunga che, a prescindere dai giudizi di valore, la condivisione delle sostanze stupefacenti apporta un contributo limitato alla diffusione delle stesse e, soprattutto, non rientra nelle attività economiche delle organizzazioni criminali, come avviene con la vendita o la commercializzazione: pertanto sembrerebbe opportuno distinguere a seconda delle situazioni, modulando in modo proporzionato la risposta sanzionatoria.

Nel caso della sentenza in commento non emergono elementi che dimostrino la finalità di commercializzazione da parte del coltivatore e qualora si volesse identificare l'offesa con la *potenziale diffusione*²⁶ della sostanza, nel caso di specie il ragionamento risulterebbe ancor più contraddittorio dal momento che la sostanza è stata spedita in una dose minima destinata ad una singola persona determinata, in un carcere, che di per sé è un luogo chiuso²⁷.

È evidente che tali circostanze difficilmente potrebbero consentire l'accrescimento della quantità della sostanza sul mercato, sicché la condotta non sembra destinata a quel giudizio di disvalore che comporta l'applicazione della sanzione penale, ancor più se il bene giuridico tutelato coincida con la tutela delle nuove generazioni.

Analoghe riflessioni possono condursi con riguardo alla condotta di *coltivazione*. Rispetto a quest'ultima la giurisprudenza non si esprime in modo univoco: secondo un primo orientamento, potrebbe tracciarsi una distinzione fra la c.d. *coltivazione in senso tecnico-agrario* e quella *domestica*; mentre la prima costituirebbe un'attività imprenditoriale intrinsecamente destinata allo spaccio, la seconda andrebbe considerata come una *species* del più ampio *genus* della detenzione al fine di subordinare la rilevanza penale ai criteri indicati nell'art. 73, comma 1-bis, T.U.²⁸. Al

²⁶ In tal senso v. *ex multis* Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 51497, in *CED*, Riv. n. 258503; Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 14 aprile 2005, Gallob, in *Giust. pen.*, 2007, II, 111; Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 2000, Croce, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 19 gennaio 2000, Catania, in *Cass. pen.*, 2000, 2118.

²⁷ Già, in tema di consumo di gruppo, fu ribadito che «se l'acquisto e il consumo rimangono *circoscritti all'interno del gruppo* degli assuntori, è irrilevante che la sostanza sia detenuta da uno solo di essi, in quanto l'intero quantitativo è idealmente divisibile in quote corrispondenti al numero dei menzionati partecipanti», Cass. pen., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 35682, Di Riso, cit.

²⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2013, n. 22110, in *CED*, Riv. n. 255733; Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 2007, Piersanti, in *Giur. it.*, 2008, 2017; Cass. pen., Sez. VI, 21 settembre 2007, Nicolotti, in *CED*, Rv. n.

contrario, un altro orientamento attualmente prevalente considera la coltivazione illecita *tout court*, come un reato di pericolo²⁹, in ragione del dato letterale della norma e delle evidenti difficoltà probatorie in ordine all'effettiva offensività della condotta, non potendo determinarsi *a priori* la quantità o la tossicità della sostanza stupefacente ricavabile, né la destinazione ad un uso personale o meno. Nondimeno, la stessa giurisprudenza e le successive pronunce hanno precisato come il giudice abbia comunque il compito di verificare l'idoneità offensiva della condotta e che «*la condotta è inoffensiva soltanto se il bene tutelato non è stato lesa o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante, infatti, è a tal fine il grado dell'offesa), sicché [...] la offensività non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile*»³⁰, ovvero quando la condotta sia priva della «*concreta attitudine ad influenzare in qualche (anche lieve) misura l'attività neuropsichica del consumatore*»³¹.

Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite, pur ricalcando lo stesso schema interpretativo, la giurisprudenza non ha seguito un indirizzo unitario e, di volta in volta, ha posto l'accento su diversi indicatori dell'offensività, avendo riguardo in taluni casi al quantitativo di principio attivo ricavabile dalle singole piante³², altre volte al numero di dosi ricavabili³³ o al grado di maturazione³⁴ ed anche ad ulteriori

237645; Cass. pen., Sez. VI, 18 gennaio 2007, Notaro, in *Cass. pen.*, 2007, 4287; Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2007, Mantovani, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 1994, n. 3353, Gabriele, in *Cass. pen.*, 1995, 3084.

²⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 51497, cit.; Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2013, n. 21120, Colamartino, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 51497, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29891, Lamberti, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 17 febbraio 2011, n. 25674, in *Foro it.*, 2011, II, 613; Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2009, n. 49523, in *Cass. pen.*, 2010, 3956; Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008, Scrivano, in *CED*, Rv. n. 239036; Cass. pen., Sez. VI, 12 maggio 2008, Serrao, in *CED*, Rv. n. 240371; Cass. Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 28605, Di Salvia, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, D'Ambrosio, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 9 giugno 2004, De Rimini, in *Cass. pen.*, 2005, 2729; Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2004, Aspri, in *CED*, Rv. n. 230571; Cass. pen., Sez. IV, 10 marzo 2000, Reile, in *Riv. pen.*, 2000, 692; nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, 12 febbraio 2010, Colelli, in *Cass. pen.*, 2010, 3579. Nello stesso senso cfr. Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360, Leocata, in *Cass. pen.*, 1995, 2820; Corte Cost., 23 dicembre 1994, n. 443, Porta, in *Cass. pen.*, 1995, 818.

³⁰ In tal senso v. Cass. Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 28605, Di Salvia, cit.; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 8393, Cecconi, in *Riv. pen.*, 2013, 397; Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2013, n. 22110, cit.

³¹ Così Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2013, n. 43184, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29891, Lamberti, cit.

³² Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 8393, Cecconi, cit.

³³ Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 12612, in *CED*, Rv. n. 254891.

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, cit. *Contra*, Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2013, n. 21120, Colamartino, in *Riv. pen.*, 2013, 772, secondo la quale deve considerarsi «inaccettabile qualsiasi automatismo interpretativo che escluda sempre e comunque l'offensività per il solo fatto che, in concreto, il ricavato della coltivazione sia risultato non contenere principio attivo stupefacente. L'idoneità offensiva della condotta, infatti, deve essere assoluta e non può dipendere da circostanze occasionali e contingenti quale è quella della scoperta della piantagione da parte della polizia giudiziaria. Diversamente opinando si perverrebbe irrazionalmente ad affermare l'irrilevanza penale anche di una coltivazione di notevoli dimensioni per il numero di piante messe a dimora, per il solo fatto che essa sia stata scoperta all'inizio del processo di maturazione ed esclusivamente per tale circostanza fattuale sia risultata non caratterizzata dalla presenza di principio attivo». *Contra*, Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2014, n. 6753, in

circostanze³⁵, come l'*estensione* e la *struttura eventualmente organizzata* della piantagione³⁶.

Ebbene, nonostante gli sforzi interpretativi al fine di applicare il principio di offensività, la posizione della giurisprudenza prevalente, ancorché suffragata dal dato letterale della norma, non appare condivisibile, poiché in tal modo si finisce con l'inquadrare la coltivazione come un reato di *pericolo presunto*, non lasciando la possibilità di provare un consumo meramente personale della sostanza e, quindi, l'irrilevanza penale della condotta.

In verità, l'anticipazione della soglia di punibilità della fattispecie in esame non sembra giustificata dalla tutela che si vuole predisporre: infatti, se l'intento del legislatore fosse quello di tutelare *la salute* dell'assuntore, non avrebbe avuto senso, a livello sistematico, la scelta di non prevedere la rilevanza penale per il mero consumo personale ed, inoltre, anche nel caso della condotta di coltivazione, la rilevanza penale dovrebbe essere subordinata alle soglie quantitative, poiché la coltura di una sostanza che in realtà non abbia effetto stupefacente non produrrebbe alcuna offesa. Se, invece, la *ratio* di tutela fosse quella di impedire l'immissione di maggiori quantitativi nel *mercato* degli stupefacenti, allora non è chiaro come colui che coltiva esclusivamente per il proprio fabbisogno – e che eventualmente condivide il prodotto con la "sua cerchia" – possa incrementare gli scambi sul mercato. Tutt'al più, una simile condotta potrebbe indebolire la domanda ed il traffico di stupefacenti gestito dalle organizzazioni criminali.

Invero, il fatto di escludere la sanzione penale per il consumo di stupefacenti mantenendo la rilevanza delle *condotte precedenti e propedeutiche al consumo personale*, appare una contraddizione in termini. Senza contare che, essendo il consumo solo l'atto finale di una sequenza di azioni che inevitabilmente ricomprendono il movimento della sostanza, sembra illogico che questo sia da considerarsi meno grave

CED, Riv. n. 258998, secondo cui ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, l'offensività della condotta non è esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali, né quando risulti l'assenza di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, se gli arbusti sono prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti, in quanto il «coltivare» è attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 44287, Taormina, in *CED*, Riv. n. 241991.

³⁵ Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 2 maggio 2013, n. 22110, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, cit.

³⁶ Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, cit., nel caso di specie la Corte ha ritenuto configurabile il reato relativamente alla coltivazione di quarantatré piantine di *cannabis*, nonostante all'atto dell'accertamento avessero un contenuto di sostanza ricavabile inferiore sia al valore di una dose singola che alla dose soglia. La decisione della Corte si fonda sulla presenza di semi e di impianti di innaffiamento e riscaldamento dei locali, trovati presso la coltivazione, finalizzati a favorirne la crescita e lo sviluppo; pertanto, nella sentenza si è precisato che «ai fini dell'accertamento della concreta offensività della condotta, dovrà aversi riguardo non solo al *quantitativo di principio attivo* ricavabile dalle singole piante, in relazione al loro grado di sviluppo, ma dovrà altresì tenersi conto della *estensione* e della *struttura eventualmente organizzata* della piantagione, da cui possa derivare una produzione di sostanze stupefacenti potenzialmente idonea ad incrementarne il mercato».

della singola condotta di produzione a fini personali, in termini di disvalore penale. D'altro canto, se il bene giuridico tutelato dalla norma fosse a tutti gli effetti quello della salute (individuale o collettiva), allora il consumo costituirebbe la parte più grave dell'intero impianto normativo criminale. Né l'anticipazione della soglia di punibilità potrebbe essere giustificata dall'esigenza – rivelata da certa giurisprudenza – di non «*incrementare [...] il mercato degli stupefacenti fuori del controllo dell'autorità*»³⁷, poiché non esiste un vero e proprio mercato sotto il controllo dell'autorità, vige bensì un'interdizione pressoché totale.

Si aggiunga che la scelta del legislatore italiano, se non costituisce una svista, è frutto comunque di una politica criminale irrazionale che ha disatteso in modo ingiustificato gli indirizzi espressi in sede europea. Infatti, fra i considerando iniziali della direttiva europea espressamente si richiede che l'entità della pena in materia tenga conto sia dei *quantitativi* che della *natura* della sostanza illecita, nonché dell'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'*organizzazione criminale*³⁸: logica vuole che le condotte di coltivazione domestica consentirebbero all'assuntore di non ricorrere al mercato della criminalità organizzata, ponendosi al di fuori della fenomenologia che si vuole colpire.

Dal quadro tracciato fino ad ora emerge come il principale elemento di confusione risieda nell'esatta identificazione dell'offesa che la norma dovrebbe criminalizzare e, di conseguenza, del bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

2. Beni giuridici tutelati nei c.d. *delitti senza vittime*: plurioffensività e relativismo nella punibilità.

Le considerazioni che precedono, concernenti le argomentazioni elaborate dalla Corte nella sentenza in commento, tuttavia, non sembrano decisive a fronte di un'ulteriore valutazione. Invero, sembra che in tema di stupefacenti l'intero impianto normativo criminale sia frutto di un'ambiguità iniziale che riguarda il bene giuridico.

In giurisprudenza sono stati individuati come beni giuridici tutelati dall'incriminazione di cui all'art. 73 T.U.: la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico³⁹, nonché la salvaguardia delle giovani generazioni⁴⁰. Coerentemente, la

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45919, in *DeJure*; Cass. Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 28605, Di Salvia, cit.

³⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 «riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti».

³⁹ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 12612, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2011, n. 34136, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 358; Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38794, in *CED*, Riv. n. 251438; Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 2010, n. 24571, Iberdemaj, in *CED*, Riv. n. 247823; Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2008, n. 39205, Di Pasquale, in *CED*, Riv. n. 241694; Cass. pen., Sez. IV, 15 maggio 2007, Hillal, in *CED*, Riv. n. 238295; Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2003, Grado, in *CED*, Riv. n. 226817; Cass. pen., Sez. VI, 30 marzo 1999, Chanovi, in *Giur. it.*, 2000, 585; Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 1998, Felletti, in *CED*, Riv. n. 212414.

sentenza in esame, facendo riferimento in generale alla legislazione in materia di stupefacenti, individua quale bene giuridico tutelato la *salute*, ma non esclude che la disciplina si rivolga analogamente anche agli altri beni della *sicurezza*, dell'*ordine pubblico* e della *salvaguardia delle giovani generazioni*.

Per quanto il fenomeno del traffico di stupefacenti si presti a nuocere diversi beni giuridici, bisogna osservare come in questa materia la *plurioffensività* della fattispecie finisca per aggirare i limiti posti dal corrispondente principio costituzionale⁴¹, generando incertezza rispetto ai presupposti della propria applicazione e, di conseguenza, una sorta di *relatività* della punibilità a seconda che si consideri uno solo dei beni giuridici suddetti oppure tutti.

Infatti, la *salute*, la *sicurezza* e l'*ordine pubblico* costituiscono beni ultraindividuali e strumentali, rispetto ai quali l'offesa si concretizza secondo un effetto cumulativo e seriale⁴² dovuto all'insieme di diverse condotte ripetute nel tempo⁴³. Pertanto, in questi casi la fattispecie non può che presentare una soglia anticipata di punibilità rispetto al verificarsi di una vera e propria lesione al bene giuridico primario, attribuendo rilevanza penale anche a talune condotte meramente *preparatorie* al reato oppure soltanto *sintomatiche*. Il problema si pone quando la fattispecie finisce per essere interpretata in chiave marcatamente generalpreventiva al fine di impedire il compimento di altri indefiniti reati⁴⁴ e la risposta sanzionatoria perde di vista nella sua commisurazione il rapporto di *proporzione* con il singolo contributo offensivo apportato in concreto dalla condotta, come vorrebbe un diritto penale del fatto ispirato al principio di personalità della responsabilità penale (27 Cost.). Così l'unico appiglio cui agganciare l'ascrizione della responsabilità è la *pericolosità sociale* del soggetto agente o la sua *mera disobbedienza* alle regole dell'ordinamento, al di fuori di una concezione oggettiva del diritto penale e del principio di necessaria offensività.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, si ha l'impressione che in materia di stupefacenti – almeno sotto il profilo della cessione e della coltivazione – i principi tradizionali del diritto penale stiano vacillando.

È appena il caso di far presente come la norma incriminatrice della cessione e della coltivazione di sostanze stupefacenti, punendo una condotta di per sé inoffensiva, sembra piuttosto il risultato della *trasposizione* del disvalore di un altro

⁴⁰ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2013, n. 43184, cit.; Cass. pen., Sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45919, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 2010, n. 21814, *ibidem*; Cass. pen., Sez. VI, 1° aprile 2009, n. 17266, *ibidem*; Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2008, n. 28605, *ibidem*; Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2001, n. 564, *ibidem*; Cass. pen., Sez. IV, 12 gennaio 2000, n. 3584, *ibidem*; Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 1998, Kreml, cit.

⁴¹ MANES V., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., 68 s.; ID., *Il principio di offensività*, Torino, 2005, spec.74, 79 e 84 ss.

⁴² PALAZZO F. C., *L'uso personale di stupefacenti nella nuova legge antidroga*, in *Leg. pen.*, 1992, 159 s. Per l'ulteriore approfondimento in tema di reati di principio di offensività ed anticipazione della soglia di punibilità, si rinvia a MEZZETTI E., *Casi e materiali*, in corso di pubblicazione.

⁴³ Nel caso della sicurezza e dell'ordine pubblico si tratta, peraltro, di beni giuridici c.d. *vaghi o diffusi*: cfr. DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Digesto pen.*, Torino, 1995, vol. IX, 73 ss.

⁴⁴ DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Digesto pen.*, Torino, 1995, vol. IX, 73 ss.

fatto che si vuole ostacolare o che si sospetta già avvenuto, realizzando una sorta di finzione legislativa che non garantisce il rispetto del principio costituzionale di *necessaria e sufficiente* offensività⁴⁵. In realtà, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁶, in casi circoscritti il diritto penale può compiere una funzione di tutela preventiva, a fronte di un bilanciamento con beni di assoluto rilievo costituzionale; tuttavia, nei casi sin qui trattati non sembrano sussistere i presupposti per una siffatta anticipazione della tutela, né sembra rispettato il criterio della ragionevolezza, dal momento che le sanzioni previste per le fattispecie in materia di stupefacenti risultano sproporzionate anche rispetto a quelle di altre incriminazioni il cui disvalore è considerato oggettivamente molto più grave. Inoltre, com'è stato evidenziato, in materia di stupefacenti non sono stati individuati con esattezza i beni meritevoli di una tutela rafforzata e sembra che la norma vigente colpisca una categoria di soggetti "disobbedienti" piuttosto che un fatto espressivo di un preciso disvalore penale⁴⁷.

Il punto è che l'intenzione realmente sottesa alla disciplina penale sta nel tentativo di contrastare un fenomeno, quello del consumo di stupefacenti, attraverso la mera repressione e senza un chiaro disegno di politica criminale e, soprattutto, sociale: tanto è vero che la coltivazione e la cessione di sostanze stupefacenti sono punite a prescindere dal concreto pericolo che queste siano destinate allo spaccio. Il giudice è dunque esonerato *a prescindere* dall'accertamento in concreto dell'idoneità offensiva della condotta, in ragione del dato letterale della norma, sicché non è possibile effettuare alcuna distinzione fra danno e pericolo, né alcuna graduazione dell'offesa ai fini della punibilità; né, tantomeno, l'imputato avrebbe la possibilità di vedersi ammettere la prova liberatoria per dimostrare l'uso esclusivamente personale della sostanza, svilendo il diritto di difesa costituzionalmente garantito ed il principio dell'*in dubio pro reo*.

2.1. La tutela delle nuove generazioni: prevenzione o precauzione?

Ancor più perplessità suscita il bene giuridico della *salvaguardia delle nuove generazioni*⁴⁸. In effetti, il bene giuridico che si vuole tutelare in tale prospettiva non è neanche *preesistente* alla norma e si pone al di fuori della configurazione di un preciso

⁴⁵ FIORELLA A., *Reato in generale*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVIII, 795 s.

⁴⁶ Sul punto cfr. Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, 818; Corte cost., 23 luglio 1996, n. 296, Pannella, cit.; Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, Piensi, in *Foro it.*, 1991, I, 2628. In dottrina cfr. CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 415; FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Giacomo Bellavista*, I, 1977, 175; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 188 ss.; MEZZETTI E., *Diritto penale. Casi e materiali*, in corso di pubblicazione; ROMANO, *Commentario*, I, cit., 342 s.

⁴⁷ Cfr. FIORELLA A., *Reato in generale*, cit., 797.

⁴⁸ MANTOVANI F., *Droga: male oscuro della vita e della libertà*, in *Giust. pen.*, 2012, I, 90, a proposito dei presupposti infondati a partire dai quali si rivendica l'uso degli stupefacenti come un diritto di libertà.

pericolo, ancorché astratto, non trattandosi più neanche di un diritto penale preventivo. Con le dovute distinzioni – dal momento che non si sta trattando di responsabilità per colpa in contesti di incertezza scientifica – l’ipotesi evoca una particolare forma di responsabilità oggettiva in cui l’imputazione penale risponderebbe alle logiche del c.d. *principio di precauzione*⁴⁹.

Detto altrimenti, è come se nell’incertezza degli effetti di tutte le condotte legate al consumo ed alla diffusione di sostanze stupefacenti, si applicasse la tutela penale “*per cautela*”, anziché sulla base della prospettazione di un *pericolo* precipuo. In questo quadro, persino l’imputazione per rischio costituirebbe una forma di ascrizione della responsabilità penale più rispettosa dei principi costituzionali, in ragione del fatto che il rischio costituisce una qualità oggettiva e preesistente di una data situazione (come ad esempio in una qualsiasi attività lavorativa), tanto è vero che il datore di lavoro ha il compito di tracciare tutti i rischi connessi, che sono pertanto individuabili.

Al contrario, la *salvaguardia delle giovani generazioni* appare un concetto troppo indeterminato nello spazio e nel tempo, rispetto al quale la cessione e la coltivazione di sostanze stupefacenti potrebbero fondare nel tempo presente solo l’ipotesi di una possibile lesione, rappresentando una mera *fonte* di rischio e non un pericolo, né tantomeno un danno determinato; d’altronde, lo stesso *approccio generalizzante* del legislatore nei confronti della disciplina in materia di stupefacenti denota un ampio grado di incertezza rispetto agli effetti ed ai danni che ciascuna tipologia di sostanza può provocare⁵⁰.

E allora, l’inclusione della salvaguardia delle nuove generazioni fra i beni giuridici tutelati dalla norma sorprende e porta ad inquadrare la disciplina penale degli stupefacenti in quel fenomeno che si sta sviluppando negli ultimi tempi che vede l’afferinarsi di una tendenza estensiva ed efficientista della responsabilità penale⁵¹, non solo nella tecnica legislativa ma anche nell’applicazione giurisprudenziale. Infatti, da un lato, sembra che il bene giuridico perda quella *funzione limitativa* della responsabilità penale che gli è propria fino ad allontanarsi da quella stessa concezione c.d. *realistico-garantista* del reato, prescindendo nella formulazione dell’incriminazione

⁴⁹ In tema v. CASTRONUOVO D., Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato, Roma, 2012; GIUNTA F., Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 227 ss.; MEZZETTI E., Colpa per assunzione, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCIGUERRA S.–DASSANO F., Napoli, 2010, 522 ss.; RUGA RIVA C., Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, II, 1743 s.; [SCORDAMAGLIA I., Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra principi di prevenzione e di precauzione, in questa Rivista, 2012](#); [MASSARO A., Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, in questa Rivista, 2011](#).

⁵⁰ La stessa equiparazione fra le diverse sostanze (travolta recentemente dal sindacato della Corte Costituzionale Corte Cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *DeJure*) dimostra che l’interesse sotteso alla attiene alla *sicurezza* più che alla *salute*.

⁵¹ Sul punto, per approfondimenti cfr. SILVA SÁNCHEZ, L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali, Milano, 2004, 9 ss., 49 ss., 101 ss.; FIORE S., La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale, Napoli, 2008, 63 ss.; MEZZETTI E., *Diritto penale. Casi e materiali*, cit.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 70 ss., che fa riferimento ad un «ordinamento giuridico occulto».

da una puntuale individuazione del bene giuridico tutelato e dalla rispettiva messa in pericolo dello stesso. Dall'altro lato, la semplificazione del processo si compie non solo nel ridimensionamento della dialettica delle prove, ma anche nella rinuncia all'accertamento dei profili personali del reato, come lo stato di tossicodipendenza o il rapporto fra l'imputato e la vittima, finendo per allontanare le strutture processuali tradizionali dal rispetto dei principi di terzietà del giudice e di presunzione di non colpevolezza dell'imputato e lasciando inevitabilmente spazio ad una compressione della dignità della persona. Tuttavia, nel processo accusatorio di tipo moderno la ricostruzione della responsabilità penale non può prescindere dalla configurazione di un fatto tipico che consta di un disvalore di evento e di azione ed è arricchito dalla componente soggettiva; tali sono i concetti che pongono limiti stringenti al processo penale e costituiscono le garanzie dell'*habeas corpus* e dalla sussidiarietà del diritto penale⁵².

Ciò che è accaduto in materia di stupefacenti è che nel tentativo di rispondere alle esigenze di politica criminale ed apprestare una tutela rafforzata contro i rischi dell'era moderna, sulla base della convinzione che il diritto penale abbia una marcata potenzialità generalpreventiva, negli ultimi decenni si è fatto largo uso di una surrettizia forma di responsabilità oggettiva, al fine di adoperare lo strumento repressivo e punitivo oltre i consolidati principi costituzionali.

3. I limiti posti dalla normativa internazionale, il cambio di rotta in sede europea.

Sotto il profilo internazionale, la soluzione proibizionista è imposta dagli accordi internazionali in materia di stupefacenti: la *Convenzione unica sugli stupefacenti*, adottata a New York il 30 marzo 1961⁵³, la *Convenzione sulle sostanze psicotrope*, adottata a Vienna il 21 febbraio 1971⁵⁴ e la *Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope*, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988⁵⁵.

Tali accordi, sebbene prevedano come complementari (o talvolta sostitutive) alla sanzione penale talune misure riabilitative considerano come reato l'*uso personale non terapeutico* che non rientri nel c.d. *uso tradizionale* (ovvero la masticazione delle foglie di coca), lasciando tuttavia ad ogni Stato la possibilità di prevedere misure diverse dalla sanzione penale per le infrazioni che presentino un minor grado di gravità. In tale prospettiva, la Corte costituzionale⁵⁶ ha ritenuto compatibile con gli accordi internazionali la previsione di un sistema sanzionatorio esclusivamente

⁵² FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 159 ss.; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 131 ss.; GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 1, Torino, 1987, 177 ss.; PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. 1, Milano, 2009, 224 ss.

⁵³ Emendata dal *Protocollo* adottato a Ginevra il 25 marzo 1972 e ratificati in Italia con la legge 412/1974.

⁵⁴ Ratificata dall'Italia con la legge 385/1981.

⁵⁵ Ratificata con la legge L. 328/1990.

⁵⁶ Corte Cost., 4 febbraio 1993, n. 28, in *Cass. pen.*, 1993, 1075.

amministrativo nei confronti dell'uso personale di sostanze stupefacenti, a seguito dell'esito del *referendum* del 1993. Tuttavia si osservi come, nel rispetto degli accordi internazionali, non sarebbe possibile andare oltre: già nel 1997 la Corte costituzionale dichiarò inammissibile il *referendum* proposto al fine di eliminare qualsiasi sanzione o misura amministrativa nei confronti delle attività e delle condotte preliminari connesse all'uso personale della canapa indiana e dei suoi derivati, come l'*hashish* e la *marijuana*⁵⁷.

Sotto il profilo del diritto comunitario, invece, l'Unione Europea ha preso una posizione difforme. Infatti, con la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 sono state fissate le norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni in materia di traffico illecito di stupefacenti. L'approccio della direttiva è diverso da quello della legislazione internazionale: sono escluse dal campo di applicazione della convenzione le condotte che siano tenute ai fini del mero consumo personale e sono messi in luce una serie di aspetti interessanti, tra i quali la necessaria *proporzione* delle sanzioni e la loro *differenziazione* in relazione alla dannosità per la salute delle diverse sostanze, in base al quantitativo ed alla natura della sostanza. In altre parole, la direttiva sembra propendere per una strategia di contrasto della c.d. *riduzione del danno*, prescindendo dalla totale astinenza dell'uso delle sostanze stupefacenti, in favore di un intervento sul piano sanitario⁵⁸.

Quest'ultimo aspetto è di estremo interesse unitamente al fatto che in tutti i documenti citati si riconosce che il traffico illecito di stupefacenti è «*fonte di profitti finanziari e di patrimoni considerevoli che permettono alle organizzazioni criminali transnazionali di penetrare, contaminare e corrompere le struttura dello Stato, le attività commerciali e finanziarie legittime e le società a tutti i livelli*»⁵⁹. Da ciò emerge che l'asse delle politiche governative sta progressivamente mutando il proprio approccio alla disciplina in favore una risposta più ampia, nella predisposizione degli strumenti di contrasto e nel relativo spazio applicativo. Del resto, è noto il fatto che la maggior parte dei paesi produttori di sostanze stupefacenti appartiene al "sud del mondo" e vende i propri prodotti nei paesi più industrializzati. Pertanto, sarebbe anacronistico credere di poter predisporre un'efficace strategia di contrasto esclusivamente a livello nazionale e l'indirizzo adottato con la Convenzione delle Nazioni Unite sembra ormai risalente e asfittico, specialmente dopo le recenti aperture rispetto al consumo personale di stupefacenti nella legislazione di alcuni stati della federazione statunitense.

Al contrario, l'elaborazione compiuta in sede europea, sebbene ancora non compiuta nella sua fase applicativa, rappresenta un cambio di rotta notevole; l'Europa potrebbe farsi portavoce in sede internazionale di un nuovo indirizzo di politica criminale e sociale che coinvolga quanti più Stati possibile.

⁵⁷ Corte Cost., 10 febbraio 1997, n. 27, Bernadilli, in *Foro it.*, 1997, I, 658.

⁵⁸ AMATO G.C.-FIDELBO G., *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle "Sostanze velenose" alla riforma del 2006*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di CAPUTO A-FIDELBO G., vol. IX, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C.E., Torino, 2011, 295.

⁵⁹ In tal senso v. *Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope*, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988.

Da ciò se ne desume che, abbandonati gli stereotipi tradizionali quali la plurioffensività ovvero la tutela di interessi diffusi riconducibili alla detenzione e commercio delle sostanze stupefacenti, sembrerebbe più proficuo orientare gli interventi di contrasto al fenomeno, specialmente se di carattere preventivo, concentrandosi sull'esclusivo obiettivo di politica criminale di stigmatizzare *l'illecito e criminale profitto derivante da comportamenti nocivi della salute collettiva*. Da tale angolo visuale simile prospettazione di tutela avrebbe ovvie ripercussioni anche sul trattamento dell'uso personale che, com'è evidente, risulterebbe largamente estraneo a tale attività illecita.