

# **COLTIVAZIONE DI PIANTE DA CUI SONO RICAVABILI SOSTANZE STUPEFACENTI.**

*Enrico Contieri*



*Prima lettura di Cass. SS.UU., 19 dicembre 2019 (dep.16 aprile 2020), n.12348*

1. A distanza di dodici anni, le Sezioni Unite della Cassazione sono tornate a pronunciarsi sui confini di liceità delle condotte di coltivazione di piante da cui sono ricavabili sostanze stupefacenti, affermando che “il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell’immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all’ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell’ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all’uso personale del coltivatore”.

L’affermazione della piena liceità – come si vedrà anche amministrativa – delle forme di coltivazione di tipo domestico destinate al consumo personale rappresenta una conclusione, in parte inaspettata, antitetica rispetto ai precedenti arresti *Di Salvia* e *Valletta* del 2008, e la riscoperta di un’opzione interpretativa neppure adombrata dall’ordinanza di rimessione, che ad avviso di chi scrive va salutata, come meglio si dirà, con estremo e incondizionato favore.

Illustreremo di seguito la questione rimessa alle Sezioni Unite e le principali argomentazioni sottese a tale radicale *revirement*, per limitarci poi a qualche osservazione a primissima lettura, riservando ad un secondo momento una più approfondita riflessione, soprattutto in merito ad alcune considerazioni svolte dalla Suprema Corte in punto di offensività ‘in concreto’, che invero suscitano qualche perplessità di ordine sia teorico che applicativo.

2. Com’è noto, il tema su cui le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunciarsi dalla terza Sezione della Cassazione con l’ordinanza n. 35436/2019 riguardava non già la rilevanza penale della coltivazione di tipo domestico, bensì il contenuto e le modalità della verifica di offensività in concreto di tale condotta, su cui, a seguito delle sentenze del 2008, la Sezione aveva rilevato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

L’ordinanza di rimessione muoveva invero dal principio di diritto ormai (almeno, come meglio si dirà, in tesi) consolidato, espresso dalle Sezioni Unite *Di Salvia*, secondo cui è punibile ai sensi dell’art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 qualsiasi condotta di coltivazione di piante conformi al tipo botanico vietato, a nulla rilevando la natura domestica della stessa e la destinazione al consumo esclusivamente personale della sostanza, ferma restando la necessaria verifica di offensività in concreto della condotta, vale a dire l’accertamento circa “l’idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile”.

Ebbene, proprio sull'ampiezza di tale ultimo sindacato a partire da quella pronuncia si erano contrapposti due distinti orientamenti.

Per un primo indirizzo, la condotta di coltivazione sarebbe connotata da una concreta offensività ogni qualvolta la pianta, per grado di maturazione, abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante e l'attività in questione, per le sue caratteristiche, sia idonea ad offendere concretamente la salute pubblica e a favorire la circolazione della droga, alimentandone il mercato.

Per un secondo orientamento, invece, la verifica di offensività della condotta consisterebbe nell'accertamento dell'idoneità soltanto potenziale della pianta a produrre sostanza per il consumo, e dunque della sua attitudine, anche tenuto conto delle modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, a nulla rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza.

Ciò premesso, la terza Sezione chiedeva dunque alle Sezioni Unite di pronunciarsi sul seguente quesito: "Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, è sufficiente che la pianta sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato".

3. Prima di esaminare più da vicino la risposta fornita dalle Sezioni Unite, ci pare opportuno chiarire sin da ora un aspetto essenziale del contrasto.

Innanzitutto, all'ambito del primo degli orientamenti esposti (nonché secondo nella concreta formulazione del quesito) è da ricondurre una serie non del tutto omogenea di pronunce. Infatti, se pure i requisiti di offesa dell'idoneità a produrre effetto drogante nell'immediatezza e dell'idoneità ad alimentare il mercato vengono prospettati nell'ordinanza di remissione quali elementi sempre richiesti in via cumulativa, in verità non sempre le pronunce della Corte riconducibili al primo degli orientamenti illustrati, pur caratterizzate dalla comune esigenza di valorizzare maggiormente il significato di offesa della condotta di coltivazione, attribuiscono eguale peso a tali requisiti: essi vengono infatti variamente combinati nelle diverse decisioni, giacché in alcune sembra essere valorizzato maggiormente il grado di maturazione delle piante o comunque la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, in altre l'estensione della coltivazione o addirittura l'eventuale destinazione al consumo personale, ed in altre ancora entrambi tali requisiti, peraltro non di rado inscindibilmente connessi<sup>[1]</sup>.

Al di là di tale aspetto, peraltro, un dato deve essere subito chiaro: il primo degli orientamenti esposti, più incline a valorizzare a fondo l'effettivo significato del principio di offensività (nel suo aspetto concreto, o

dommatico), consentiva di giungere per altra via – pur nell’astratta adesione al *dictum* della pronuncia *Di Salvia* – all’esclusione della rilevanza penale delle condotte di coltivazione domestica di minima entità e/o destinate al consumo personale, attribuendo così rilevanza sul piano dell’offesa a quella distinzione che tale pronuncia aveva considerato irrilevante sul piano della tipicità. Ed invero, richiedere, ai fini della realizzazione dell’offesa, la necessità che la pianta abbia raggiunto un grado di sviluppo tale da consentire nell’immediatezza l’estrazione di principio attivo sufficiente a determinare un apprezzabile effetto drogante significava escludere la rilevanza penale delle fasi iniziali della coltivazione e scongiurare un’eccessiva anticipazione della tutela a momenti quanto mai lontani dal reale e attuale pericolo per il bene oggetto di tutela; richiedere, invece, che la condotta sia idonea ad alimentare il mercato significava escludere la rilevanza penale delle coltivazioni di modeste dimensioni, e/o comunque finalizzate al consumo personale.

4. Nel rispondere al quesito, le Sezioni Unite muovono da una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività, nella sua accezione astratta (o politico-criminale), quale vincolo costituzionale rivolto al legislatore nella selezione dei beni penalmente tutelabili e nella modulazione delle tecniche di tutela; e nella sua accezione concreta (o dommatica), quale criterio interpretativo rivolto al giudice, ancorato al reato impossibile per inidoneità dell’azione di cui all’art. 49, comma 2, c.p., secondo la c.d. concezione realistica del reato.

Sul punto, la Corte correttamente ricorda come, ad un rigoroso *self-restraint* in ordine al primo aspetto dell’offensività, ritenuto per lo più giustiziabile nei limiti della manifesta irragionevolezza dell’opzione legislativa di incriminazione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 62/1986 ha fatto storicamente da *pendant*, spesso grazie allo strumento delle sentenze interpretative di rigetto, un largo ricorso al secondo, talvolta ancorato alla figura del reato impossibile, talaltra considerato quale “canone interpretativo universalmente riconosciuto” ed implicito nel sistema.

In ogni caso, peraltro, tale principio è sempre stato elevato dalla Corte a criterio, di natura sostanziale, che deve guidare il giudice nel momento applicativo della fattispecie penale, considerando punibili solo quei fatti che, anche in concreto, presentino un carattere offensivo del bene giuridico tutelato in astratto dalla norma incriminatrice ed espungendo dall’area di rilevanza penale tutti quelli che, invece, pur essendo in astratto conformi alle note descrittive di una fattispecie legale di reato, si rivelino inidonei, in concreto, a ledere o porre in pericolo il bene da essa tutelato.

Tanto chiarito, la decisione in commento ricorda che nelle pronunce della Corte costituzionale il principio di offensività ha sempre trovato grande spazio proprio in materia di stupefacenti, ed in particolare in materia di coltivazione.

Infatti, la problematica della rilevanza penale delle condotte di coltivazione finalizzate all'autoconsumo è stata oggetto di attenzione della Corte sin dall'indomani del *referendum* abrogativo del 1993, che aveva espunto il riferimento alla "dose media giornaliera".

Con la sentenza n. 443/1994 la Corte costituzionale si pronunciò, infatti, una prima volta in merito alla ragionevolezza del diverso trattamento tra la condotta di coltivazione destinata al consumo personale e quella di detenzione. La Corte, in quell'occasione, ritenne inadeguata la motivazione del giudice *a quo* circa l'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione, osservando che, proprio alla luce dell'esito del *referendum*, le condotte di coltivazione destinate all'autoconsumo ben avrebbero potuto essere ascritte non già alla nozione di "coltivazione", bensì a quella di "detenzione", sul presupposto dell'ampiezza della clausola "o comunque detiene" impiegata dal legislatore.

Com'è noto, tuttavia, tale interpretazione adombrata dalla Corte costituzionale fu immediatamente esclusa dalla giurisprudenza ordinaria, soprattutto di legittimità, sicché la questione fu ben presto riproposta.

Con la nota sentenza n. 360/1995, preso atto del "diritto vivente" *medio tempore* formatosi sul punto, la Corte costituzionale, in linea con il suddetto orientamento di prudenza circa il sindacato di offensività e ragionevolezza delle scelte legislative in materia penale, rigettò la medesima questione, ritenendo *ex se* non irragionevole la disparità di trattamento tra la condotta di coltivazione e quella di detenzione finalizzate al consumo personale. La Corte osservò infatti che mentre quest'ultima condotta (analogamente a quelle di acquisto e importazione) è caratterizzata da un nesso di immediatezza con l'uso personale, sicché il legislatore, nel creare una "cintura protettiva" del consumo ed evitarne la criminalizzazione, ha ragionevolmente optato per l'illiceità soltanto amministrativa delle stesse, la condotta di coltivazione non è egualmente caratterizzata da tale nesso di immediatezza, giustificandosi così il ricorso alla tutela penale.

La Corte osservò, inoltre, che anche sotto il profilo dell'offensività la condotta di coltivazione sarebbe caratterizzata, almeno nella maggior parte dei casi, da una maggiore attitudine offensiva rispetto a quella di detenzione, attesa la sua normale idoneità ad aumentare la provvista di droga in circolazione; per tali ragioni, risulterebbe non arbitrario il ricorso da parte del legislatore allo schema del pericolo presunto<sup>[2]</sup>.

Infine, la Corte ribadì ancora una volta – e anche su questo aspetto, in totale conformità con la propria precedente giurisprudenza – la centralità, anche in tale categoria di reati, dell'aspetto concreto dell'offensività, limpidamente espresso dall'art. 49, comma 2, c.p., il cui apprezzamento è dunque rimesso al giudice ordinario, tenuto in definitiva a stabilire la fisionomia della condotta di "coltivazione" punibile e, con essa, la riconducibilità al paradigma legale delle forme di coltivazione di modesta entità, destinate all'autoconsumo.

Ancora, le Sezioni Unite ricordano come sulla medesima questione la Corte costituzionale sia nuovamente

intervenuta con la sentenza n. 109/2016, ribadendo ancora una volta la non irragionevolezza del diversificato trattamento tra le condotte di coltivazione e di detenzione, pur ove egualmente finalizzate all'uso personale, e dunque la piena legittimità della scelta legislativa sottesa alla parificazione di quest'ultima alle condotte logicamente incompatibili con l'uso personale (quali la vendita, la cessione, distribuzione *et similia*) e a quelle apparentemente neutre, che tuttavia presentano attitudine ad innescare un meccanismo di produzione di nuove disponibilità di droga.

Anche in quell'occasione, peraltro, la Corte ha chiarito che, tale essendo la *ratio*, di per sé non arbitraria, sottesa alla scelta legislativa del diverso trattamento tra le condotte di coltivazione e di detenzione, spetta ancora e pur sempre al giudice ordinario stabilire se la singola condotta di coltivazione sottoposta al suo vaglio, per le sue intrinseche caratteristiche, sia o meno idonea ad offendere i beni giuridici della salute pubblica, dell'ordine e della sicurezza pubbliche, della salvaguardia delle nuove generazioni, anche stavolta espressamente individuati – sulla scorta dei precedenti arresti, anche di legittimità – quali oggetti di tutela delle norme penali in materia di stupefacenti.

5. La Corte passa, a questo punto, a ripercorrere la giurisprudenza di legittimità formatasi in ordine alla nozione di coltivazione penalmente rilevante, soffermandosi ad illustrare gli argomenti adottati dalle Sezioni Unite *Di Salvia* a sostegno della propria soluzione rigoristica.

Com'è noto, il problema della parificazione di tutte le condotte di coltivazione si era riproposto in seguito alla novella del 2006, allorché la sesta Sezione della Cassazione, con un'articolata pronuncia (sent. n. 17983 del 18/1/2007, Notaro) aveva nuovamente messo in discussione la rilevanza penale delle condotte di coltivazione destinate al consumo personale, sul presupposto della loro riconducibilità non già alla nozione di coltivazione, bensì (valorizzando la clausola di salvezza "...o comunque detiene", contenuta nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990) a quella di detenzione, giungendo così a distinguere la coltivazione in senso "tecnico-agrario", sempre punibile se posta in essere in assenza di autorizzazione, da quella di tipo "domestico".

Com'è noto, le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi nel 2008 sul contrasto sorto a seguito di alcune decisioni che si erano poste sulla scia della sentenza Notaro, negarono cittadinanza a tale distinzione, adducendo una serie di argomenti.

Un primo, di natura letterale, faceva leva sulla circostanza che il legislatore aveva impiegato il termine "coltivazione" senza menzionare in alcun modo tale distinzione, e che neppure in seguito alla novella del 2006 era intervenuto sull'art. 75 del Testo Unico, inserendovi la condotta di coltivazione.

Con un secondo argomento, di natura sistematica, le Sezioni Unite ribaltarono – per dir così – un rilievo

proposto dalla sentenza Notaro. Ritennero infatti che la circostanza che gli artt. da 27 a 30 del d.P.R. n. 309/1990, nello stabilire i presupposti di rilascio dell'autorizzazione amministrativa alla coltivazione, facciano riferimento all'indicazione delle "particelle catastali", alla "superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione", alle modalità di vigilanza, raccolta e produzione delle "coltivazioni autorizzate", alle "quantità consentite", nonché alla disponibilità dei locali per la raccolta dei prodotti, non significherebbe affatto che, ove tali requisiti difettino, e dunque le attività di coltivazione non siano suscettibili neppure in astratto di essere autorizzate, queste ultime possano per ciò solo considerarsi lecite.

Ancora, valorizzando alcuni rilievi della Corte costituzionale, le Sezioni Unite addussero un terzo argomento di tipo sostanzialistico, fondato sul presupposto della diversità ontologica ed assiologica tra la coltivazione e la detenzione, e della mancanza, nella prima, del nesso di immediatezza con il consumo, nonché della sua (invero soltanto astratta) idoneità a creare nuove quantità non predeterminate (o comunque difficilmente predeterminabili) di stupefacente.

Tuttavia, facendo proprio il costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, le Sezioni Unite ribadirono che, ferma restando la natura di reato di pericolo presunto della coltivazione di sostanze stupefacenti e l'equiparazione legale tra la coltivazione domestica e quella tecnico-agraria, restava fermo il compito del giudice di merito di verificare in concreto l'offensività della singola condotta sottoposta al suo vaglio, ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante.

A questo punto, le Sezioni Unite ricordano come proprio su tale ultimo aspetto sia sorto il dibattito giurisprudenziale: dopo aver esposto il quesito rimessole e le principali pronunce riconducibili all'uno e all'altro orientamento, le Sezioni Unite osservano che, a ben vedere, il contrasto giurisprudenziale risulta ben meno marcato di quanto prospettato dall'ordinanza di rimessione, giacché in molteplici occasioni le sentenze richiamate, pur con diverse sfumature argomentative, giungono ad esiti pratici sostanzialmente sovrapponibili: e ciò sarebbe dovuto "all'oggettiva ambiguità dello stesso concetto di incremento del mercato, legata sia alla sua intrinseca vaghezza, sia alle difficoltà di accertamento dovute al suo carattere clandestino, in relazione al quale vi è una sostanziale impossibilità di avere a disposizione dati certi e verificabili". Piuttosto, prosegue la Corte, l'analisi della giurisprudenza farebbe emergere una certa confusione in ordine ai presupposti e ai limiti applicativi della fattispecie di coltivazione, su cui ritiene necessario fare chiarezza. In definitiva, ad avviso delle Sezioni Unite "la Sezione remittente auspica... una definizione di paradigmi ricostruttivi che possano valere in relazione alla coltivazione 'domestica', di entità oggettivamente modesta".

Così facendo, dunque, la Corte prende di fatto le distanze dal quesito di diritto espressamente rimessole e, in modo del tutto inaspettato, ripensa *in radice* la soluzione adottata dalla sentenza *Di Salvia*, considerato punto fermo dall'ordinanza di rimessione.

6. La Corte muove dal presupposto teorico – a suo dire, propugnato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, soprattutto dalla sentenza Corte cost. n. 360/1995 e dalla pronuncia *Di Salvia* – di una netta distinzione tra le categorie della tipicità e dell'offensività, passando ad analizzarne partitamente gli elementi costitutivi nel delitto di coltivazione di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990.

Alla luce di tale premessa, osserva, dunque, che appartengono al piano della tipicità del reato di coltivazione di piante da cui siano estraibili sostanze stupefacenti: 1) la conformità della pianta al tipo botanico vietato, 2) la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente, nonché, ovviamente, 3) la condotta di coltivazione.

La Corte chiarisce subito di voler prendere nettamente le distanze dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza *Di Salvia* in punto di parificazione, sul piano dell'astratta rilevanza penale, di tutte le condotte di coltivazione non autorizzate, a prescindere dalle loro caratteristiche dimensionali e dalla eventuale destinazione ad uso personale della sostanza. Nel far ciò, tuttavia, le Sezioni Unite respingono al contempo anche l'idea, propugnata dalla sentenza *Notaro*, della riconducibilità della coltivazione per uso personale alla nozione di detenzione. Ribadiscono, invece, la netta demarcazione logica, assiologica e giuridica tra l'una e l'altra, e la conseguente chiara scelta di rigore operata dal legislatore nel momento in cui ha diversificato i limiti di rilevanza penale di ciascuna di esse, espungendo dalla 'cintura protettiva' del consumo la coltivazione e anticipando significativamente la tutela a stadi ben più lontani da un concreto pericolo per la salute; ciò che, a giudizio della Corte, implicherebbe inevitabilmente – come a breve si dirà – proprio la diversa rilevanza accordata alla verifica di offensività in concreto a seconda dello stadio di avanzamento della coltivazione: diversamente opinando, si finirebbe infatti per "scontrarsi" e porsi "in rotta di collisione" con la "chiara scelta del legislatore di punire ogni forma di produzione di stupefacenti, se necessario, anticipando la tutela al momento in cui si manifesta un pericolo presunto per la salute".

Nondimeno – ed anzi proprio in ragione di tale scelta di rigore – è la stessa nozione giuridica di coltivazione a dover essere circoscritta per dare spazio alla distinzione tra coltivazione 'tecnico-agraria' e 'coltivazione domestica': soltanto la prima, infatti, sarebbe riconducibile al paradigma legale dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990: "L'irrilevanza penale della coltivazione di minime dimensioni, finalizzata esclusivamente al consumo personale, deve, in altri termini, essere ancorata, non alla sua assimilazione alla detenzione e al regime giuridico di quest'ultima, ma, più linearmente, alla sua non riconducibilità alla definizione di coltivazione come attività penalmente rilevante", alla luce di un'interpretazione restrittiva della fattispecie, ritenuta appunto dalla Corte vieppiù necessaria alla luce della sua natura di reato di pericolo presunto.

A sostegno di tale soluzione la Corte adduce innanzitutto l'argomento sistematico, addotto già dalla sentenza

*Notaro* – e poi ribaltato dalla sentenza *Di Salvia* – secondo cui i parametri stabiliti dagli artt. da 27 a 30 del d.P.R. n. 309/1990 per il rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione (che, come si è detto, fanno riferimento a requisiti quali l'indicazione delle particelle catastali, l'estensione della coltivazione, le quantità autorizzate, i locali per il deposito del raccolto) lascerebbero intendere che la nozione di coltivazione sottesa alla disciplina del Testo Unico, e dunque anche quella di cui all'art. 73, sia solo quella di tipo professionale, di dimensioni apprezzabili e per finalità commerciali, e non anche quella di tipo domestico, invece liberamente attuabile senza alcun tipo di autorizzazione.

Ciò sarebbe confermato da un argomento di tipo assiologico e teleologico, giacché soltanto la coltivazione in senso tecnico-agrario è "susceptibile di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti", mentre quella di tipo domestico è caratterizzata "per definizione" da una produttività ridottissima e, dunque "insuscettibile di aumentare in modo significativo la provvista di stupefacenti".

Tali essendo le *rationes* sottese all'esclusione dalla nozione di coltivazione punibile di quella di tipo domestico, la Corte osserva, a questo punto, che è essenzialmente il parametro della "prevedibilità della potenziale produttività" a dover orientare l'interprete nella riconduzione della singola condotta oggetto di accertamento all'una o all'altra categoria, e dunque nella distinzione tra "coltivazione penalmente rilevante, dotata di una produttività non stimabile a priori con sufficiente grado di precisione, e la coltivazione non penalmente rilevante, caratterizzata da una produttività prevedibile come modestissima".

Tale parametro, a sua volta, andrebbe ancorato ad ulteriori "presupposti oggettivi... che devono essere tutti compresenti", e cioè: la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, la rudimentalità delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore.

La Corte, infine, chiarisce la natura prettamente oggettiva della nozione di coltivazione domestica, osservando che la mera finalità soggettiva dell'agente di consumare personalmente la sostanza che verrà ricavata dalla pianta non è di per sé sufficiente ad escludere la rilevanza penale della condotta, ove questa non presenti oggettivamente le caratteristiche della coltivazione domestica, essendo necessario dunque che questa manifesti "un nesso di immediatezza oggettiva con l'uso personale".

Soltanto a questo punto le Sezioni Unite passano ad affrontare il contenuto della categoria dell'offensività – come si è detto ritenuta nettamente distinta da quella della tipicità – e cioè il tema centrale su cui era stata chiamata a pronunciarsi.

La Corte, ben cogliendo lo spirito – sopra evidenziato – dell'orientamento giurisprudenziale più incline a valorizzare l'accertamento dell'offensività in concreto, in via preliminare osserva che, una volta esclusa dal

novero delle condotte punibili la coltivazione di tipo domestico, l'aspetto dell'offensività risulta fortemente sdrammatizzato: infatti, l'esclusione delle coltivazioni di modeste dimensioni viene operata già – per dir così – a monte, sul piano della tipicità, sicché le uniche condotte di coltivazione penalmente rilevanti sono già di per sé normalmente caratterizzate da una forte carica offensiva, oltretutto maggiore rispetto a quelle della fabbricazione e della produzione, “perché l'attività di coltivazione è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi di stupefacente disponibili” e non richiede normalmente la disponibilità di speciali materie prime (già sottoposte esse stesse a rigido controllo alla fonte), ma soltanto di semi.

Ciò giustificerebbe, d'altro canto, l'opzione legislativa per la forma del pericolo presunto, atteso che la presunzione di pericolo sottesa a tale tipologia di incriminazione risponderebbe all'*id quod plerumque accidit*, “in quanto corrisponde alla normalità della pratica agricola la conseguenza dell'incremento della provvista esistente di stupefacente, idoneo ad attentare al bene della salute collettiva e dei singoli, creando in potenza maggiori occasioni di spaccio”.

Ancora, dalla qualificazione del reato in questione in termini di pericolo presunto la Corte fa discendere, poi, l'individuazione del bene giuridico tutelato nella sola “salute individuale o collettiva”, e non anche nella “sicurezza”, nell’“ordine pubblico”, nella “salvaguardia delle giovani generazioni” e/o nell’“impedimento dell'incremento del mercato degli stupefacenti”, come invece prospettato anche dall'ordinanza di rimessione. Proprio lo schema del reato di pericolo presunto, infatti, renderebbe superfluo il ricorso ai concetti di ‘sicurezza’, ‘ordine pubblico’ e di ‘mercato clandestino’, invero generici e soprattutto “privi di un collegamento sufficientemente diretto con quello della salute”, che è l'unico invece a trovare un diretto ancoraggio costituzionale nell'art. 32 Cost.; quanto alla ‘salvaguardia delle giovani generazioni’, a meno di non sconfinare sul piano dell'etica, esso non può che essere inteso quale ‘salvaguardia della salute delle giovani generazioni’.

Ciò premesso, la pronuncia passa finalmente ad illustrare più da vicino il contenuto e le modalità di accertamento dell'offensività in concreto, e dunque a dirimere il contrasto giurisprudenziale prospettato.

Sul punto, la Corte ritiene che la ricostruzione in termini di pericolo presunto del delitto in questione e la netta distinzione tra la nozione di coltivazione e quella di detenzione non consentano di ricostruire in termini unitari tale accertamento, ma portino necessariamente a declinare in modo differente il requisito dell'offensività della condotta a seconda del grado di sviluppo della condotta tipica.

Più specificamente, qualora il ciclo di maturazione delle piante sia già completato, la verifica dell'offensività consiste nell'accertamento dell'esistenza di una quantità di principio attivo sufficiente a produrre, nell'immediatezza, un apprezzabile effetto drogante, dovendosi escludere, in caso contrario, la rilevanza penale della condotta, in quanto in concreto inoffensiva del bene giuridico della salute.

Al contrario, nelle fasi iniziali della condotta di coltivazione, tale accertamento non può trovare adeguato

spazio proprio in ragione della natura di reato pericolo presunto della fattispecie incriminatrice in questione, che impedisce di considerare la condotta di coltivazione libera e lecita fino a quando non si abbia la certezza dell'effettivo sviluppo del principio attivo.

È chiaro, dunque, che la Corte opta per una ricostruzione eclettica dell'accertamento dell'offensività, propendendo per il primo degli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti allorché la condotta di coltivazione oggetto di giudizio si sia integralmente sviluppata giungendo alle fasi finali del ciclo di maturazione delle piante, e per il secondo di essi allorché invece la condotta si sia arrestata nella fase iniziale.

In definitiva, a giudizio della Corte, potranno portare all'esclusione dell'offensività della condotta (e dunque della sua rilevanza penale): nelle fasi iniziali della stessa, soltanto "un'attuale inadeguata modalità di coltivazione, da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale"; nel caso di prodotto ormai maturo, invece, un "eventuale risultato finale della coltivazione che non consente di ritenere il raccolto conforme al normale tipo botanico, ovvero abbia un contenuto in principio attivo troppo povero per la utile destinazione all'uso quale droga".

Il diverso contenuto dell'offesa a seconda dello stadio di sviluppo della condotta tipica è d'altronde confermato, a giudizio della Corte, dalla più volte ribadita netta autonomia concettuale tra coltivazione e detenzione: solo una così diversificata ricostruzione dell'accertamento dell'offensività consente, infatti, di rispettare la distinzione ontologica tra coltivazione e detenzione - "nel senso che può ontologicamente aversi coltivazione senza detenzione, cioè senza produzione in atto di sostanza stupefacente" - e di evitare (ciò che la Corte ritiene un'evenienza da scongiurare assolutamente, in quanto logicamente assurda) che la sussistenza del reato dipenda dallo stadio di avanzamento della coltivazione, e dunque dal dato, puramente casuale e contingente, rappresentato dal momento dell'accertamento.

Infine, proprio l'ampiezza della disposizione normativa, che fa esclusivo riferimento alla coltivazione senza ulteriori distinzioni, impone di considerare penalmente rilevanti tutte le fasi della stessa, dalla semina fino al raccolto, purché essa si svolga in condizioni tali da potersene prefigurare il positivo sviluppo. Il reato in questione è dunque "configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente".

In definitiva, e riassuntivamente, la Corte ritiene che debba concludersi per la mancanza di tipicità della condotta di coltivazione domestica dotata delle caratteristiche oggettive sopra indicate e finalizzata al consumo personale; e, per quanto concerne la coltivazione di tipo tecnico-agrario, per la mancanza di offensività soltanto allorché, *ex ante*, essa sia posta in essere con tecniche inadeguate, tali da far ritenere che

le piante non svilupperanno, in futuro, sostanza drogante; ovvero allorché, in caso di piante ormai mature, il raccolto non sia, *ex post*, conforme al tipo botanico, ovvero contenga un principio attivo inidoneo a determinare un apprezzabile effetto drogante.

Infine, la Corte chiarisce che la condotta di coltivazione di tipo domestico è pienamente lecita anche sul piano amministrativo, dal momento che non è espressamente menzionata dall'art. 75 del d.P.R. n. 309/1990; resta peraltro fermo che, una volta che essa sia terminata, e il prodotto della coltivazione, una volta maturo, costituisca effettivamente sostanza dotata di efficacia drogante, la detenzione da parte del coltivatore assumerà pieno rilievo sul piano amministrativo.

Al contrario, in presenza di una coltivazione penalmente rilevante, dovrà ritenersi in essa assorbita la successiva condotta di detenzione, quale logico e coerente sviluppo di essa, e dunque quale *post factum* non punibile.

7. Alla pronuncia in commento va riconosciuto l'indiscutibile merito di aver ripensato *in radice* l'approdo interpretativo precedente, conferendo piena cittadinanza nel sistema penale degli stupefacenti a quella distinzione tra diverse tipologie e forme di coltivazione già adombrata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 443/1994 e poi sostenuta da un minoritario orientamento. Il profilo di maggiore originalità della pronuncia consiste dunque nel superamento del formalismo legalistico sotteso alla scelta rigoristica del 2008, in favore di un'interpretazione teleologica della fattispecie penale, espressiva di un'opzione culturale volta a valorizzare l'aspetto sostanziale del reato e il suo significato oggettivo di disvalore, quale fatto offensivo di un bene giuridico meritevole di tutela.

Ad onta delle rassicurazioni della stessa Corte costituzionale, continuava invero a risultare evidente l'irragionevolezza di un trattamento diversificato tra la condotta di coltivazione finalizzata al consumo personale del prodotto, ritenuta sempre e comunque astrattamente punibile, e quella di detenzione della sostanza, punibile invece, per espressa disposizione normativa, solo se desinata ad uso non esclusivamente personale.

La Corte ha in definitiva sanato tale insostenibile aporia, facendo proprie, da un lato, le osservazioni critiche mosse dalla dottrina alla pronuncia *Di Salvia* per il suo formalismo legalitario e la pretermissione, nel momento interpretativo e applicativo delle fattispecie penali, di criteri di tipo assiologico orientati all'offensività; e andando incontro, dall'altro, a quella parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che, insofferente alla parificazione, sul piano della rilevanza penale, di ogni forma di coltivazione, aveva tentato di valorizzare proprio sul piano dell'offensività in concreto (espressamente fatto salvo, quasi a mo' di concessione, dalla pronuncia *Di Salvia*) quei medesimi criteri distintivi adottati dall'orientamento

minoritario a sostegno della distinzione, già sul piano della tipicità formale, tra coltivazione in senso 'tecnico-agrario' e coltivazione di tipo 'domestico'.

La sentenza in commento va, inoltre, vieppiù apprezzata per aver superato quegli orientamenti, anche autorevolmente sostenuti, volti ad accreditare, quali beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di stupefacenti, pseudo-oggettività giuridiche (o, per dirla con autorevole dottrina, 'concetti generali che non significano nulla e che fluttuano nell'aria'<sup>[31]</sup>) quali la 'sicurezza', l'ordine pubblico' o addirittura una non meglio identificata e moraleggiante 'salvaguardia delle giovani generazioni' e per aver chiarito che l'unico bene giuridico tutelato e tutelabile dalla disciplina penale in materia di stupefacenti, nell'ordinamento costituzionale italiano, è quello della salute, espressamente riconosciuto dall'art. 32 Cost..

Tale opzione interpretativa in punto di bene giuridico, a giudizio di chi scrive, risulta particolarmente apprezzabile non soltanto dal punto di vista della soluzione, ma anche sotto il profilo metodologico, dal momento che la ricerca di un'oggettività giuridica plausibile a fondamento (e giustificazione) della disciplina penale viene finalmente operata su di un piano squisitamente giuridico-costituzionale e con una chiara opzione di fondo a favore di una ricostruzione in termini personalistici dell'oggetto della tutela.

Entrambi tali profili costituiscono dunque un'indiscutibile conquista sul piano sia teorico che applicativo, di cui la giurisprudenza dovrà fare tesoro, e che si spera possa dischiudere nuovi orizzonti anche in diversi ambiti del sistema penale.

Nondimeno, alcuni aspetti della pronuncia in esame destano alcuni interrogativi e non secondarie perplessità che, lungi dal poter trovare un'appagante esposizione o soluzione in questa sede, verranno di seguito soltanto accennati.

Non appare, innanzitutto, pienamente convincente la netta presa di distanze della Corte dall'idea, sostenuta dalla sentenza *Notaro*, secondo cui la coltivazione finalizzata al consumo personale possa costituire una forma di detenzione ed essere così assoggettata al relativo regime giuridico.

Dal punto di vista teorico, invero, ciò è sostenuto dalla Corte alla luce di una distinzione, di tipo quasi 'ontologico' o naturalistico, invero difficilmente afferrabile da un punto di vista squisitamente semantico, logico-concettuale e giuridico, poiché è evidente che, per poter coltivare, è necessario innanzitutto detenere. Tale soluzione mostra oltretutto immediatamente i suoi limiti teorici allorché la stessa Corte, nell'argomentare l'estraneità della coltivazione in senso domestico alla nozione di coltivazione punibile in base all'art. 73 del Testo Unico, si limita a definirla – per dir così – soltanto in negativo, sfociando in una sorta di tautologia e ricostruendola quasi come una condotta a sé stante, dotata di caratteristiche intrinseche del tutto peculiari che non troverebbero spazio in alcuna delle categorie giuridiche previste dalla disciplina in materia di stupefacenti. D'altro canto, l'argomento assiologico (secondo cui la coltivazione sarebbe

intrinsecamente diversa dalla detenzione poiché, a differenza di questa, implica di per sé sempre l'aumento della provvista di stupefacente esistente *in rerum natura*), se risulta perfettamente coerente con l'impostazione livellatrice di tutte le forme di coltivazione, appare piuttosto implausibile allorché, nell'ambito della diversa impostazione che limita il concetto giuridicamente rilevante di coltivazione a quella tecnico-agraria, venga impiegato per sostenere l'ontologica distinzione tra detenzione e coltivazione ad uso strettamente personale: ed invero, sotto il profilo dell'idoneità ad aumentare la provvista di stupefacenti del mercato, non vi è a ben vedere alcuna differenza tra detenzione e coltivazione ad uso personale, poiché anche tale ultima condotta, analogamente alla prima, essendo finalizzata all'autoconsumo, non comporta alcuna immissione sul mercato di nuove quantità di stupefacenti, che rimangono nella sfera giuridica e nella disponibilità del solo 'coltivatore' domestico.

Dal punto di vista più strettamente applicativo, inoltre, una simile ricostruzione – che conduce necessariamente la Corte a ritenere la condotta di coltivazione per uso personale pienamente lecita anche dal punto di vista amministrativo – rischia di condurre, a ben vedere, ad esiti irragionevoli. Sul punto ci limitiamo ad osservare che risulterà difficile sostenere la ragionevolezza di un sistema normativo che comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa a chi detenga sostanza stupefacente per uso esclusivamente personale, e non anche a chi coltivi, per uso esclusivamente personale, piante da cui sia estraibile quella medesima sostanza; e ciò *a fortiori* alla luce dell'argomento teorico da cui si muove, vale a dire quello secondo cui la condotta di coltivazione, aumentando la provvista esistente di stupefacente, sarebbe connotata, almeno in astratto, da un disvalore maggiore rispetto a quella di detenzione.

Non convince, inoltre, la ricostruzione separata delle categorie della tipicità e dell'offensività, nell'ambito della quale non risulta peraltro del tutto chiara la collocazione della seconda nella sistematica del reato.

Non si ignora, ovviamente, che alcune delle elaborazioni teoriche della c.d. concezione realistica del reato, fondata su una non riduttiva lettura dell'art. 49, co. 2, c.p. quale mero doppiato negativo del tentativo inidoneo, hanno ricostruito la categoria dell'offesa quale una sorta di requisito aggiuntivo rispetto alla tipicità, fino a ricostruire talvolta il reato impossibile quale un'ipotesi normativa di 'scarto tra tipicità e offesa'.

Risulta, tuttavia, ben più convincente non soltanto dal punto di vista teorico, ma anche sul piano applicativo, la ricostruzione dell'offesa in termini di elemento costitutivo del fatto tipico, in mancanza del quale viene meno la stessa conformità al tipo di un fatto (storico), pur astrattamente e formalmente conforme alle note descrittive della fattispecie legale di un reato.

Non si tratta, peraltro, soltanto di una questione teorica, ed infatti i limiti applicativi della ricostruzione separata di tali categorie emergono subito con chiarezza proprio nella pronuncia in esame. È, infatti, la stessa Corte a sovrapporre ad un certo punto tali piani e a considerare l'(astratta) idoneità della condotta ad

offendere il bene tutelato dapprima quale elemento di tipicità e, poi, quale elemento di offensività, cadendo, così, in contraddizione. Più specificamente, in un primo momento, nel ricostruire la tipicità del delitto di coltivazione, la pronuncia individua quale requisito essenziale della stessa (peraltro richiesto da entrambi gli orientamenti giurisprudenziali in conflitto) 'l'attitudine della pianta, una volta giunta a maturazione, a produrre sostanza dotata di un apprezzabile effetto drogante'; in un secondo momento, nel ricostruire l'offensività della condotta di coltivazione, si osserva che questa deve essere esclusa, in caso di fasi iniziali della coltivazione, ove emerga un'attuale inadeguata modalità di coltivazione, da cui possa evincersi che la pianta non sarà in grado di realizzare il prodotto finale.

La verità, piuttosto, è che – come la stessa dottrina che per prima ha chiarito il reale significato dell'art. 49, co. 2, c.p. nella struttura del reato ha limpidamente osservato – l'azione tipica è esclusivamente l'azione idonea, sicché "il fatto tipico costitutivo di un reato si ha soltanto quando, insieme con le esteriori caratteristiche di una fattispecie legale, si riscontri altresì una effettiva capacità lesiva dell'azione posta in essere... L'elemento della lesione è così intimamente connaturato all'illecito, da non potersi riconoscere questo, ove manchi quello"<sup>[4]</sup>.

Infine, ma soprattutto, a non convincere è la diversa declinazione, operata dalla Corte, della verifica di offensività in concreto a seconda del diverso stato di avanzamento della coltivazione, e dunque l'adesione – per dir così – intermittente all'uno e all'altro orientamento giurisprudenziale in conflitto.

Rinviamo ad una più attenta riflessione osservazioni più approfondite, ci limiteremo a sottolineare alcuni aspetti problematici, che emergono da una primissima lettura.

Dal punto di vista teorico, sembra innanzitutto difficilmente sostenibile l'idea secondo cui la ricostruzione astratta, dal punto di vista del grado di pericolo, di una medesima condotta punibile, qual è quella di coltivazione (sia pure soltanto in senso tecnico-agrario) di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti, possa in ultima analisi dipendere dalla sua specifica e variabile manifestazione concreta.

Difficilmente comprensibile risulta, d'altro canto, la motivazione addotta dalla Corte a sostegno di una tale opzione ricostruttiva, vale a dire la preoccupazione – più volte ribadita nella pronuncia – di evitare che la rilevanza penale di una condotta possa dipendere dal momento del suo accertamento e dal suo stadio di avanzamento (e, dunque, in ultima analisi, dal maggiore o minore grado di offesa da essa prodotto al bene giuridico): ebbene, lungi dall'apparire una curiosa stranezza, ciò costituisce a ben vedere l'essenza stessa del principio di offensività, nonché l'opzione culturale di fondo di un diritto penale del fatto (e non dell'autore) in un ordinamento, come il nostro, di stampo saldamente oggettivistico.

Ma è proprio dal punto di vista applicativo che tale ricostruzione finisce per provare troppo e per incorrere, in realtà, esattamente nell'inconveniente che pretende di evitare. Infatti, nel diversificare la verifica di

offensività in concreto a seconda del dato, casuale e contingente, del momento dell'accertamento della condotta da parte della polizia giudiziaria, e dunque dello stato di avanzamento della coltivazione e di maturazione delle piante, si finisce per ricostruire la medesima fattispecie una volta (quando la condotta è pressoché terminata e la pianta è giunta a maturazione) in termini di pericolo astratto, o se si vuole astratto-concreto, e un'altra volta (nelle fasi iniziali della coltivazione e di sviluppo della piante) in termini di pericolo meramente presunto. Ma è così opinando che, in ultima analisi, si fa dipendere la punibilità della condotta – sotto il profilo dell'esclusione o meno dell'offesa – proprio dal momento dell'accertamento.

Infine, ci sembra che una siffatta ricostruzione risulti non soltanto poco in linea con le premesse da cui muove, ma soprattutto non del tutto ragionevole sul piano stesso dei risultati che in concreto raggiunge. Ed invero, essa finisce per dare maggiore spazio al requisito dell'offensività in uno stadio più avanzato della condotta (ad esempio, nel caso di una coltivazione ultimata), e dunque più prossimo alla lesione al bene – in tale ipotesi, infatti, andrebbe accertata l'idoneità delle piante a produrre nell'immediatezza un effetto drogante – rispetto a condotte che si collocano in uno stadio soltanto iniziale (ad esempio, nel caso della semplice messa a dimora dei semi), e dunque ben più lontano dalla lesione al bene, in relazione alle quali sarebbe invece sufficiente un giudizio meramente predittivo circa l'idoneità delle stesse, una volta giunte a maturazione, a produrre sostanza drogante, anche tenuto conto dell'idoneità delle tecniche di coltivazione (che, è appena il caso di rilevarlo, difficilmente potranno risultare inadeguate, trattandosi per definizione di coltivazione in senso tecnico-agrario).

In conclusione, va rilevato che, accanto a profili di indubbia e incondizionata meritevolezza, la pronuncia in commento sollevi alcune problematiche sulle quali sarà opportuno – ed anzi, la prassi applicativa renderà inevitabile – meditare a fondo.

Per il momento, ci si limita ad osservare che, dal punto di vista metodologico, sarebbe stato probabilmente più coerente fornire una risposta univoca al quesito di diritto sollevato, anziché aderire all'uno o all'altro degli orientamenti in conflitto a seconda dello stato di avanzamento della condotta: l'unicità della fattispecie impone una sua ricostruzione unitaria, a prescindere dalle forme del suo manifestarsi in concreto.

Nel merito, a giudizio di chi scrive, benché l'esclusione della rilevanza penale delle condotte di coltivazione di modesta entità e finalizzate all'autoconsumo possa contribuire sensibilmente a sdrammatizzare il problema, non può nascondersi qualche residua perplessità in ordine al ruolo tutto sommato marginale riservato all'offesa (in concreto) – e, in ultima analisi, al principio stesso di offensività – nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite.

Invero, a maggior ragione alla luce dell'opzione in senso monistico e personalistico circa il bene giuridico tutelato e tutelabile dal sistema penale delle incriminazioni in materia di stupefacenti, l'effettiva

valorizzazione del principio in questione e del suo ruolo centrale nel panorama dei principi costituzionali in materia penale avrebbe forse potuto condurre ad una ricostruzione unitaria dell'offesa nella struttura del delitto in questione, nel senso della necessaria sussistenza sempre, nel prodotto della coltivazione, di un quantitativo di principio attivo ricavabile nell'immediatezza idoneo a produrre un apprezzabile effetto drogante, con la conseguente esclusione della rilevanza penale di tutte quelle condotte di coltivazione (sia pure in senso tecnico-agrario) nella loro fase iniziale, in quanto (se pur potenzialmente offensive) ben lontane dal rappresentare un reale pericolo per la salute dei futuri assuntori della sostanza.

[1] In effetti, tale commistione di piani costituisce una chiara e naturale conseguenza della ricostruzione del delitto in questione quale plurioffensivo, in quanto posto a tutela non soltanto della 'salute', 'individuale e collettiva', ma anche della 'sicurezza' e dell'"ordine pubblico', nonché della 'salvaguardia delle giovani generazioni' (*sic!*), secondo l'impostazione risalente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 333/1991, perpetuata prima dalle Sezioni Unite *Kremi* del 1998, poi dalla pronuncia *Di Salvia*, infine ribadita dalla stessa giurisprudenza costituzionale anche nella più recente pronuncia n. 109/2016; impostazione che, come si vedrà, è stata meritoriamente abbandonata soltanto dalla pronuncia in commento.

[2] Com'è noto, la Corte costituzionale ha da sempre ritenuto la categoria dei reati di pericolo presunto di per sé non incompatibile con il principio di offensività, purché la presunzione di pericolo ad essa sottesa non sia irragionevole o arbitraria, ma si ricollegli all'"*id quod plerumque accidit*" (per tutte, proprio in materia di stupefacenti, sent. n. 333/1991).

[3] Così H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgütererschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 17 a proposito dell'impiego, nella designazione dei 'beni giuridici', di concetti vaghi e indeterminati, dotati di una scarsa capacità descrittiva e selettiva.

[4] Il riferimento è all'insuperato lavoro di C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 43.

[Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019 \(dep. 16 aprile 2020\), n. 12348](#)