

La coltivazione di piante di cannabis non può essere accostata alla cessione gratuita di modiche dosi.

Autore: Zaina Carlo Alberto

In: Diritto penale

Commento la pronunzia della Quarta Sezione della Corte di Cassazione, 15 aprile (depositata il 5 maggio 2014), n. 18504, nonostante i principi in essa contenuti siano stati smentiti, in relazione alla tematica della coltivazione, dalla sentenza n. 33835 della Sesta Sezione dell'8 aprile 2014, (depositata il 30 luglio 2014), perchè essa offre il destro ad alcune significative riflessioni.

Premetto che non mi interessa considerare i fatti oggetto del processo in sé (un'accusa di cessione gratuita ed una di coltivazione che attingono il medesimo imputato), quanto, piuttosto, desidero confrontarmi con una prima esegesi della sentenza pubblicata sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it a firma di Eleonora Maresca¹.

Esaminando la sentenza in questione l'articolo di commento, infatti, incentra la propria attenzione sulla finalità dell' **“uso personale”** non terapeutico, quale elemento scriminante, comune ad una serie di condotte - tra le quali però non è prevista normativamente la coltivazione -.

L'Autore sviluppa, così, una serrata critica a tre profili fondamentali, vale a dire la metodica legislativa (**“..non è stato individuato a livello legislativo un concetto determinato di uso personale tale da distinguere la condotta in questione - detenzione n.d.a. - da quella di spaccio.”**), la concezione giurisprudenziale che identifica **“la finalità di consumo personale come un elemento negativo del reato, la cui prova graverebbe sull'agente”**, nonché la classificazione delle condotte di cessione e coltivazione, all'interno della categoria delle **“condotte di spaccio a prescindere da una verifica in concreto degli elementi che concretizzano l'offesa al bene giuridico tutelato”**.

Ritengo che - obbiettivamente - non possano e non debbano emergere dissensi sostanziali in ordine alle prime due osservazioni.

Mi permetto, invece, di dissentire decisamente riguardo alla omologazione che l'Autore opera tra condotta di cessione (intesa come comportamento di trasferimento gratuito da una persona all'altra) e quella di coltivazione.

L'Autore, infatti, ipotizza la liceità del fenomeno della cessione, che nella fattispecie assume la forma della condivisione di sostanza stupefacente fra consumatori, sostenendo, a tal fine, che tale comportamento risulti “**..diverso dalla vendita e, più in generale da qualsivoglia attività di commercializzazione, essendo connesso piuttosto alla dimensione sociale del consumo di stupefacenti**”.

Il ragionamento portante la tesi che si esamina, muove dalla considerazione dell'esistenza di un fenomeno - tipicamente e si reputa esclusivamente radicato fra i consumatori di cannabis - per cui chi detenga un certo quantitativo di marijuana o hashish può decidere di porre a disposizione l'eccedenza del proprio fabbisogno - gratuitamente - ad amici, per condividere l'esperienza assuntiva.

La tipologia della condotta e l'animus dei protagonisti (racchiusi nella perifrasi “**omogeneità teleologica**” coniata dall'Autore) costituirebbero, quindi, elementi distintivi rispetto al vero e specifico “spaccio” (attività di indubbio valore criminale siccome connotata da un profilo di utilità economica che il pusher persegue ed ottiene).

Esse permetterebbero di rilevare che il soggetto cedente - sostanzialmente - risulti (salvo rare eccezioni) un intraneus al gruppo di persone “**con cui condivide la sostanza stupefacente**”.

Attese queste premesse, l'Autore ravvisa, pertanto, una situazione che induce e legittima a comparare in

parallelo le cessioni gratuite fra consumatori con l'uso (acquisto) di gruppo di sostanze stupefacenti, istituto che, con la nota sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 2013, n.25401 (- Pres. Lupo - est. Franco) è stato ricondotto all'alveo della non punibilità, in condizione di analogia a quella propria del consumo personale.

Si perviene, così, alla conclusione che entrambe le situazioni in esame possono costituire espressione di una “**dimensione sociale del consumo di stupefacenti**”, il cui carattere di “**socialità**”, pur se di portata collettiva, escluderebbe, comunque, il fenomeno della diffusione delle sostanze psicoattive.

Queste considerazioni, però, non convincono affatto chi scrive.

E', infatti, agevole osservare - a confutazione degli argomenti riportati - che, in primo luogo, qualsiasi cessione (gratuita o retribuita) di droghe presuppone, ragionevolmente, un acquisto da parte di una persona che intenda fare un uso personale del campione ottenuto.

Dunque la paventata **omogeneità teleologica**, costituirebbe elemento distintivo puramente apparente, e ben poco sostanziale.

Un secondo aspetto, che milita, a propria volta, in senso opposto alle tesi dell'Autore, riposa nella circostanza che l'uso di gruppo (ma sarebbe più corretto parlare di acquisto di gruppo) viene equiparato dalla giurisprudenza di legittimità, al consumo personale solo a specifiche condizioni di fatto, la più eclatante delle quali consiste nel fatto che sussista un accordo preventivo e precedente all'acquisizione dello stupefacente tra i membri del sodalizio.

La cessione fra consumatori - condotta che presuppone che un soggetto già detenga per conto proprio e solo medio tempore si determini a dividere con altri ciò che egli possiede - non presenta assolutamente

tale profilo dirimente.

E ben poco può rilevare la circostanza che il consumatore cedente si possa effettivamente amalgamare con il resto del gruppo (quale **intraneus**).

Il punto importante e qualificante della condotta di **uso di gruppo**, non riposa, infatti, nel momento in cui i sodali assumono lo stupefacente (che potrebbe essere attività di carattere tanto comunitario, quanto individuale), quanto piuttosto esso attiene fundamentalmente al momento in cui le singole volontà degli acquirenti si fondono in una unica, la quale prelude necessariamente ad un acquisto effettuato - da uno di loro - in nome e per conto di tutti.

Si deve, poi, notare come non si possa escludere l'illiceità di una condotta, fondando tale convincimento solo sulla base di mere presunzioni, le quali denotano una ricostruzione superficiale di una situazione, invece, molto più complessa.

Sovente, cessioni gratuite possono, infatti, essere effettuate da un consumatore verso un soggetto, che, invece, assunto non è e che intende provare, per la prima volta, sostanze psicotrope.

In questo caso la cessione è gratuita, ma siamo dinanzi ad un'attività che viola il bene giuridico presidiato dalla norma che, ad avviso di chi scrive, si può circoscrivere alla lotta alla proliferazione ed alla diffusione del consumo di delle sostanze stupefacenti.

Parimenti si deve rilevare che anche altre cessioni - all'apparenza gratuite - in realtà comportano per i cedenti/consumatori dei corrispettivi di valore di indubbio economico, anche senza che avvenga un formale passaggio di danaro (utilità sessuali, restituzione di una dose, etc.).

Mi chiedo come si possa, in situazioni di tale equivoca tipologia, (e sono nella quotidiana esperienza forense numerosissime) individuare con precisione quel discrimen, idoneo a qualificare come lecito, ciò che lecito, in realtà, potrebbe non essere.

Non possono esistere, quindi, a parere di chi scrive, in assoluto cessioni illecite e cessioni lecite.

Tantomeno tale distinzione può essere prospettata, individuando nell'utiliter economico lo spartiacque fra le due categorie di fatto.

Un ulteriore elemento che - ad avviso dello scrivente - suscita ulteriore perplessità, consiste nel fatto che il ragionamento sviluppato dall'Autore appare poi circoscritto e riservato solamente ai derivati della cannabis e tralascia di considerare le cd. droghe pesanti.

Vale a dire, infatti, che la depenalizzazione prospettata non potrebbe mai essere limitata alle cd. droghe leggere, ma, per non venire fondatamente sospettato di incostituzionalità (art. 3 Cost.), dovrebbe, invero, finire per coinvolgere naturalmente anche le droghe pesanti.

Non è, infatti, per nulla, pensabile che si possa creare una situazione di doppio binario, in base alla quale la cessione gratuita di marijuana od hashish possa andare esente da sanzioni penali ed una analoga condotta, avente ad oggetto altre tipologie di sostanze (eroina, cocaina etc.) debba, invece, essere punita.

Non sarebbe, infatti, sufficiente a giustificare una scelta - che potrebbe venire accusata di irragionevolezza - la diversa pericolosità ed offensività delle singole sostanze.

Né adeguata giustificazione a tale tesi, (od elemento di discriminazione in favore dei derivati della

cannabis), potrebbe mai essere ravvisato nella evocazione della citata dottrina della dimensione sociale del consumo degli stupefacenti.

Tale teoria, infatti, postula una condivisione (o cessione) che “**può avvenire con altri consumatori della stessa cerchia sociale**”, condizione, quindi, una situazione che risulta assolutamente applicabile anche alle droghe pesanti².

L'opinabile considerazione finale di principio, per cui la condotta di cessione non rientra nei canoni della cd. commercializzazione, ove apparentemente gratuita ed intercorrente fra soggetti del medesimo background, rafforza in chi scrive il convincimento che non si possano rinvenire elementi di comunanza - a fini esimenti - fra cessione e coltivazione.

La coltivazione, infatti, appare fenomeno che ontologicamente può essere circoscritto alla sola cannabis, posto che tale attività è l'unica forma di coltura che permette di ottenere - in forma naturale ed al termine di ciclo di germinazione - un prodotto che possa fornire effetti stupefacenti, senza ulteriori interventi o passaggi di raffinazione chimica.

Dunque, tale caratteristica esclude a priori l'estensione di particolari e specifici elementi argomentativi alle droghe cd. pesanti.

Affrontando lo specifico tema della coltivazione, va sottolineato come l'Autore abbia, invece, assunto una posizione del tutto condivisibile e coerente.

Viene posta particolare attenzione su tre direttrici fondamentali :

1. la importanza del tema dell'offensività della condotta.

Il concetto di offensività è stato, infatti, valorizzato - anche se non adeguatamente sviluppato - con la nota pronuncia delle SS.UU. del 10 luglio 2008 n° 28605, peraltro, troppe volte interpretata e considerata, in giurisprudenza, riduttivamente solo in relazione ad alcuni suoi passaggi in cui si afferma la sanzionabilità della coltivazione, qualunque sia la tipologia della condotta, superando la distinzione elaborata fra coltura "domestica" e coltura "agraria".

Per completezza si deve osservare, poi, che l'argomento dell'offensività ha avuto un decisivo favorevole impulso con la successiva sentenza della Sesta Sezione n. 33835 dell'8 aprile/30 luglio 2014 - già ricordata - che lo ha individuato e classificato come elemento centrale e catalizzatore per formulare il giudizio di liceità della condotta coltivativa, quando quest'ultima possa presentare caratteri - sia oggettivi, che soggettivi - di destinazione del prodotto all'uso personale.

2. La opinabilità della teoria che inquadra la coltivazione come reato di pericolo presunto.

Questa scelta ermeneutica appare opinabile ed arbitraria.

Essa vulnera, infatti, gravemente il diritto di difesa, e svuota di significato qualsiasi rivendicazione di consumo personale del prodotto della coltivazione.

Particolarmente significative e puntuali appaiono, poi, le considerazioni svolte nell'articolo in ordine all'assenza di giustificazioni plausibili alla scelta di fissare ermeneuticamente una soglia di sanzionabilità del tutto anticipata.

Rileva acutamente, infatti, l'Autore che non si possono, certo, evocare proficuamente, per legittimare il pericolo presunto, né la tutela della salute, né la lotta alla diffusione e circolazione delle sostanze.

3. La necessità di inserire la coltivazione nella categoria della condotte precedenti e propedeutiche al consumo personale.

Questo argomento mi pare, poi, assai pregevole perchè coniuga sia le linee direttrici contenute nella direttiva 757/GAI/2004, (che in Italia è stata malamente interpretata al solo uso e consumo degli indirizzi repressivi e proibizionisti), sia un dato di fatto pacificamente ormai consolidato - ma opinabilmente disatteso e smentito dalla citata sentenza SS.UU. n.28605/2008 -, comportando il recupero e la rivalutazione di un principio proposto da SS.UU. 28 maggio 1997 n. 4 Jacolare.

Questa sentenza, infatti, collocando l'uso personale al centro dell'illecito amministrativo - di cui all'art. 75 dpr 309/90 - ha dedotto un naturale corollario ("**non ha rilevanza penale quanto immediatamente precede il consumo personale, cioè l'antecedente dell'assunzione**") rispetto al quale non si può affatto escludere la coltivazione.

Quest'ultima risulta, pertanto, - per il coltivatore/assuntore - una forma di acquisizione e di possesso qualificato, diverso dall'acquisto in senso stretto.

Come tale, essa appare ancor meno pericolosa della detenzione personale di stupefacenti a seguito di acquisto, ove si operi una valutazione incentrata sulla valenza penale dei presupposti acquisitivi.

E', infatti, pacifico che la persona che acquista per un uso personale da un pusher, volente o nolente, alimenta il mercato clandestino e favorisce i proventi di attività criminali.

Tale, situazione non viene replicata da chi coltivi per sé, il quale si pone in una oggettiva condizione di estraneità totale e di ultroneità rispetto alle attività di spaccio e circolazione illecita di stupefacenti da parte della criminalità - organizzata o meno poco conta -.

Va, poi, riaffermata un'ulteriore critica alla SS.UU. n. 28605/2008, laddove la sentenza evocava come principio distintivo fra coltivazione e detenzione (giustificando solo per quest'ultima condotta il valore scriminante della destinazione ad uso personale dello stupefacente) la circostanza che il detentore eserciti un controllo costante, continuo e diretto sul prodotto dal momento in cui viene a possederlo materialmente, circostanza che non si rinverrebbe nella coltivazione.

Si tratta di un'affermazione sorprendente e spiegabile solo con una superficiale ed approssimativa conoscenza del fenomeno coltivativo, il quale palesa, invece, l'esatto opposto di quanto asserito dal S.C..

Il coltivatore/assuntore, infatti, non solo entra in possesso del prodotto della coltivazione, raccogliendo le infiorescenze mature, ma segue tutto l'iter di sviluppo delle piante.

Dunque, alla luce delle considerazioni che precedono, emerge che la attività di coltivazione postula un controllo da parte dell'agente, che inizia (con la semina) ben prima della fase finale del raccolto, il quale costituisce il momento nel quale il coltivatore/assuntore diviene detentore/assuntore.

Parimenti il rilievo dell'impossibilità di determinare a priori il quantum che verrà prodotto - a fronte della quantità certa che viene rinvenuta nella disponibilità del detentore - costituisce un elemento privo di decisività in presenza di una coltivazione di dimensione limitate e di una situazione di consumo personale del coltivatore.

** ** *

E', poi, necessaria un'ulteriore osservazione.

Il carattere dichiaratamente plurioffensivo dei reati in materia di stupefacenti (dottrina e giurisprudenza appaiono concordi nell'individuare la salute e la sicurezza dei cittadini, nonché la tutela dell'ordine pubblico come elementi presidiati dal complesso normativo di cui all'art. 73 dpr 309/90) genera, invero, una situazione di sostanziale incertezza, quando si dia corso ad un'indagine tesa ad individuare quale sia l'effettivo bene giuridico salvaguardato.

Obbiettivamente appare assai opinabile, alla luce del compendio normativo ora vigente - che riconduce il consumo all'illecito amministrativo previsto dall'art. 75 dpr 309/90 - sostenere che una delle principali preoccupazioni del legislatore sia stata (e sia tuttora) la difesa della salute dei cittadini.

Chiunque si rende agevolmente conto della circostanza che se tra i beni giuridici garantiti fosse veramente compresa la salute, non sarebbe accettabile l'esclusione dal novero della sanzionabilità penale delle condotte di detenzione, di importazione, di esportazione e di acquisto, ove esse risultino connotate dalla scriminante dell'uso personale.

Continuare a propugnare la tesi della protezione della salute, altro non significa che incorrere in una palese contraddizione in termini.

Rimangono, dunque, più plausibilmente proponibili quali scopi che legge persegue, la sicurezza dei cittadini e la tutela dell'ordine pubblico.

Ad avviso di chi scrive questi due specifici fini non paiono, comunque, in grado di giustificare la scelta legislativa di determinare un'anticipazione della soglia di punibilità della condotta coltivativa.

Entrambi, infatti, presuppongono un denominatore comune e cioè che sia ravvisabile in concreto nell'azione coltivativa - oggetto di disamina - il requisito dell'offensività onde potere farla rientrare nell'alveo della illiceità (recependo così i principi sanciti da Corte Costituzionale n. 360/1995).

Dunque, appare fondamentale che la valutazione del giudice si ispiri al principio dell'offensività concreta intesa quale evoluzione del principio costituzionale di legalità, ricusando forme interpretative che riconnettano al complesso normativo portato dall'art. 73 dpr 309/90, nella parte che sanziona la coltivazione, una pura funzione di tutela preventiva, tale da polverizzare qualsiasi garanzia difensiva in favore del cittadino indagato/imputato.

Né si può pensare che sia possibile continuare nell'applicazione di forme di presunzione sostanzialmente iuris tantum (sovente, però, addirittura catalogate come iuris et de iure) che individuano la coltivazione in sé come condotta illecita.

Si provocherebbe, così, non solo un'inammissibile inversione dell'onere della prova - dall'accusa alla difesa - e finendo, così, per qualificare la scriminante dell'uso personale di sostanze stupefacenti come una vera e propria causa di giustificazione, ma si fornisce un commodus discessus per quegli orientamenti giurisprudenziali proibizionisti, del tutto refrattari a qualsiasi evoluzione interpretativa ed arroccati al giudizio di potenzialità drogante delle singole piante.

Lo stato dell'arte può essere definito un vero e proprio "work in progress", dove ci si trova ad affrontare un vero e proprio saliscendi, degno delle montagne russe, per la aleatorietà e la mutevolezza delle pronunzie giurisprudenziali.

Si deve, infatti, rilevare che pur in presenza di una sempre più consolidata posizione giurisprudenziale di merito - che pone al centro del proprio giudizio di offensività, la dimensione della coltivazione e la destinazione del prodotto al soddisfacimento personale del coltivatore (V. ex plurimis la sentenza del GUP

di Ravenna del 25 settembre 2014) - e di significative aperture della S.C. (sentenza n. 33835/14), permangono serie resistenze interpretative, di cui non solo la sentenza n. 18504, ma anche altra recente (6 novembre 2014) - sempre della Quarta Sezione - e contrassegnata dal n. 52662/14 sono palesi espressioni.

1L'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

2E' esperienza forense e giudiziaria incontrovertita quella del passaggio della medesima siringa fra più assuntori di eroina, oppure quella dell'assunzione comunitaria della stessa dose di cocaina da parte di più persone partecipanti a feste e festini.

<https://www.diritto.it/la-coltivazione-di-piante-di-cannabis-non-puo-essere-accostata-alla-cessione-gratuita-di-modiche-dosi/>