



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



PARTICOLARE TENUTÀ DEL FATTO E COLTIVAZIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI

La causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. è compatibile con la condotta di coltivazione di piante idonee a produrre sostanze stupefacenti e psicotrope, nel caso in cui si esaurisca nella germogliazione di un seme e non si concretizzi in comportamenti seriali protratti nel tempo.

di **Armando Iadevaia**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 30 Ottobre 2019

Sommario: 1. Fondamento dell’istituto di cui all’art. 131 bis c.p. 2. Presupposti, ambito applicativo e natura giuridica 3. Applicabilità dell’art. 131 bis alla coltivazione di sostanze stupefacenti e psicotrope.

1. Fondamento dell’istituto di cui all’art. 131 bis

L’art. 131 bis c.p., introdotto dal d.lgs. n. 28/2015, delinea una causa di non punibilità di natura sostanziale. È pacifico che la disposizione in esame costituisce diretta applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, secondo la logica di “*extrema ratio*”, che contraddistingue il diritto penale.

Sul piano pratico, l’istituto risponde altresì ad una logica deflattiva, mirando a diminuire il carico del contenzioso giudiziario, attraverso l’esclusione della punibilità di fattispecie che, nonostante il superamento della soglia della tipicità, non giustificano l’irrogazione della pena ma piuttosto una sanzione civile finalizzata ad attuare la tutela risarcitoria. In altri termini, pur rimanendo il fatto in astratto penalmente rilevante, il modesto disvalore sociale che lo caratterizza in concreto fa venire meno l’interesse punitivo dell’ordinamento ^[1].

L’intervento legislativo in esame si innesta nell’ambito di una sequela di interventi normativi che hanno una chiara finalità di deflazione del carico giudiziario. L’art. 1, comma 1, lett. m), della l. 17 aprile 2014, n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, aveva infatti conferito la delega al Governo per “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell’offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l’esercizio dell’azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”. Con la medesima legge il legislatore aveva introdotto la sospensione del procedimento con messa alla prova – anticipando di una nuova tipologia di procedimenti “speciali” – così da dotare il giudice di misure idonee sfoltire le lungaggini processuali ma, al contempo, a soddisfare le esigenze di rieducazione e risocializzazione del condannato ex art. 27 co. 3 Cost.: reinserimento sociale dell’imputato, da un lato, soddisfazione della vittima del reato con apposite condotte riparative e risarcitorie, dall’altro^[2].

In misura simmetrica, il legislatore è intervenuto anche a livello processuale, prevedendo espressamente la particolare tenuità ex art. 131-bis c.p.c. quale ipotesi di archiviazione ex art. 411 c.p.p. e di proscioglimento predibattimentale ex art. 469 c.p.p., e disciplinando l’efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nell’ambito del giudizio civile o amministrativo, con l’introduzione del nuovo art. 651-bis c.p.p.

2. Presupposti, ambito applicativo e natura giuridica

La causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. ha una portata piuttosto ampia. L'esplicita limitazione dell'operatività dell'istituto è riservata ad alcune tipologie di reato, individuate sulla base all'entità della pena prevista e a connotati incompatibili con una particolare tenuità del fatto quali: motivi abietti o futili, crudeltà, sevizie, approfittamento della minorata difesa, causazione di morte o lesioni.

La cornice edittale costituisce il parametro preliminare per individuare l'ambito di applicazione della norma. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità, infatti, è limitata riservata ai reati consumati o tentati con limite edittale massimo uguale o inferiore ai cinque anni di reclusione o a reati per i quali la pena pecuniaria, prevista da sola o unitamente alla pena detentiva, non supera il limite dei cinque anni da calcolarsi attraverso i meccanismi di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.

Nei reati circostanziati, invece, ai fini della determinazione della pena, non vanno considerate ai sensi dell'art. 131 bis co.4 c.p., le circostanze comuni, ma esclusivamente quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale che non vanno tra loro bilanciate.

Qualora sussistano tali indici preliminari, La valutazione del giudice circa l'applicabilità o meno dell'istituto della particolare tenuità è subordinata alla verifica della sussistenza di un'offesa particolarmente tenue, avuto riguardo alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o pericolo, e della non abitualità del comportamento.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità^[3], in relazione al criterio della particolare tenuità dell'offesa, non può darsi un'offesa tenue o grave in chiave archetipica ma deve aversi riguardo alla concreta estrinsecazione del reato, di talché "l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile a qualsiasi reato che rientri nell'ambito della previsione astratta della norma, comprese le fattispecie caratterizzate da soglie quantitative minime per indicare la rilevanza del fatto o determinare la gravità dell'offesa del bene giuridico".

La particolare tenuità dell'offesa, più specificamente, è desumibile da elementi oggettivi e soggettivi quali: a) la natura, la specie, i mezzi, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione ex art. 133 c. 1 n. 1 c.p.; b) l'esiguità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato ex art. 133 c. 1 n. 2 c.p.; c) l'intensità del dolo o il grado della colpa art. 133 c. 1 n. 3 c.p.

Il legislatore, al fine di aiutare l'interprete nell'attività selettiva, ha ritenuto che l'offesa non è particolarmente tenue quando l'autore del reato ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà nei confronti di persone o animali ovvero ha adoperato sevizie o ha approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima tenuto conto della sua età o ha cagionato la morte o le lesioni personali gravissime ancorché quali conseguenze non volute, come specificato dall'art. 131-bis c. 2 c.p..

In ordine al secondo parametro, la non abitudine della condotta è stato progressivamente scandagliato dalla giurisprudenza. Come si evince dal testo normativo, il requisito in esame deve ritenersi escluso in ipotesi di delinquenza abituale, professionale o per tendenza dell'autore ovvero quando questi abbia commesso più reati della stessa indole, come nel caso in cui sia dichiarato recidivo reiterato e specifico, ovvero anche quando ciascun fatto singolarmente considerato sia di particolare tenuità, e qualora le condotte siano plurime, abituali e reiterate. Inoltre, la Suprema Corte^[4], distinguendo l'ipotesi del reato permanente da quella del reato continuato, ha ritenuto che la condotta persistente, caratterizzata dalla protrazione nel tempo dell'offesa al bene giuridico protetto, non è di per sé ostativa alla concessione del beneficio qualora sia soddisfatto il criterio della particolare tenuità dell'offesa, nella consapevolezza che la sussistenza ne risulterà tanto più difficilmente rilevabile quanto più tardi sia cessata la stessa permanenza. Nella medesima pronuncia, la Suprema Corte ha chiarito che la preclusione dell'abitudine del comportamento non opera nel concorso formale di reati, caratterizzato da una unicità di azione od omissione, che in quanto tale si pone in termini strutturalmente antitetici rispetto alla nozione di "condotte plurime, abituali e reiterate", mentre potrebbe rilevare rispetto ai "reati della stessa indole".

Tanto chiarito sul piano strutturale, i dubbi della dottrina si sono appuntati sulla natura giuridica del nuovo istituto, la quale merita di essere chiarita, ibridandosi al suo interno aspetti oggettivi e aspetti soggettivi. La questione non è meramente teorica, atteso che da tale profilo dipende la soluzione di un altro quesito fondamentale nell'ambito delle cause di non punibilità: quello della estensibilità o meno ai partecipi nelle ipotesi di concorso di persone nel reato.

Autorevoli commentatori hanno evidenziato che gli elementi di carattere soggettivo, parrebbero avere un peso secondario nell'equilibrio generale della fattispecie. Ad una prima lettura dell'art. 131 bis c.p., difatti, la non punibilità per tenuità risulta collegata, prevalentemente, ad un giudizio oggettivo di modesta offensività del fatto rispetto al bene giuridico tutelato. Seguendo tale approccio ermeneutico, nei casi di concorso eventuale di persone nel reato deve trovare applicazione l'art. 119, comma 2, c.p., sicché la tenuità del fatto, in quanto causa oggettiva di esenzione dalla pena, si estende sempre ai correi, a prescindere dall'efficienza causale del suo contributo rispetto all'evento illecito e dei suoi precedenti giudiziari.

Altra parte della dottrina ha rimarcato talune aporie della ricostruzione summenzionata e perviene a qualificare l'art. 131 bis c.p. come causa di non punibilità soggettiva o mista, sottoposta, dunque, al regime di cui all'art. 119 co. 1 c.p. In effetti, la tenuità del fatto è incentrata su un giudizio complessivo di carattere individualizzante, teso a verificare se la condotta globalmente considerata del singolo soggetto presenti tutti i requisiti richiesti dalla nuova ipotesi di non punibilità; ragion per cui la sua valutazione va sempre effettuata individualmente per ciascun concorrente⁵¹. Solo in tale prospettiva può essere soddisfatta la funzione rieducatrice richiesta dalla Carta Costituzionale.

3. Applicabilità dell'art. 131 bis alla coltivazione di sostanze stupefacenti e psicotrope.

Prima di riflettere sull'esito della sentenza della Cassazione penale del gennaio 2019 n. 1766, vale la pena richiamare alcuni passaggi della sentenza n. 360/1995 della Corte costituzionale e della pronuncia n. 28605/2008 delle Sezioni unite in tema di stupefacenti. Si tratta di arresti risalenti nel tempo ma che costituiscono il fondamento su cui poggiano tutte le recenti sentenze in materia di coltivazione e detenzione di stupefacenti.

La nota sentenza della Corte costituzionale n. 360/1995, nel riconoscere la legittimità costituzionale del differente trattamento sanzionatorio cui soggiace la condotta di coltivazione di stupefacenti rispetto a quello previsto per la detenzione, ha rilevato che la scelta normativa di distinguere tra "detenzione" e "coltivazione" è collegata ad un atteggiamento meno rigoroso nei confronti del "consumo" di stupefacenti.

Le condotte connesse all'uso personale di stupefacente soggiacciono al trattamento sanzionatorio previsto per il consumo, e sono dunque punite con la sola sanzione amministrativa di cui all'art. 75 d.p.r. 309/1990.

La coltivazione, invece, nella prospettiva del legislatore, non ha un collegamento immediato con il consumo ma attiene alle diverse fasi di produzione e approvvigionamento della droga.

Sulla scorta di tale premessa, la differenza tra le due tipologie di condotta appare chiara se si tiene conto che la detenzione ha, per sua natura, un oggetto determinato e controllabile sotto il punto di vista della quantità; al contrario, la coltivazione può portare ad una produzione potenzialmente indeterminata di sostanza stupefacente.

La Consulta, pertanto, constata il rispetto del principio di offensività in astratto nella

formulazione della norma da parte del legislatore, la quale è espressiva di un diverso disvalore per la previsione della sanzione penale in qualsiasi caso di coltivazione. Spetta, invece, al giudice di merito accertare "che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile", in conformità all'art. 49 co. 2 c.p.

Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 49 del 2006, un indirizzo giurisprudenziale aveva sostenuto che la "coltivazione domestica" non integrasse gli estremi della fattispecie tipica della "coltivazione" di cui all'art. 73 co. 1 DPR. 30' del 1990 ma costituisse una species del più ampio genus della detenzione ex art. 75 c. 1 t.u. stup., risultando conseguentemente depenalizzata se finalizzata all'esclusivo uso personale.

È dunque intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite, n. 28605/2008, che ha escluso la legittimità di tale orientamento minoritario e, pur ribadendo che il giudice deve verificare l'offensività in concreto della condotta di coltivazione, ha specificato che l'offesa non sussiste soltanto quando il prodotto finale non ha alcuna capacità drogante.

Le Sezioni unite pervengono alla suddetta conclusione sulla base di taluni indici.

In primo luogo, facendo seguito all'insegnamento della Consulta, che riconosce l'offensività in astratto della condotta di coltivazione per via della mancanza di nesso di immediatezza tra la coltivazione e l'uso personale, gli Ermellini evidenziano che anche dopo le modifiche introdotte con la legge n. 49/2006, la condotta di coltivazione non è stata richiamata né dall'art. 73 co. 1 bis né dall'art. 75 co. 1 t.u. stup., a conferma della volontà del legislatore di attribuire rilevanza penale a tale condotta a prescindere dalle caratteristiche della coltivazione e della quantità di principio attivo ricavabile dalle piantine coltivate.

Sul piano naturalistico, è stato rimarcato che ogni tipo di coltivazione si distingue dalla fattispecie di detenzione perché, anche quando mira a soddisfare esigenze di consumo personale, accresce la quantità di sostanza stupefacente disponibile e dà luogo ad un processo produttivo astrattamente capace di autoalimentarsi attraverso la riproduzione dei vegetali.

Seguendo tali indici, con la recente pronuncia, la Cassazione rileva che la causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p. non è incompatibile con la coltivazione di sostanze stupefacenti come marijuana e cannabis, ma opera qualora questa si esaurisca nella sola germogliazione.

L'elemento ostativo, infatti – a detta della Suprema Corte – può essere ravvisato nell'aver l'imputato reiterato la propria condotta mediante illeciti della stessa indole, anche se ciascuno, isolatamente considerato, sia risultato di particolare tenuità. Trattasi, dunque, di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

A proposito della condotta della coltivazione, infatti, i giudici rimarcano che “il concetto stesso di coltivazione richiama la messa in esecuzione di pratiche agronomiche, su piccola (coltivazione domestica) o larga scala (coltivazione in senso tecnico); e quindi una serie di atti che si compenetrano in unita sino a quando non concretino una pratica, ovvero una sequenza di atti coordinati verso il conseguimento del risultato, costituito dalla germinazione del seme e dalla crescita della pianta sino alla maturazione dei ‘frutti’”. Hanno poi aggiunto che “... anche a voler convenire che il reato è consumato con la germogliazione, non vi è dubbio che esso può constare di ulteriori atti di cura dell'essenza vegetale, che ripetono la condotta tipica”.

Nella prospettiva espressa dalla giurisprudenza di legittimità, la condotta di coltivazione è inoffensiva quando si evince ragionevolmente un "conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione tale da escludere la possibile diffusione della sostanza producibile e/o l'ampliamento della coltivazione."

Il riconoscimento, nei limiti sopra esposti, dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. non esclude la possibilità di avvalersi della fattispecie di cui all'art. 73 co. 5 t.u. stup.

I giudici di Piazza Cavour hanno ritenuto che la fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73 co 5 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., sono fattispecie strutturalmente e teleologicamente non coincidenti, posto che, mentre ai fini dell'applicabilità della prima il giudice è tenuto a valutare i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione nonché la quantità e la qualità delle sostanze stupefacenti, ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità devono essere considerate le modalità della condotta, il grado di colpevolezza e l'entità del danno o del pericolo ed altresì il carattere non abituale della condotta^[6].

Note e riferimenti bibliografici

^[1] Cfr. Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Sul punto v. F. PALAZZO, Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, p. 1706. ^[2] Sul tema v. M. MONTAGNA, Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito, in

C. CONTI-A.MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 371. ^[3] Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 13681/2016 ^[4] Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47039/2015 ^[5] G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in Riv. pen. In disCrimen del 14.12.2018. ^[6] Cass. pen., Sez. IV, 17 luglio 2016, n. 48758.
