

# Indice Sommario

## *Capitolo I*

### Il diritto penale dello stato sociale di diritto

<i>1. Una premessa. Problemi penali nelle società liquide.....</i>	<i>1</i>
<i>1.1. Essere e dover essere nel diritto penale.....</i>	<i>8</i>
<i>2. Diritto penale e politica criminale. La prospettiva costituzionale.....</i>	<i>10</i>
<i>3. I principi del diritto penale dello stato sociale di diritto. ....</i>	<i>16</i>
<i>3.1. Il principio di laicità e quello di materialità dell'azione punibile. ....</i>	<i>19</i>
<i>3.2. La funzione della pena.....</i>	<i>22</i>
<i>3.3. Il principio di legalità e i suoi corollari.....</i>	<i>29</i>
<i>3.4. Il bene giuridico e il principio di offensività.....</i>	<i>38</i>
<i>3.5. La personalità della responsabilità penale. ....</i>	<i>50</i>
<i>3.6. Il principio di sussidiarietà. Il diritto penale come extrema ratio.....</i>	<i>53</i>
<i>3.7. Il principio di effettività del diritto penale .....</i>	<i>57</i>

## *Capitolo II*

### L'evoluzione della normativa in materia di stupefacenti

<i>1. Le convenzioni internazionali e l'opzione proibizionista.....</i>	<i>61</i>
<i>2. L'evoluzione della legislazione italiana dalla legge 18 febbraio 1923, n. 396 al Testo Unico delle leggi sanitarie (1934).....</i>	<i>65</i>
<i>3. Il proibizionismo e la legge 22 ottobre 1954, n. 1041.....</i>	<i>68</i>
<i>4. La legge 22 dicembre 1975, n. 685 e la "liberalizzazione" dell'uso personale di sostanze stupefacenti .....</i>	<i>72</i>
<i>5. La 'controriforma' del 1990 e il referendum del 1993 .....</i>	<i>75</i>
<i>6. La decisione quadro 2004/757/GAI.....</i>	<i></i>

### Capitolo III

#### La disciplina vigente: ricostruzione e critica

1. <i>Uno sguardo d'insieme alla disciplina vigente. La legislazione antidroga dell'ultimo decennio tra governo, parlamento e Corte costituzionale.....</i>	87
2. <i>Il metodo di approvazione della legge 21 febbraio 2006, n. 49 e le dichiarazioni di illegittimità costituzionale.....</i>	91
3. <i>Droghe 'pesanti' e droghe 'leggere'. Il trattamento sanzionatorio tra evidenze scientifiche e opzioni politico-criminali.....</i>	94
4. <i>Le fattispecie penali. Condotte di rilevanza penale 'intrinseca' e condotte penalmente rilevanti se destinate ad un uso non (esclusivamente?) personale. ....</i>	105
4.1. <i>(segue) Trasporto e coltivazione. Aspetti problematici.....</i>	107
4.2. <i>(segue) Consumo di gruppo: uso «non esclusivamente personale»?.....</i>	114
4.3. <i>(segue) Destinazione ad «uso non esclusivamente personale» e tipizzazione degli indici probatori dalla legge 49/2006 alla legge 79/2014.....</i>	116
4.4. <i>(segue) Il fatto di lieve entità (art. 73, co. 5). Le vicende normative e il lavoro di pubblica utilità (art. 73, co. 5-bis e 5-ter) .....</i>	124
5. <i>L'illecito amministrativo e le relative sanzioni (art. 75) .....</i>	129
6. <i>Provvedimenti a tutela della «sicurezza pubblica». Natura, problemi e (definitiva?) scomparsa delle misure di cui all'art. 75-bis.....</i>	132
7. <i>Tra rigore e indulgenza. L'esecuzione delle pene e il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della continuazione .....</i>	137
8. <i>Il problema del bene giuridico .....</i>	144
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>176</b>

## Capitolo I

### Il diritto penale dello stato sociale di diritto

#### 1. Una premessa. Problemi penali nelle società liquide.

L'attuale 'situazione spirituale' del diritto penale risente di condizioni sociali e culturali definite dai sociologi e dai filosofi attraverso le espressioni "postmodernità" e "società liquida"<sup>1</sup>.

Nel 1992 un autorevole politologo ha teorizzato la "fine della storia"<sup>2</sup> – nel senso che, dopo la caduta del muro di Berlino e il crollo dei sistemi di socialismo reale, l'affermarsi delle democrazie liberali ad economia capitalista avrebbe segnato la fine di ogni scontro ideologico –; successivamente altri ha opposto a tale concezione l'idea di un non meno postideologico "scontro di civiltà"<sup>3</sup>, nel quale i conflitti si verificherebbero con maggiore frequenza e violenza lungo le linee di divisione culturali (o di civiltà) e non più politico-ideologiche, come accadeva nel XX secolo.

L'emersione sulla scena mondiale di nuovi soggetti che ne erano sempre rimasti ai margini sembra aver in effetti comportato la perdita di centralità della cd. civiltà occidentale, mettendo in crisi la tradizionale articolazione degli spazi politici e giuridici e al contempo dando luogo ad inediti conflitti in grado di occultare e scomporre il consueto piano degli interessi in gioco.

---

<sup>1</sup> Cfr. specialmente Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002, nella cui Prefazione. *Sull'essere leggeri e liquidi*, p. XI ss., si legge: «I corpi solidi per i quali oggi – nell'epoca della modernità liquida – è scoccata l'ora di finire nel crogiolo ed essere liquefatti sono i legami che trasformano le scelte individuali in progetti e azioni collettive: i modelli di comunicazione e coordinamento tra politiche di vita condotte individualmente da un lato e le azioni politiche delle collettività umane dall'altro». Secondo l'A., «la società postmoderna coinvolge i suoi membri principalmente nella loro capacità di consumatori anziché di produttori. La differenza è cruciale», per tutto ciò che questo passaggio comporta in termini di rappresentazione della società, di diritti e sistemi di protezione e tutela, ma anche di linguaggio e perfino di immaginario che queste categorie evocano, *ibid.*, p. 79.

<sup>2</sup> F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano 1996, *passim*.

<sup>3</sup> S. HUNTINGTON, *Lo scontro di civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 2001, *passim*.

Le tradizionali categorie storico-culturali dell'agire politico sono sostituite da un'incolore "filosofia del fare", da una politica "di puro buonsenso", da soluzioni "caso per caso", dalla delega della decisione politica ad un prammatico quanto disinvolto empirismo di tipo tecnicistico; o si pongono in tensione con nuovi paradigmi di lettura del reale, cui la progressiva finanziarizzazione dell'economia contribuisce a conferire credito nel senso comune<sup>4</sup>. Sembra sbiadire, nell'azione politica, l'esigenza di coerenza con il contesto normativo-ordinamentale, ma anche socio-culturale, in cui si va ad operare (circostanza, questa, evidentemente favorevole alla diffusione di idee e di pratiche più o meno scopertamente od 'elegantemente' autoritarie: è facile intuire come la vocazione naturalmente poligamica del tecnicismo tenda non di rado a contrarre "matrimoni di interesse"). La grande assente è la politica, la coerenza sistematica intesa come consapevolezza dei rapporti tra mezzo e scopo a partire dal reale.

Il concetto di ideologia<sup>5</sup>, quale piano complessivo e coerente di lettura ed analisi del reale e per la regolazione dei rapporti socio-politici, a partire da un modello ideale di società, fu elaborato fra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo. La rivoluzione industriale e l'ascesa della borghesia imprenditoriale avevano sconvolto i tradizionali schemi politici ed esistenziali, e le vecchie classi sociali, con i vecchi rapporti di produzione, furono spazzati via.

Alla mutata realtà corrispondono nuovi sistemi sociali, politici e culturali. «I nuovi sistemi risultano delineati in anticipo secondo idee-guida; la loro caratteristica essenziale si riscontra nella costruzione normativa della vita sociale; in particolare, le linee di sviluppo politico sono anticipate in un progetto programmatico e, corrispondentemente a questo progetto, tutti i settori della vita pubblica sono armonicamente costruiti»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Si veda in merito, tra gli altri, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2011, *passim*; ID., *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Bari 2012, *passim*.

<sup>5</sup> Utilizziamo qui il termine nel suo significato "positivo", riferendoci agli ideali o programmi di azione, e non, in senso marxiano, alla *falsa coscienza*, che legittima istituzioni sociali attribuendo ad esse funzioni ideali diverse da quelle realmente esercitate. In tal senso, invece, A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, *passim* e, specialmente, pp. 37 ss., che critica l'ideologia del sistema penale borghese liberale, in particolare il principio della difesa sociale, come idealizzazione mistificante della funzione reale degli istituti (penali).

<sup>6</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 22 ss., dove, a partire dal recupero di un concetto positivo di ideologia, si mette in luce il suo ruolo fondamentale nella formazione ed interpretazione del diritto.

Per l'effettiva realizzazione delle sue finalità, l'ideologia necessita di regole concrete, applicabili e praticabili; e lo strumento essenziale a tal fine è costituito dall'impianto normativo del diritto.

Compito del diritto è quindi quello di dare un concreto assetto alle aspirazioni attraverso regole e istituzioni di carattere duraturo, e di utilizzare la riconosciuta funzione generale di orientamento, tipica delle norme giuridiche.

D'altra parte, le scelte operate dal diritto, per risultare effettivamente praticabili, debbono essere coerente espressione dei presupposti ideologici da cui muovono.

Il diritto non è dunque una monade, «non nasce e si sviluppa in uno 'spazio tecnico' isolato, ma trae origine da rapporti esistenziali sulla base di dati della realtà fenomenica. Tra questi dati, indubabilmente, un ruolo fondamentale è svolto dall'ideologia in quanto progetto programmatico di conformazione socio-politica»<sup>7</sup>.

La riconoscibilità della matrice ideologica è parecchio diversificata nei vari settori del diritto. Essa è massima nel diritto costituzionale, che, per essere il ramo del diritto nel quale si delineano i fondamenti dell'esistenza socio-politica della comunità, i diritti e i doveri dei cittadini, i rapporti fra autorità e libertà, è diritto politico per eccellenza.

Ma anche il diritto penale, tanto nella selezione dei tipi di reato, quali aggressioni ai valori fondamentali che attraverso l'opera integratrice del diritto diventano beni giuridici, quanto nella scelta del fondamento e delle finalità delle sanzioni criminali, che più incidono sugli aspetti fondamentali dell'essere – la libertà e personalità dell'individuo –, è inevitabilmente ed immediatamente influenzato dalle scelte di politica criminale, vale a dire dall'ideologia e dalle opzioni di scopo e valore prescelte dal legislatore.

Le – presunte – esigenze della postmodernità hanno determinato «la perdita dell'idea di fondamento che ha spinto all'adozione di canoni 'deboli' di comprensione e di interpretazione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuridica, a logiche, miopi, di immediatezza. Ma queste [...] mal si adattano alla 'forza', alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 23.

in discussione con il controllo penale»<sup>8</sup>. In questa materia vi è necessità – per ragioni non solo garantistiche, ma anche di efficienza – di regole ‘forti’, di ‘fondamenti’ e, dunque, di sistema, inteso kantianamente come ‘complesso di conoscenze ordinato secondo principi’.

La sempre più frequente tendenza al pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento ideologico, oltre a rischiare di trascurare i diritti e le garanzie, relegandole ad un piano meramente programmatico o declamatorio, si rivela inefficiente sul piano dei risultati, perché perde di vista il contesto in cui si muove e le interazioni organiche tra i vari strumenti di azione politico-criminale e politica *tout court*.

Solo da un’armonica interazione di garanzie formali e sostanziali, che richiede una visione sistematica complessiva e di ampio respiro in relazione ad ogni singolo problema da risolvere – ben diversa, quindi, dalle risposte congiunturali, in chiave emergenziale e ‘panpenalistica’, che caratterizzano lo stato attuale della legislazione<sup>9</sup> – potranno aversi soluzioni realmente efficienti. Difficilmente facili scorciatoie rispetto alla rigorosa osservanza dei principi fondamentali portano a risultati soddisfacenti: la caduta di garanzie reca inevitabilmente con sé conseguenze negative, anche dal punto di vista del mero controllo sociale.

Il diritto penale è, infatti, «uno strumento notevole di coesione e di credibilità dell’ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>10</sup>, rilevante sia dal punto di vista individuale che collettivo, ma purché i suoi interventi risultino caratterizzati dall’integrale rispetto delle regole del gioco»<sup>11</sup>.

Il terreno elettivo di questa politica congiunturale ed eccentrica rispetto al sistema è quello della “sicurezza”.

---

<sup>8</sup> S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 21.

<sup>9</sup> Sulla quale, v. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI e G. PALOMBARINI, Roma 2002, pp.10 ss., in cui si collega il crescente emergenzialismo, in una logica di diritto penale massimo, al vuoto pressoché totale di politica, ossia di capacità di progettazione e di innovazione; e si accusa la stessa cultura giuridica – in particolare la scienza penalistica – di aver smarrito, assieme alla capacità di impostazione sistematica, anche la fermezza dei principi, a causa di quel misto di piatto tecnicismo giuridico e di disincanto «realista» e «postmoderno» nel quale essa si culla.

<sup>10</sup> E non necessariamente, salvo a voler aderire ad indimostrate ‘teorie di senso comune’, *il più effettivo* (nel senso di ‘efficace’), come ha messo in luce C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, pp. 431 ss.

<sup>11</sup> S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 351.

Sempre più, in nome della “sicurezza” – concetto declinato arbitrariamente in modo del tutto equivoco – si conducono campagne di *law and order* tendenti alla “neutralizzazione” del reo e alla sua esclusione dal patto sociale o alla deterrenza *sub specie* intimidazione dei consociati – o di particolari categorie di soggetti deboli – con la previsione di pene più severe per determinati reati connotati da maggiore “allarme sociale”<sup>12</sup> e la tendenza ad infliggere condanne “esemplari” (violando la dignità della persona umana, che da fine diviene strumento per la realizzazione degli scopi – più o meno legittimi – del legislatore).

Si tratta di manifestazioni di quella «biopolitica» di cui parlano autorevoli studiosi delle scienze sociali<sup>13</sup>, la legge dell’emozione e della paura, incentrata sulla difesa contro potenziali persecuzioni o molestie, che si sovrappone (in funzione servente, come unico mezzo per introdurre passione e mobilitare attivamente la gente) ad una «postpolitica» che rinuncia alle grandi cause ideologiche e designa come proprio obiettivo principale la gestione competente e l’amministrazione efficiente degli interessi.

Uno degli effetti è quello di modificare, deformandoli, l’immaginario collettivo sulla devianza ed il significato stesso della parola «sicurezza» nel senso comune<sup>14</sup>. Questa non è più sinonimo di «sicurezza sociale», cioè garanzia della soddisfazione dei diritti sociali, ma assume l’unico significato di «pubblica sicurezza», declinata nelle forme dell’ordine pubblico di polizia anziché in quelle dello stato sociale; e funziona così da diversivo e insieme da soddisfazione del sentimento diffuso di insicurezza sociale, generato da queste stesse politiche, che, obliterando le garanzie del diritto al lavoro e dello stato sociale ed indebolendo il tessuto dei vecchi legami di solidarietà, pretendono di far passare un messaggio che identifica – illusoriamente – sicurezza e diritto penale e rimuove dall’orizzonte della politica un’analisi sulle cause strutturali della devianza.

---

<sup>12</sup> Sul ruolo dei *mass media* nella “costruzione” dell’allarme sociale e di non poche teorie di senso comune su reati e tipi di autore, cfr. C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2006, pp. 467 ss.

<sup>13</sup> Ci si riferisce qui, in particolare, a S. ŽIŽEK, *La violenza invisibile*, Milano 2007, pp. 45 ss.; ID., *Quando la politica si affida alla paura*, in *la Repubblica* del 6 novembre 2007, p. 35, e relativamente all’uso che tale A. fa del termine, sviluppando e reinterpretando un concetto già espresso, tra gli altri, da G. Bataille, M. Foucault e G. Agamben.

<sup>14</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., pp. 12 ss.

Assistiamo così ad un disinvolto uso a scopi elettorali del diritto penale, con “leggi manifesto” utili più a guadagnare consensi con il loro effetto-annuncio, aderendo alle pulsioni più emotive e viscerali della collettività, che a ridurre effettivamente il tasso di criminalità e a garantire ai consociati una pacifica coesistenza in libertà.

In alcuni settori dell’esperienza penalistica, poi (in particolare quelli legati al terrorismo, specie internazionale, e al conflitto politico-sociale), si sta facendo strada – anche in dottrina, e con incaute oscillazioni dal piano descrittivo a quello prescrittivo – il concetto di “diritto penale del nemico”<sup>15</sup> (*Feindstrafrecht*), da contrapporre al tradizionale “diritto penale del cittadino” (*Bürgerstrafrecht*), caratterizzato da una sostanziale anticipazione delle soglie di tutela e dalla stigmatizzazione del delinquente, il quale, per il solo fatto di aver destabilizzato le aspettative normative condivise, si sarebbe posto “in guerra” contro lo Stato, autoescludendosi da esso e negando il proprio carattere di persona, la propria stessa esistenza come cittadino. Si ripropone, così, lo schema schmittiano dell’opposizione amico/nemico, che non è affatto – come riteneva Schmitt – il paradigma della politica, bensì quello della guerra, che di ogni politica razionale è la negazione, e che finisce per assecondare, entro uno “stato d’eccezione permanente”, la dissoluzione dello Stato di diritto, travolgendone tutte le garanzie, dal principio di legalità a quello di colpevolezza, dalla presunzione di innocenza all’onere della prova e ai diritti della difesa<sup>16</sup>.

Un ulteriore, notevole fattore di neutralizzazione del dato eminentemente politico che presiede alle scelte di penalizzazione è costituito poi dal sempre crescente intervento in materia penale ad opera di fonti internazionali ed eurounitarie. In particolare, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, all’Unione europea sembra essere riconosciuta (dagli artt. 83 e 86 TFUE) la competenza a stabilire, in alcuni settori, dei veri e propri obblighi di

---

<sup>15</sup> L’espressione è di Günther Jakobs: in proposito, si vedano i rilievi critici di F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.* 2006, I, pp. 181 ss.; AA. VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 623 ss.; A. CAVALIÈRE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico* (a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI), Bologna 2007, pp. 265 ss.

<sup>16</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 797 ss.

criminalizzazione a carico degli stati membri (comprtenza cui fino ad ora erano ritenuti ostativi il principio di riserva di legge statale – espressione a sua volta del principio democratico e contrattualistico – nonché il *deficit* di democraticità che caratterizza gli organi dell’Unione titolari della funzione legislativa)<sup>17</sup>.

Il portato di tale *novum* rischia di essere, nella totale assenza di consapevoli opzioni di politica criminale<sup>18</sup>, costituzionalmente fondate – ciò che è connaturato all’approccio funzionalista ed economicista che ha assistito, sin dall’origine, il processo di unificazione europeo e ne ha fondato lo sviluppo delle competenze – nonché di qualsiasi riferimento alle Costituzioni degli stati membri, quello di una notevole compressione delle scelte politico-criminali e politiche *tout court* del legislatore nazionale, col corollario della violazione dei principi che individuano presupposti e limiti dell’attivazione dello strumento penale nel moderno stato sociale di diritto. Com’è stato detto, poi, ne risulterebbe compromesso il valore relativo e non assoluto della pena (garanzia, a sua volta, dei principi di sussidiarietà, frammentarietà ed effettività del diritto penale, di cui si dirà appresso), per preservare il quale «occorre che il legislatore possa in ogni momento rimettere in discussione le sue scelte di penalizzazione», talché il sistema penale andrebbe concepito come un «circuitto in cui le incriminazioni entrano ma possono anche uscire»<sup>19</sup>. La possibile giustiziabilità – attraverso la procedura di infrazione – di un inadempimento (eventualmente sopravvenuto, *sub specie* di una successiva depenalizzazione) degli obblighi di tutela di fonte europea, finisce tuttavia per compromettere gravemente questo “flusso di entrate e di uscite”: con ricadute politico-criminali evidenti, implicando ciò l’estromissione dal circuito politico del dibattito sull’opportunità – che legittime ragioni di offensività, sussidiarietà ed effettività potrebbero sconsigliare – di (continuare ad) utilizzare lo strumento penale nei settori ricoperti da siffatti obblighi e comportando quindi

---

<sup>17</sup> Sulla competenza in materia penale dell’Unione europea dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. *ex aliis* AA. VV., *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI e R. SICURELLA), Milano 2011, *passim*; AA. VV., *Europa e diritto penale* (a cura di C. E. PALIERO e F. VIGANÒ), Milano 2013, *passim*.

<sup>18</sup> Denunciano l’assenza di una coerente politica criminale europea e ne auspicano la fondazione sulla base dei principi fondamentali delle tradizioni penali europee AA. VV., *European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 3, 1262 ss.

<sup>19</sup> In questi termini, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.* 2010, 326 ss.

l'impossibilità già solo di immaginare delle tecniche di tutela alternative alla pena.

Tutto ciò avviene nell'ambito di una più complessiva sfiducia per ogni ipotesi di rieducazione, di reinserimento sociale, o quanto meno di una non ulteriore desocializzazione (effetto, questo, fatalmente connesso già al puro e semplice internamento nell'istituzione carceraria); e senza la minima considerazione dei fattori esogeni che, in molti casi, hanno un peso determinante nel processo di formazione della devianza: cioè «dei diversi condizionamenti che legano il concreto essere umano che delinque alle strutture socio-politiche a lui preesistenti e delle quali non è certamente responsabile»<sup>20</sup>.

Ciò che ha fatto dire ad autorevoli studiosi che, per prevenire efficacemente fenomeni di devianza, si tratta di «rieducare la società», quantomeno corresponsabile nell'eziologia dei delitti<sup>21</sup>.

Il rapporto di “contiguità patologica” tra giustizia penale e *mass media*<sup>22</sup>, poi, e relativo alla straordinaria capacità stigmatizzante dell'accertamento penale, di fronte ad una “domanda di pena” dilagante, è tale da identificare il processo come la autentica «pena presofferta» (e decisamente infamante) per l'individuo (indagato/imputato); tanto che si è sostenuto che, se ancora oggi può parlarsi di un valore “simbolico” ed “esemplare” del diritto penale, esso vada associato, più ancora che alla pena, al processo e, più esattamente, all'accusa e all'amplificazione operatane, senza possibilità di difesa, dalla

---

<sup>20</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 107.

<sup>21</sup> Cfr. ad es. A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *Quest. crim.* 1976, pp. 237 ss., nell'ambito di una severa critica all'ideologia rieducativa nelle società capitalistiche, nelle quali vi è piuttosto una complementarità delle funzioni esercitate dal sistema scolastico e da quello penale, rispondente all'esigenza di riprodurre ed assicurare i rapporti sociali esistenti, conservando, quindi, la realtà sociale e mettendo in moto processi di emarginazione e disadattamento. A p. 254 si legge: «La vera rieducazione dovrebbe cominciare dalla società prima che dal condannato, prima di voler modificare gli esclusi occorre modificare la società escludente, giungendo così alla radice del meccanismo di esclusione. Altrimenti resterà, in chi voglia giudicare realisticamente, il sospetto che la vera funzione di questa modificazione degli esclusi, sia quella di perfezionare e di rendere pacifica l'esclusione, integrando più che gli esclusi nella società, il rapporto stesso di esclusione nella ideologia legittimante dello Stato sociale».

<sup>22</sup> Sul quale, v. N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» di reato e la struttura dell'illecito penale*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I (a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI), 3<sup>a</sup> ed., Torino 2006, pp. 83 ss.

stampa e dalla televisione, e nei confronti di un soggetto che è presunto innocente<sup>23</sup>.

Tutto ciò è contrario ai principi di uno stato sociale di diritto, quale è quello delineato dalla nostra Carta costituzionale, che coniuga valori di libertà, di tipo personalistico, con esigenze di solidarietà e di giustizia sociale. E impone di precisare i rapporti fra la dottrina del diritto penale e le opzioni politiche e ideologiche di fondo, e di enucleare, in un'analisi costituzionalmente orientata, i principi che presiedono al diritto penale in un tale tipo di ordinamento.

### *1.1. Essere e dover essere nel diritto penale.*

Forse non risulterà inutile un'ulteriore precisazione, di carattere metodologico.

È evidente che il quesito sul «perché punire?» può essere inteso in due sensi ben distinti<sup>24</sup>: «perché si *punisce*?», cioè perché esiste la pena, ovvero «perché si *deve punire*?», cioè perché deve esistere la pena. E diversi sono i problemi espressi da tali domande, perché diversi sono i livelli e gli universi di discorso cui appartengono le risposte possibili ad esse.

Ci si trova, infatti, nel primo caso davanti ad un problema scientifico, ovvero empirico o di fatto, che ammette risposte in forma di proposizioni *assertive* verificabili e falsificabili, inerenti all'ambito storico o sociologico; nel secondo, siamo invece di fronte ad un problema di filosofia morale o politica, le cui risposte, in forma di proposizioni *normative*, non sono come tali né vere né false, ma solo accettabili o inaccettabili come assiologicamente valide o invalide.

È fuor di dubbio l'utilità dell'indagine di tipo sociologico e criminologico ai fini di un'analisi sui principi del diritto penale e sulla finalità dell'intervento punitivo dello stato, che non voglia peccare di incompletezza o di eccessiva astrattezza. E, di fronte a una verifica dell'esistente che descrive una costante e

---

<sup>23</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, pp. 760 ss., che denuncia lo sviluppo inflattivo del processo penale e la sua degenerazione in congegno direttamente punitivo, attraverso soprattutto un ricorso disinvolto alla custodia cautelare; ID., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, III, Napoli 1985, pp. 518 ss.

<sup>24</sup> Come rileva L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., pp. 493 ss.; questa *actio finium regundorum* tra il piano dell'«essere» e quello del «dover essere» è peraltro una costante dell'elaborazione scientifica di tale A.

patologica divaricazione fra gli scopi ‘ufficialmente’ perseguiti con il mezzo-pena ed il ruolo effettivamente svolto dal diritto penale, ed in particolare dall’istituzione carceraria<sup>25</sup>, all’interno di un sistema socio-economico caratterizzato da determinati rapporti di produzione e distribuzione, non può non suscitare interesse l’apporto di certa criminologia ‘critica’ alla demistificazione di quella che viene ritenuta l’«ideologia»<sup>26</sup> di cui è portatrice la cultura giuridica e politica dominante<sup>27</sup>.

A condizione, però, di non sovrapporre indebitamente il piano dell’essere a quello del dover essere (e, tanto meno, di ritenere il primo legittimato, *ipso facto*, a prevalere sul secondo), intendendo le dottrine criminologiche come confutazione di quelle assiologiche<sup>28</sup> e sminuendo la vincolatività dei principi a causa di presunte smentite dei ‘fatti’.

Ne fa divieto quel principio meta-logico, noto come ‘legge di Hume’, secondo cui non si possono derivare logicamente conclusioni prescrittive o morali da premesse descrittive o fattuali, o viceversa.

Ma non soltanto di un vizio metodologico, euristicamente scorretto, si tratta, bensì di una *Inversionmethode* inaccettabile sul piano dell’ermeneutica giuridica, laddove il dover essere trovi un riconoscimento formale (sia *postò*, cioè) in una Costituzione sovraordinata rispetto alla legislazione ordinaria e formalmente rigida.

---

<sup>25</sup> Per l’idea che alla constatazione del fallimento storico del carcere nel suo compito ‘ideale’ di prevenzione del crimine vada piuttosto sostituita la consapevolezza del successo di esso rispetto al suo reale ruolo di produzione della «delinquenza», tipo specifico di illegalismo, e di creazione di un universo disciplinare e di meccanismi di controllo (in un *continuum* rispetto alle altre agenzie sociali di controllo, dalla scuola alla organizzazione del lavoro), v. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976, soprattutto p. 305 e pp. 324 ss. Cfr. anche A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., pp. 166 ss., secondo cui l’ideologia della socializzazione si accompagna ad una falsa coscienza rispetto alla funzione reale esercitata dal carcere: la prosecuzione del processo di selezione ed emarginazione all’interno delle società capitalistiche avanzate. Per una rassegna degli studi sociologici intorno al ruolo della pena nella società moderna, si veda D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1999, *passim*.

<sup>26</sup> Da intendere, chiaramente, nel senso ‘negativo’ di cui alla nota 4, v. *supra*, § 1.

<sup>27</sup> Cfr., soprattutto, A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., *passim* e pp. 37 ss. e 193 ss., il quale, partendo da un approccio materialistico o politico-economico di tipo marxista, contesta l’orientamento «ideologico o idealista», a cui è legata la scienza giuridica e criminologica dominante, e ne mette in discussione i principi-cardine, da quello della prevenzione o scopo a quello di universalità del reato e della difesa sociale.

<sup>28</sup> Si veda la critica che L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., pp. 495-496, muove a Baratta, in quanto – sostiene – «una dottrina normativa [...] non solo non è suffragabile, ma non è neanche confutabile con elementi (solamente) assertivi».

Così, quelle teorie che propongono una correzione dei principi costituzionali alla luce del sistema che dovrebbe recepirli<sup>29</sup> e, in questo modo, ne relativizzano il ruolo assiologico in base ad una ‘precomprensione’ ermeneutica del tutto arbitraria, danno luogo ad un ingiustificabile sovvertimento della gerarchia delle fonti<sup>30</sup>.

Nel distinguere, poi, i principi costituzionali in materia penale in principi giuridici «dimostrativi» e principi di mero «indirizzo politico»<sup>31</sup>, assumendo come criterio discrezionale il loro maggiore o minore riconoscimento da parte di legislazione, giurisprudenza e dottrina dominante, la cui insufficienza comporterebbe un ‘affievolirsi’ dei secondi, tali teorie si servono di un ragionamento giustificativo di tipo tautologico, che appiattisce il dover essere sull’esistente: l’idea per cui un principio è vincolante se, fintantoché e nella misura in cui è ‘effettivo’ nella sua osservanza da parte dei più, conduce ad una ipostatizzazione dell’esistente di tipo hegeliano, per cui «ciò che è reale è razionale», privando per di più i principi stessi di ogni ruolo critico e di ‘freno’ nei confronti delle tendenze – eventualmente eversive – di legislazione e prassi.

Mantenere, invece, ben salda l’idea della vincolatività dei principi costituisce la base per la costruzione di quel modello di scienza – penalistica – «impegnata»<sup>32</sup> nella trasformazione dell’esistente nel quadro costituzionale, che, consapevole dei propri confini e, però, anche nell’interazione con le altre scienze sociali, permetta al giurista di svolgere un ruolo di controllo e di guida nei confronti della tecnica giuridica e di non essere, di contro, portatore inconsapevole di scelte politiche che non può controllare. Solo con l’impegno conoscitivo e pratico di carattere razionale e scientifico, questi potrà apprestare gli strumenti legislativi, interpretativi e dogmatici in vista di finalità e di opzioni politico-criminali coscientemente perseguite.

---

<sup>29</sup> Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, pp. 10 ss., il quale ritiene che il sistema di principi di diritto penale sia frutto dell’astrazione dall’«opera collettiva di legislatore, dottrina e giurisprudenza», piuttosto che dell’interpretazione delle (sole) norme costituzionali.

<sup>30</sup> Si vedano le obiezioni di A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant’anni della Corte costituzionale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998, pp. 135 ss.

<sup>31</sup> Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 28 ss. e 45 ss.

<sup>32</sup> Secondo le indicazioni di A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., pp. 156 ss.

## 2. Diritto penale e politica criminale. La prospettiva costituzionale.

Ribaltando la celebre concezione lisztiana del diritto penale come insuperabile barriera garantistica della politica criminale<sup>33</sup>, nel 1970 Claus Roxin, col suo *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, elaborò un programma teso alla realizzazione di un'antica aspirazione della scienza penalistica tedesca: la costruzione di un sistema teleologico. Egli intese «dare alle scelte di valore della politica criminale uno spazio tale nell'ambito del sistema del diritto penale, da far sì che il loro fondamento legislativo, la loro chiarezza e valutabilità, la loro armonica incidenza e le loro ripercussioni sul caso concreto non avessero mai un'importanza minore rispetto agli apporti del sistema formale positivisticò di provenienza lisztiana»<sup>34</sup>.

Tale sistema descriveva due polarità di segno opposto che non consentivano reciproche interazioni, dando origine a due tendenze contrastanti: alla politica criminale apparterrebbero i metodi di lotta contro il delitto conformi allo scopo (il cd. compito sociale del diritto penale); mentre al diritto penale, inteso in senso strettamente giuridico, spetterebbe la funzione garantistica, propria dello stato di diritto, di assicurare l'uniformità nell'applicazione del diritto e tutelare la libertà individuale dall'aggressione dello Stato 'Leviatano'.

Di qui l'idea del codice penale come «*magna charta* del delinquente» e della sistematica del diritto penale come sistema chiuso, procedente per generalizzazioni concettuali, cui sono estranei tutti gli obiettivi di politica criminale (contro i quali, anzi, essa costituirebbe un argine).

Fu la scuola neokantiana sud-occidentale, secondo l'opinione più diffusa<sup>35</sup>, la prima ad introdurre elementi di valore nell'ambito della scienza penalistica, in contrapposizione al formalismo positivisticò.

---

<sup>33</sup> Cfr. F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), trad. it. A. A. CALVI, Milano 1962, p. 33.

<sup>34</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. S. MOCCIA, Napoli 2001, p. 46.

<sup>35</sup> Tuttavia S. MOCCIA, nella *Presentazione alla prima edizione italiana*, Napoli 1986 di C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York 1970, pp. 22 ss., riconosce che il primo tentativo di dare vita ad una sistematizzazione teleologica del diritto penale va fatto risalire ai penalisti kantiani già tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento (in particolare C. C. Stübel, K. Grolman e A. Feuerbach, che costruirono con coerenza i loro sistemi intorno ad una ben precisa idea di scopo della sanzione penale, e

In particolare, oltre alle indagini di Emil Lask, volte a rendere utilizzabili in ambito giuridico i principi della filosofia neokantiana dei valori, va ricordato lo stesso Franz von Liszt<sup>36</sup>, che, pur legato alla sistematica classica per esigenze di ordine garantistico, esaltò l'importanza delle idee di mezzo e scopo nel diritto penale.

Le loro ricerche metodologiche risultano sicuramente influenzate dal pensiero del secondo Jhering, quello dello *Zweck im Recht*<sup>37</sup>, il quale individua nelle idee di valore e scopo i concetti fondamentali del diritto; dal quale si sviluppò la polemica con la *Begriffsjurisprudenz* e col suo sistema logico-deduttivo, in forma di piramide concettuale, condotta dalla *Interessenjurisprudenz* della *Tübinger Schule*<sup>38</sup>.

Con la sola eccezione del tentativo più articolato sperimentato da Leopold Zimmerl, tuttavia, i neokantiani non raggiunsero mai una vera revisione della dottrina tradizionale e una completa elaborazione di una sistematica teleologica. Come avrebbe messo in luce poi Claus Roxin, anzi, il diritto penale e la politica criminale vi restano disgiunti, con la configurazione di un "doppio criterio di valutazione" (le *Wertungskorrekturen*), per cui se con il procedimento dottrinario (inteso in senso formalistico) non si giunge a soluzioni soddisfacenti e "giuste" dal punto di vista politico-criminale nel caso concreto, si può far luogo a criteri di tipo sostanziale in base ad una valutazione individualizzata, che sminuisce però l'importanza del sistema e, per la sua arbitrarietà e problematicità, ha esposto a critiche feroci – e forse, in parte, ingiuste – le teorie della scuola cd. neoclassica<sup>39</sup>.

---

soprattutto con la consapevolezza delle implicazioni dottrinario-sistematiche che tale scelta comporta).

<sup>36</sup> Cfr. F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., pp. 10 ss., il quale sostiene una *teoria evoluzionistica* della pena, che, nata originariamente come reazione cieca, adeguata solo agli istinti e agli impulsi, non determinata dalla rappresentazione di uno scopo, avrebbe mutato poco a poco il proprio carattere e, obbiettivandosi, avrebbe reso possibile la razionale valutazione degli effetti della pena. «Dominata dall'*idea dello scopo*, la pena si trasforma da forza punitiva in diritto penale».

<sup>37</sup> R. v. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972, *passim*.

<sup>38</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 68 ss. Sull'emersione dell'idea di scopo nella dottrina del diritto penale, cfr. anche M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1999, pp. 226 ss.

<sup>39</sup> Accusata di essere l'"apprendista stregone" del diritto penale autoritario. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino 1973, pp. 28 ss. e S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 74 ss., secondo cui non è da imputare alla scelta tecnico-metodologica quella che è una ben precisa opzione ideologico-politica; in un contesto, come quello italiano degli anni Trenta, dominato dal formalismo giuridico di tipo tecnicista, il diritto penale autoritario poté comunque imporsi senza resistenze, attraverso la

Con le felici parole di Roxin, invece, «la vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica: un ordinamento statale senza giustizia sociale non è uno stato di diritto in senso sostanziale; tanto meno uno stato pianificatore e assistenziale, senza le conquiste dello stato di diritto, che garantiscono la libertà, può pretendere di essere riconosciuto come stato sociale»<sup>40</sup>.

Anche la teoria finalistica dell'azione, che Hans Welzel<sup>41</sup> formulò a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, col suo riferirsi alla *Natur der Sache* e alle *sachlogischen Strukturen*, se ha tentato di restituire alla dogmatica penale un collegamento con la realtà – soprattutto portando avanti la “scoperta” di elementi soggettivi nel *Tatbestand*, dovuta ai neokantiani, a partire dal concetto di azione finalisticamente orientata – , non lascia tuttavia alle finalità della politica criminale alcuno spazio autonomo<sup>42</sup>. Il suo metodo deduttivo-assiomatico, che deriva soluzioni giuridiche da “irriducibili” dati ontologici, risulta di difficile praticabilità.

In realtà, «per una concezione socio-statale libera da ipoteche di estrazione teologico-metafisica, fondate su assunti irrazionali di tipo fideistico, il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati. Pertanto, alla politica criminale, ed in particolare alla teoria della pena, non poteva essere negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione delle norme, senza i rischi dell'incompletezza e dell'inefficienza. In un ordinamento attento al rispetto di esigenze coordinate di stato di diritto e di stato sociale, questa scelta s'impone attraverso l'esplicitazione della/e funzione/i che attraverso l'istituto penale si intende, legittimamente, perseguire»<sup>43</sup>.

---

scelta dei beni giuridici da tutelare o costruendo fattispecie carenti sul piano della determinatezza/tassatività.

<sup>40</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, p. 46.

<sup>41</sup> Cfr. H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1951, pp. 6 ss.

<sup>42</sup> La scuola finalistica di Welzel ha trovato principalmente seguito in Italia, a partire dagli anni Cinquanta, nell'ambito della Scuola napoletana: cfr. per tutti D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, *passim*. Accenna ai riflessi di tale adesione A. BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. intern. fil. dir.* 1972, p. 50.

<sup>43</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 21.

In particolare, per quanto riguarda la costruzione della teoria del reato, si tratta di assegnare alle varie categorie dell'illecito penale una precisa funzione di politica criminale e di svilupparle di conseguenza<sup>44</sup>.

Tra i referenti teleologici che informano la costruzione di un sistema penale, la massima importanza deve essere riconosciuta alla funzione assegnata dall'ordinamento alla sanzione criminale, vera cartina di tornasole dell'ideologia che lo ispira, per essere quella che fonda il diritto di punire dello Stato, secondo la lezione del giusrazionalismo laico e dell'illuminismo, e quella più gravida di implicazioni per quanto riguarda la struttura stessa dell'illecito penale<sup>45</sup>.

Le caratteristiche della sanzione criminale, autentica "arma a doppio taglio", per dirla con von Liszt<sup>46</sup>, in quanto rimedio che, ancorché teso ad impedire l'aggressione ai beni giuridici, aggredisce esso stesso beni tutt'altro che secondari dell'individuo destinatario della sanzione<sup>47</sup>, costituiscono, assieme al tendenziale formalismo cui si ispira la costruzione del sistema e l'interpretazione delle norme, ciò che distingue il diritto penale dagli altri strumenti di controllo sociale. Alla tematica delle sanzioni e delle loro funzioni politico-criminali non può essere attribuita un'importanza e una dignità scientifica secondaria, come per troppo tempo si è fatto, soprattutto in un ordinamento ispirato all'ideologia liberal-solidarista di tipo democratico, stante il ruolo preminente che vi assumono i beni della libertà e personalità dell'individuo.

---

<sup>44</sup> Cfr. ora, per quanto attiene ai rapporti fra politica criminale e teoria del reato, C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, parte generale, 4<sup>a</sup> ed., Torino 2013, p. 133: «I concetti e le categorie della dogmatica penale non sono affatto neutrali, o indifferenti, rispetto alle posizioni di scopo del legislatore e dovrebbero, quindi, essere elaborate proprio in quanto funzione delle opzioni politico-criminali, sottese alle scelte normative. Ciò significa che il concetto dogmatico del reato non può essere costruito [...] su asserite strutture ontologiche, e tanto meno su meri concetti classificatori. Esso deve anche essere capace di rappresentare le scelte di valore e le posizioni di scopo della politica criminale». Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 37, in cui si sostiene che i tre *τέλοι* di riferimento del sistema roxiniano (tutela della libertà, soluzione di conflitti sociali e realizzazione delle finalità preventive della sanzione penale) coagiscano all'interno delle varie categorie del reato, risultando quindi limitante l'assegnazione di compiti rigidamente differenziati a ciascuna di esse.

<sup>45</sup> Già Radbruch, del resto, auspicando il passaggio ad una sistematica teleologica, «poneva l'accento proprio su questo punto: sulla necessità cioè di un più ristretto e metodico nesso tra l'analisi dei connotati del reato e lo "scopo" delle sanzioni penali», v. G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano 1971, p. 164.

<sup>46</sup> F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 46.

<sup>47</sup> Come rileva G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27* (1986), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna 1989, pp. 264 ss.

Per essere dotato di vincolatività, ed aspirare quindi ad essere effettivo e praticabile, tuttavia, un sistema teleologicamente orientato deve essere fondato normativamente. Senza il riferimento ad una norma o ad un complesso di norme vincolanti, per interprete e legislatore, infatti, «le varie configurazioni sistematiche, tutte possibili sul piano strettamente teoretico [...], darebbero luogo, in rapporto al loro impatto con la realtà effettuale, ad un risultato, quanto meno, di disorientamento»<sup>48</sup>.

E tale complesso di norme è individuabile in una Costituzione, come quella italiana vigente (e come gran parte di quelle dell'Europa continentale del secondo dopoguerra), impegnativa sul piano dei principi, in rapporto ai quali esprime un accentuato pluralismo ed eclettismo (mai, però, un'acritica giustapposizione "paratattica"), e formalmente rigida e sovraordinata rispetto alle leggi ordinarie.

Ciò ha condotto la parte più sensibile della nostra dottrina<sup>49</sup> «ad individuare nella fonte normativa sovraordinata un vero e proprio sistema di principi costitutivi in grado non solo di delineare un programma di riforma del "vecchio" diritto penale, ma di rappresentare anche il punto di riferimento fondamentale per l'interpretazione e la (ri)costruzione della disciplina vigente»<sup>50</sup>.

Oggi «ogni manuale o commentario di diritto penale [...] riconosce, ormai, la necessità di far capo ai canoni costituzionali nella descrizione dei principali capitoli del diritto penale, così come la stessa giurisprudenza (di particolare importanza quella della Corte Costituzionale) ha finito progressivamente per acquisire i risultati maggiormente rappresentativi dell'opera interpretativa del sistema penale svolta sulla base della Costituzione»<sup>51</sup>.

È un modello di matrice eminentemente giuspositivistica, che rifiuta di avventurarsi sui suggestivi «sentieri del diritto naturale», come ha ben spiegato Franco Bricola<sup>52</sup>, la cui teoria generale del reato ha come tema dominante una decisa presa di posizione antigiusnaturalistica e giuslegalistica ed elabora una

---

<sup>48</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 82.

<sup>49</sup> Cfr., fra gli altri, P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.* 1956, pp. 1253 ss. e poi, più compiutamente, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 7 ss.

<sup>50</sup> N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 84.

<sup>51</sup> *ibidem*, p. 85.

<sup>52</sup> Il riferimento è a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 10 ss.

definizione costituzionale di reato a partire dal carattere rigido della Legge fondamentale italiana, dalla rilevanza delle norme costituzionali in materia penale e dall'assoluta preminenza accordata nell'ambito dei valori costituzionali alla libertà personale, mettendo in luce il volto ideologico-politico della Carta<sup>53</sup>.

«È partendo da questo momento ideale che si intensifica la percezione, oggi molto netta, di disporre di una *koinè* culturale: l'approccio costituzionalistico (sia pure recepito con diversi accenti) quale metodo trasversale alle principali "scuole" penali»<sup>54</sup>.

Si tratta di un progetto teleologico che, «facendo filtrare la politica criminale nel terreno della dogmatica, le imprime una nuova direzione di senso, rivitalizzando la sua anodina astrattezza e la sua asettica neutralità»<sup>55</sup>. Un sistema dove *tout se tient*, in cui le connessioni e le reciproche inferenze tra i principi di legalità, materialità, offensività, colpevolezza, *extrema ratio* (tutti uniti da un nesso inscindibile alla finalità della pena) sono garanti della tenuta concettuale e della forza di esso.

### 3. I principi del diritto penale dello stato sociale di diritto.

La Costituzione italiana del 1948 disegna uno "stato sociale di diritto"<sup>56</sup>, compromesso alto e felice sintesi di componenti garantistiche di matrice illuminista e liberale ed istanze solidaristiche improntate ad una maggiore giustizia sociale, di derivazione socialista e cattolica.

---

<sup>53</sup> Cfr. il riconoscimento di M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 18 ss., in cui quello di Bricola è descritto come «il lavoro più completo, originale e paradigmatico che si conosca di teoria del reato a fondazione costituzionale».

<sup>54</sup> M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 228. Lo stesso A., però, prosegue a pp. 230 ss., parlando di «tirannia» dei principi «rispetto al modo di costruire il sistema penale, la proiezione teleologica dei suoi concetti di fondo», criticando in particolare l'*argumentum libertatis*, l'aver costruito cioè una particolare valenza (penalistica) di alcuni principi alla luce del sacrificio della libertà che il diritto penale comporta; poi, a p. 234, esprime le sue riserve su quello che ritiene «un uso molto confuso di categorie dogmatiche e di istanze politico-criminali».

<sup>55</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, pp. 51-52.

<sup>56</sup> Quella dello "stato sociale di diritto" è una formula maggiormente accreditata nella dottrina giuspubblicistica tedesca, elaborata negli anni Trenta, in particolare da Hermann Heller. Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 28.

Vi sono enunciati il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, l'uguaglianza cosiddetta "formale" di tutti i cittadini di fronte alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, le libertà "classiche" dello stato di diritto, assieme all'obbligo dello stato di intervenire per realizzare una maggiore uguaglianza "sostanziale", al diritto al lavoro (e ai diritti dei lavoratori), all'istruzione, alla tutela della salute.

Esemplare appare la disciplina costituzionale dell'attività economica privata (art. 41 Cost.); essa è libera (1° co.), ma «non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (2° co.).

L'art. 42 disciplina la proprietà privata, riconosciuta e garantita dalla legge (2° co.), ma della quale va assicurata la funzione sociale e che «può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale» (3° co.).

In un tale ordinamento costituzionale, il diritto di punire non può trovare il suo fondamento in visioni "assolute" che prescindano dalla considerazione dei compiti e dei fini che lo stato è tenuto, legittimamente, ad attuare.

Secondo la lezione del contrattualismo utilitarista di matrice illuminista, che ha posto le basi del moderno stato laico, fondamento dello stato e del suo *ius puniendi* è la necessità, «che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà» per il raggiungimento della «*massima felicità divisa nel maggior numero*»<sup>57</sup>. L'aver posto ciascuno nel «pubblico deposito» esattamente quella «minima porzion possibile» della sua libertà «che basti a indurre gli altri a difenderlo», impedisce allo stato di esercitare la sua forza punitiva oltre i limiti

---

<sup>57</sup> L'idea per cui l'utilitarismo è il presupposto di ogni dottrina razionale di giustificazione della pena e insieme dei limiti della potestà punitiva dello stato, perché esclude le pene inutili non giustificandole con supposte ragioni morali, è presente in L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., pp. 501 ss. L'A. rileva, poi, l'ambivalenza dell'utilitarismo penale, potendo esso essere commisurato tanto alla «massima utilità possibile da assicurare alla maggioranza dei non devianti», tanto alla «minima sofferenza necessaria da infliggere alla minoranza dei devianti» (p. 504). La tradizione penale utilitaristica è informata quasi interamente alla prima delle due versioni – la «*massima felicità divisa nel maggior numero*» di Beccaria – e, tuttavia, questa non è in grado, a giudizio dell'A., di esigere nessun limite né garanzia all'intervento punitivo dello stato, solo la seconda essendo una dottrina dei limiti del diritto penale di cui consente la giustificazione solo se i suoi interventi sono ridotti al minimo necessario, prevenendo punizioni arbitrarie o eccessive nei confronti dei devianti o presunti tali.

dell'*utilità* e della *necessità*. «Tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto»<sup>58</sup>.

È preclusa qualsiasi pretesa di tipo eticizzante, secondo l'insegnamento kantiano per cui la legge morale, alla quale solo appartiene l'imperativo categorico, è espressione dell'autonomia del soggetto e presuppone per il suo adempimento la totale libertà di adesione; vi sono quindi estranei sanzioni e giudizi esterni al soggetto: l'autonomia postula anche l'autogiudizio<sup>59</sup>.

Ma è anche la dimensione solidaristica (espressa massimamente nel compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini) che, assieme a quella garantista, reagisce sui caratteri di un diritto penale che aspiri ad essere legittima e coerente espressione del sistema in cui è inserito. E, come è stato detto<sup>60</sup>, il compito del diritto penale in tale ordinamento non può essere individuato in scopi trascendenti quello di garantire una pacifica coesistenza in libertà tra i consociati, intesi anche come titolari di diritti fondamentali.

Come ha messo e va ancora mettendo in luce la dottrina più attenta e sensibile alla portata ed alle implicazioni del dettato costituzionale<sup>61</sup> (e, spesso con colpevole ritardo, la giurisprudenza), i referenti costituzionali in materia penale sono sia di tipo diretto – vale a dire il complesso delle norme della Costituzione immediatamente relative alla materia penale – sia di tipo indiretto – norme, cioè, che esprimono valori generali dell'ordinamento, ma che indubbiamente incidono sulla configurazione di un sistema penale.

E da tale complesso di norme è possibile enucleare un sistema di principi vincolanti per legislatore ed interprete, che presiedono (ma è doveroso anticipare come il nostro discorso inerisca al piano del dover essere, cui sembra

---

<sup>58</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. VENTURI), Torino 1965, § II, p. 13. Cfr. in proposito C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 31.

<sup>59</sup> Cfr. E. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. P. CHIODI, in *Scritti morali*, Torino 1970, p. 74. Lo stesso KANT, nell'espone la sua teoria penale, in *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. VIDARI, Bari 1970, dimostrerà scarsa coerenza, sovrapponendo inopinatamente il piano etico a quello giuridico: «La legge penale è un imperativo categorico, e guai a colui che s'insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio», p. 165.

<sup>60</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 86-87.

<sup>61</sup> Già nel 1956, P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 1254, affermava che le norme della Costituzione che hanno riflessi penali, pur senza presentare un contenuto dichiaratamente penale, sono le norme che stabiliscono determinati principi in ordine alla libertà e ai diritti fondamentali del cittadino e che, in quanto tali, «si pongono naturalmente come termine di raffronto di numerosi precetti penali che su quelle libertà e su quei diritti presentano un'incidenza».

piuttosto allontanarsi che avvicinarsi la quotidiana esperienza con l'essere) al diritto penale dello stato sociale di diritto.

### 3.1. Il principio di laicità e quello di materialità dell'azione punibile.

Il processo di laicizzazione del diritto, che ne sancisce il definitivo distacco dalla religione e ne fonda uno statuto del tutto autonomo da quello della morale, si deve al giusrazionalismo laico e all'illuminismo, dall'«*etiamsi daremus...non esse Deum*» di Hugo Grozio<sup>62</sup> alle ineguagliate riflessioni sulla differenza fra delitto e peccato di Cesare Beccaria<sup>63</sup>.

Da questo momento, la progressiva secolarizzazione farà lentamente smarrire al diritto penale ogni fondamento diverso dal contratto sociale<sup>64</sup>.

Il diritto e lo stato, secondo questa opzione, non solo non posseggono né incarnano valori solo perché tali, ma neppure devono avere fini morali svincolati dall'interesse delle persone, giustificandosi soltanto con il compito di perseguire scopi di concreta *utilità* in favore dei cittadini e principalmente di

---

<sup>62</sup> Su cui v. S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, pp. 45 ss. e 57 ss., dove si rileva, fra l'altro, la presenza già in Grozio di una concezione utilitaristica delle finalità della pena, espressa anche attraverso l'estesa citazione del *De ira* di Seneca: «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt: futura prohibentur*» (p. 55).

<sup>63</sup> Del quale val la pena riportare per intero questo passo esemplare: «Finalmente alcuni pensarono che la gravità del peccato entrasse nella misura dei delitti. La fallacia di questa opinione risalterà agli occhi d'un indifferente esaminatore dei veri rapporti tra uomini e uomini, e tra uomini e Dio. I primi sono rapporti di uguaglianza. La sola necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e dalle opposizioni degli interessi l'idea della *utilità comune*, che è la base della giustizia umana; i secondi sono rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore, che si è riservato a sé solo il diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente. Se ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia, che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso [...]? La gravità del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore. Questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi.

Come dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbero in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona, e perdonare quando Iddio punisce», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § VII, p. 23.

<sup>64</sup> Sul mutamento di paradigmi provocato dall'illuminismo, cfr., fra tutti, M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 222, dove si legge che la svolta è avvenuta «attraverso la creazione delle Carte dei diritti dell'uomo, la successiva nascita dello stato di diritto, lo sviluppo delle Costituzioni e delle codificazioni moderne e l'obiettivo di un intervento penale umano, minimo, quale *extrema ratio*. Nasce da queste premesse il garantismo e il diritto penale come "problema": una tecnica di controllo sociale, una branca del sapere giuridico che hanno bisogno di giustificazione, di legittimazione politica, morale e culturale». Cfr. anche L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., p. 503, dove si rileva che è dalla tradizione penalistica laica e liberale del Seicento e del Settecento che deriva l'idea che «le afflizioni penali sono prezzi necessari per impedire danni maggiori ai consociati, e non omaggi gratuiti all'etica o alla religione o al sentimento di vendetta».

garantirne i diritti e la sicurezza<sup>65</sup>. E il diritto penale mira non già ad ottenere l'adeguamento della condotta individuale ad un astratto imperativo morale, bensì a disciplinare e indirizzare l'agire umano nella sfera sociale.

Ciò comporta l'indifferenza del diritto penale rispetto all'intrinseco valore di moralità o immoralità dei comportamenti comandati o vietati e, soprattutto, il principio per cui il diritto penale può dirigersi soltanto contro tangibili azioni esterne dell'uomo, e non anche contro meri atteggiamenti interiori<sup>66</sup>.

Non sarebbe errato affermare, quindi, che il principio di laicità è riassumibile nel brocardo *nullum crimen sine iniuria*, nel requisito, cioè, della "dannosità sociale"<sup>67</sup>, che «si oppone incondizionatamente alla facoltà di criminalizzare condotte indesiderate solo per la loro immoralità, irreligiosità, inesteticità, asocialità, ma non dannose socialmente, cioè costitutive di danno a terzi» e «fa divieto assoluto al legislatore di promuovere con la pena un credo religioso, morale o un qualsivoglia 'way of life', conculcando la libera opinione e il diritto di autodeterminarsi»<sup>68</sup>.

Come già rilevato da Bricola nel 1973<sup>69</sup>, in polemica col Bettiol<sup>70</sup>, «un diritto penale è totalitario quando [...] colpisca meri atteggiamenti d'ordine interiore estrinsecantisi in fatti che [...] non siano in concreto lesivi dei valori tutelati».

Il principio di laicità postula quindi un «diritto penale del fatto» (il *Tatprinzip* dell'esperienza tedesca, più generalmente sintetizzato nel tradizionale brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*) ed è strettamente connesso al principio di materialità.

Questo principio – quale «preliminare avamposto garantistico contro una curvatura soggettivista e psicologizzante del diritto penale, e contro un suo

---

<sup>65</sup> Sull'autonomia del diritto dalla morale come principio normativo metagiuridico, che enuncia un «dover essere» del diritto e dello stato ai quali impone l'*onere della giustificazione* rispetto a finalità utilitarie ad essi esterne, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 207 ss.

<sup>66</sup> Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 9.

<sup>67</sup> Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 56-57. Anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § VIII, p. 23, affermava: «Abbiamo veduto qual sia la vera misura dei delitti, cioè il danno della società».

<sup>68</sup> C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 448.

<sup>69</sup> Ci si riferisce ancora a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 66 ss.

<sup>70</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971, p. 8, nel quale si afferma: «Se il diritto penale dell'atteggiamento interiore deve avere un significato, questo è in funzione di una sempre maggiore accentuazione del carattere etico del diritto penale non solo in relazione alle esigenze etiche oggettive tutelate dalla norma penale, ma in funzione dell'eticità della persona umana che si manifesta negli atteggiamenti di coscienza e nella scelta delle motivazioni dell'azione».

utilizzo in chiave sintomatica della personalità individuale (tipici, ad esempio, di un diritto penale “della volontà”, della *Gesinnung*, ovvero del “tipo d’autore”))<sup>71</sup> – richiede una esteriorità al comportamento punibile, rendendo inaccessibili alla sanzione penale, appunto, idee, stati d’animo, sentimenti, atteggiamenti interiori.

Come rileva parte della dottrina<sup>72</sup>, pur avendo in comune con esso le medesime matrici di origine (la filosofia utilitaristica e l’istanza di separazione tra diritto e morale), il principio di materialità ed esteriorità della condotta resta distinto da quello di offensività, che richiede un *quid pluris* per la punibilità della condotta, costituito dall’offesa (*sub specie* lesione o messa in pericolo) di un bene giuridico.

La Costituzione – agli artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20, 21 – è netta nell’affermare i principi di libertà morale e di pluralismo e tolleranza politica, ideologica e religiosa, e nel tutelare la dignità e personalità dell’individuo, principi convergenti nell’indicare che le ideologie, le morali o le religioni non sono suscettibili di tutela penale nelle loro autonome e specifiche peculiarità.

In uno stato, poi, nel quale la sovranità appartiene al popolo (art. 1, 2° co.), tutto il potere statale promana quindi dal popolo e la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101, 1° co.), il diritto penale non può perseguire fini trascendenti e il reato non può consistere nella violazione di precetti divini<sup>73</sup>.

Su queste stesse argomentazioni, sostanzialmente, si è basata, in una sentenza relativamente recente, anche la Corte costituzionale, che ha significativamente riconosciuto il principio di laicità quale «principio supremo» dell’ordinamento italiano<sup>74</sup>.

### 3.2. La funzione della pena.

---

<sup>71</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 55-56.

<sup>72</sup> Cfr. A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 274 ss., L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 483 ss., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 55 ss. In particolare, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., pp. 448 ss., interpreta il principio di offensività come articolazione del (più complessivo) principio di laicità.

<sup>73</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001, p. 451.

<sup>74</sup> Cfr. Corte cost., sent. 12 aprile 1989 n. 203, in *Giur. cost.* 1989, I, pp. 890 ss. La griglia dei principi che lo modella è individuata dalla Corte negli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.

Il Costituente, nell'affermare, all'art. 27, 3° co., che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», prende una posizione molto netta e s'impegna in maniera vincolante per il finalismo rieducativo della pena (funzione cosiddetta "specialpreventiva positiva").

Una pena che guarda quindi al futuro, secondo le teorie "relative" (cioè *ad effectum relatae*), e non al passato, in base a paradigmi "assoluti" e retributivi che punirebbero «*quia peccatum est*» e che ormai gran parte della dottrina è concorde nel ritenere inaccoglibili nel nostro contesto socio-ordinamentale<sup>75</sup>.

In primo luogo, come è stato rilevato<sup>76</sup>, in «contrasto strutturale con i principi fondamentali dello stato sociale di diritto» appare la pretesa di annullare il male in senso etico con l'inflizione di una pena statutale, fra l'altro di impossibile realizzazione, data l'assoluta eterogeneità (ed incommensurabilità) tra la colpevolezza del reo e la predisposizione di una misura di controllo eteronoma.

Sul piano ontologico, poi, le teorie retributive appaiono irrazionali, in quanto presuppongono l'accettazione fideistica del dogma della libertà del volere (e dell'agire) dell'uomo<sup>77</sup>. Infine, sul piano politico-criminale, se ne è rilevata la sterilità (ed, anzi, il potenziale effetto criminogeno) legata all'alto tasso di recidivismo che una pena orientata a criteri di mera afflittività reca con sé.

La decisa opzione teleologica del Costituente per una pena che tenda alla «rieducazione», peraltro, se interpretata sistematicamente e nelle sue corrette interrelazioni con gli altri principi fondamentali espressi dalle norme costituzionali, non può che essere intesa nel senso di una (re)integrazione

---

<sup>75</sup> Già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XII, p. 31, affermava: «Il fine delle pene non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...] Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali».

<sup>76</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 85 ss.

<sup>77</sup> Vale a dire che l'uomo sia ontologicamente libero nella formazione della sua volontà e che, sulla base di essa, possa agire di conseguenza. Si tratta di un tema teologico o di filosofia morale da sempre dibattuto, e tuttavia insolubile se non fideisticamente. Come è stato messo in luce da A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., pp. 37 ss., l'idea di un sistema penale basato sul merito e demerito individuale e fondato, quindi, sulla retribuzione di colpevolezza, nacque contemporaneamente alla rivoluzione borghese e costituì la base delle teorizzazioni della Scuola cd. classica, cui presto sarebbe stato contrapposto un rigido determinismo di tipo psico-antropologico da parte della Scuola positiva.

sociale<sup>78</sup> che, tendendo ad una (ri)sensibilizzazione del reo per i principi e i valori che la Costituzione stessa pone e che rappresentano i fondamenti del vivere comune nella collettività, lo recuperi al contesto sociale e ambientale nel quale tornerà ad operare.

È bandita dal nostro ordinamento qualsiasi ipotesi di emenda morale che intenda imporre – coattivamente – al condannato precetti di natura etica e miri a far sì che questi interiorizzi i fondamenti morali della convivenza umana. Si tratterebbe di «porre l’obiettivo della pena nella *metànoia* soggettiva o cambiamento di mentalità del reo»<sup>79</sup>. È un obiettivo non legittimamente perseguibile in un ordinamento attento ad esigenze di stato sociale e di stato di diritto.

L’art. 27, 3° co. va infatti inserito in un contesto ordinamentale che (come si è detto) garantisce la coesistenza di concezioni etiche diverse e tutela la libertà morale. Un legittimo, oltre che praticabile ed efficace, trattamento di recupero non può che limitarsi al solo rispetto della *legalità esteriore*.

Ma anche la (ulteriore) dimensione solidaristica da stato sociale che caratterizza il nostro ordinamento incide in misura sensibile sul modo di intendere il finalismo rieducativo della sanzione criminale. Infatti non v’è dubbio che l’obiettivo della “risocializzazione” «riceve piena legittimazione, solo se collocato nella prospettiva emancipatrice di cui all’art. 3, 2° comma – soltanto se concepito, cioè, come un’offerta di ausilio finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad un inserimento sociale più idoneo a favorire l’osservanza della legge da parte del soggetto che ha già delinquito»<sup>80</sup>.

Ma v’è di più. Le garanzie dello stato sociale di diritto ed il rispetto della persona umana, oltre che ragioni legate ad una buona riuscita del trattamento “risocializzante”, impediscono che lo stesso obiettivo del recupero sociale si attui mediante indebite manipolazioni della personalità del condannato e con un’imposizione coattiva e *ab externo*; il cambiamento non può avvenire che con un’attiva e spontanea adesione del soggetto.

---

<sup>78</sup> Sul concetto di pena come «integrazione sociale», cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 83 ss.

<sup>79</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., p. 277.

<sup>80</sup> G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., p. 224.

Di fronte ad una simile situazione, c'è chi ha prospettato<sup>81</sup> che la rieducazione si dovrebbe limitare a porre il reo nella condizione di optare liberamente tra i diversi sistemi di valore additati dal contesto sociale, secondo il modello della cd. “pedagogia dell'autodeterminazione”, come educazione “alla libertà”, e senza scendere nel “merito” delle opzioni di valore, fossero esse morali o socio-ordinamentali.

Tuttavia, si è obiettato a questa teoria<sup>82</sup> che il delitto può in alcuni casi – e ciò a prescindere dall'insolubile dilemma del libero arbitrio – essere frutto di una scelta autoresponsabile, e che per altro verso l'educazione all'autodeterminazione non può non fare i conti con difficoltà oggettive legate al suo svolgersi in una situazione di coazione esterna, inevitabilmente connessa all'esecuzione della pena in un'istituzione, come si dice, totale, come quella carceraria<sup>83</sup>.

Pare allora che l'unica prospettiva legittima e concretamente praticabile per la “risocializzazione” consista nell'offerta di una “terapia sociale emancipante”<sup>84</sup>, la quale non tenda a promuovere dall'esterno un'astratta educazione alla libertà, bensì, nel rispetto dell'autonomia del singolo, offra a questi tutti gli ausili possibili per una reale (re)integrazione nella società e per il superamento dei problemi che lo hanno indotto a delinquere.

Da questo punto di vista, l'uso del verbo «tendere» di cui all'art. 27, 3° co., lungi dall'affievolire e rendere meno vincolante l'obbligazione rieducativa dello stato, starebbe proprio ad indicare l'eventualità di uno scarto – che va

---

<sup>81</sup> Nella nostra dottrina, v. M. PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.* 1983, pp. 21 ss.

<sup>82</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., p. 279.

<sup>83</sup> L'idea del carcere come forma normale di esecuzione della pena, su cui si fonda quella che lui chiama l'“ideologia” risocializzatrice, è stata contestata, alla luce della più recente legislazione, da M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 231 ss., il quale ritiene che «le [...] funzioni della pena siano oggi ampiamente trasfigurate dall'impatto di regimi di esecuzione nuovi rispetto alla cultura del codice» e che siano «soprattutto determinati tipi di autore ad apparire predestinati a conoscerlo [il carcere] come effettiva modalità di esecuzione della pena». Da questa prospettiva l'A. arriva a criticare l'“ideologia” risocializzatrice, con una *Inversionmethode*, che, invero, interpreta i principi e le norme costituzionali alla luce della legislazione ordinaria e non viceversa e sostenendo che siano i primi a doversi “flettere” alla seconda: «Una loro lettura massimalista (*sic*) non è adatta a tutte le stagioni e a ogni tipo di legislazione penale», p. 234. Si veda in merito la già citata critica di A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 133 ss.

<sup>84</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 104 ss.

senz' altro messo in conto – fra l'offerta di aiuto dello stato e l'effettiva adesione del soggetto, dalla quale non può prescindersi<sup>85</sup>.

L'istituzione penale, così intesa, diviene soltanto *uno* fra gli strumenti di controllo sociale destinati a prevenire il delitto, ed in posizione certo sussidiaria e subordinata rispetto alle cd. agenzie primarie (di controllo sociale) quali la famiglia e la scuola sopra tutte.

In caso di rifiuto del “trattamento” risocializzante da parte del soggetto (come, del resto, nel caso di soggetti già socialmente integrati), è doveroso ad ogni modo impedirne una (ulteriore) desocializzazione, evitando l'attivarsi di processi di disadattamento, inevitabili quando ad orientare l'istituto penale siano scopi meramente afflittivi (che non possono in ogni caso sfociare in «trattamenti contrari al senso di umanità»).

Come si è detto, la non-desocializzazione «viene dunque a rappresentare il *plafond*, la base più ampia sulla quale costruire un'auspicabile, ma pur sempre solo eventuale (ri)socializzazione»<sup>86</sup>. Non verrebbe, fra l'altro, meno il fondamento del diritto di punire, che andrebbe individuato in legittime esigenze di prevenzione generale, chiaramente intesa nel senso del rafforzamento della fiducia dei consociati nelle istituzioni e nella effettività della tutela penale.

Interpretata in tal maniera, la rieducazione si inserisce così nell'ambito di un più ampio concetto di genere, quello dell'“integrazione sociale”, appunto comprensivo anche della prevenzione generale cd. positiva o allargata, che vede nella giustizia penale uno strumento utile di conformazione sociale (attivabile, si ribadisce, in via di *extrema ratio*) tanto per il singolo che ad essa è sottoposto quanto per la generalità dei consociati, che agevoli o rafforzati l'introduzione dei modelli di comportamento socialmente approvati.

Così, «la prospettiva risocializzatrice diventa a pieno titolo strumento di una strategia generalpreventiva allargata; e non già come scopo “secondario” o eventuale, bensì come obiettivo (per dir così) comprimario, tanto più per una

---

<sup>85</sup> «Ciò che il verbo ‘tendere’ vuole significare è soltanto la presa d'atto di una divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quelle finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» così Corte cost., sent. 26 giugno - 3 luglio 1990 n. 313, in *Giur. Cost.* 1990, p. 1994.

<sup>86</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 106.

società disposta a riconoscere la propria parte di “corresponsabilità” nella genesi del delitto»<sup>87</sup>.

Tutto ciò ovviamente nel rispetto del principio di proporzione e nell’ambito di una responsabilità personale per il fatto, di cui agli artt. 3, 1° co. e 27, 1° co. della Costituzione, che evitano i rischi di pene indeterminate per esigenze di prevenzione, e senza dover ricorrere, come anche si è fatto<sup>88</sup>, a vecchie concezioni di stampo retribuzionistico da affiancare (in chiave di limite) a quella risocializzatrice<sup>89</sup>.

In effetti l’esigenza di mantenere un accettabile equilibrio tra reazione sanzionatoria e grado dell’offesa, più che costituire un limite “esterno” imposto dalla natura giuridicamente formalizzata del controllo penale, rappresenta una condizione di efficacia della stessa funzione preventiva. In particolare, si ripete, «la possibilità che il reo avverta come giusta e proporzionata la sanzione inflittagli costituisce presupposto dell’accettazione di un processo rieducativo diretto a sviluppare in lui la capacità di apprezzare i valori protetti dall’ordinamento»<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., p. 273.

<sup>88</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82, in cui si sostiene che «la attribuzione di una funzione rieducativa alla pena frena indubbiamente quelle tendenze alla repressione della “volontà” o dell’atteggiamento interiore che sono connesse alla “retribuzione”; per contro, il mantenimento della funzione retributiva [...] garantisce che il fine della rieducazione non disancori il reato dal suo necessario contenuto lesivo (espressione, quest’ultima dell’ideologia retributiva di marca liberale). In sostanza, la polivalenza dei “fini” della pena rappresenta una saldatura fra il momento garantista o liberale della retribuzione (reato come fatto necessariamente lesivo) e le aperture “sociali o solidariste” della rieducazione».

<sup>89</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., p. 248, che critica l’impostazione di Bricola, affermando che «sottolineare la funzione “rieducativa” della pena, ma volerne nel medesimo tempo mantenere lo scopo retributivo come presunto “momento logico ed ineliminabile”, significa in realtà svalutare in modo preconcepito un dato obiettivamente ed inequivocabilmente desumibile dall’ordinamento italiano: cioè che l’art. 27, 3° comma si limita ad attribuire alla pena una funzione “rieducativa”, tacendo del tutto sull’altro momento (quello cioè retributivo) che dovrebbe poi assolvere una funzione complementare alla prima». Piuttosto, si aggiunge, «la funzione rieducativa, una volta inserita nel sistema costituzionale, si orienta secondo i valori fondamentali espressi dal contesto in cui è operante», il che comporta il rispetto dei principi di proporzione e materialità, eliminando la necessità di richiamare in causa il momento retributivo, onde impedire che la pena sanzioni la mera pericolosità del reo.

<sup>90</sup> *ibidem*, p. 265. Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna 2009, p. 40 ss. L’art. 27 comma 3 Cost. è del resto la disposizione su cui la stessa giurisprudenza costituzionale (si vedano, tra le altre, le sentt. n. 251 del 2012 e nn 105 e 106 del 2014, con cui la Corte costituzionale ha iniziato a demolire il divieto di prevalenza di attenuanti rispetto alla recidiva reiterata, introdotto dalla legge n. 251/2005 nell’ultimo comma dell’art. 69 c.p.) radica ormai saldamente il principio di proporzionalità della pena: cfr. in merito F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, nota a Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Ercolano, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* n. 1/2014, 250 ss., 254.

A lungo la giurisprudenza e la parte maggioritaria della dottrina hanno ritenuto di relegare la funzione rieducativa di cui al 3° co. dell'art. 27 al solo momento esecutivo della pena, quasi che ad essa fossero indifferenti (e dalla considerazione di essa si potesse prescindere nel)le precedenti fasi dell'intervento penale, quelle della minaccia legale, con la creazione delle fattispecie, e dell'inflizione (giudiziale) della sanzione<sup>91</sup>.

Si sarebbe trattato di una questione di ordinamento penitenziario (e di relativi organi), di trattamento nei confronti di soggetti puniti sulla base di finalità retributive e di prevenzione generale, positiva o – più spesso – negativa che fosse (cosiddetta concezione “polifunzionale” della pena, di cui sono massima espressione le sentenze della Corte costituzionale n. 12/1966 e n. 264/1974)<sup>92</sup>.

Il *revirement* giurisprudenziale data da un tempo relativamente recente. È solo con la sentenza n. 313/1990<sup>93</sup> che la Corte costituzionale afferma compiutamente che «la necessità costituzionale che la pena debba ‘tendere’ a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da

---

<sup>91</sup> Descrive l'evoluzione della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza costituzionale in materia, M. PAVARINI, *Lo scopo nella pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 360 ss.

<sup>92</sup> Chiamate a pronunciarsi sulla legittimità delle pene pecuniarie e di quella dell'ergastolo rispetto alla finalità rieducativa. In particolare, Corte cost., sent. 22 novembre 1974 n. 264, in *Foro. it.* 1974, I 330, che, in motivazione, fa riferimento in termini espliciti alla teoria polifunzionale della pena, affermando che «la funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento del delinquente, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alle radici della pena».

Nella successiva sent. 313/1990, che segnerà l'inversione di rotta della Corte, gli stessi giudici costituzionali così ricostruiscono, limpidamente, il precedente orientamento: «In realtà la passata giurisprudenza di questa Corte (come, del resto, la dottrina imperante dei primi anni di avvento della Costituzione), aveva ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma 3 art. 27, riguardava il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato [...]. A tale risultato si era pervenuti valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed assolutezza al principio rieducativo, che – come dimostrerebbe l'espressione testuale – doveva essere inteso esclusivamente quale “tendenza” del trattamento», Corte cost., sent. 26 giugno- 3 luglio 1990 n. 313, in *Giur. cost.* 1990, p. 1994.

<sup>93</sup> Con la quale la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 27, 3° co. Cost., l'art. 444, 2° co. c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità a fini special-preventivi della pena indicata dalle parti nel patteggiamento, rigettando la richiesta nel caso di valutazione sfavorevole.

quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>94</sup>. Quindi «il precetto di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost. deve valere tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli della esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»<sup>95</sup>: il fine special-preventivo estenderebbe così la propria operatività ben oltre la sola fase dell'esecuzione, per orientare lo stesso legislatore nel momento della scelta del tipo e dell'entità della sanzione ricollegabile ai diversi modelli delittuosi, e, successivamente, il giudice nella fase commisurativa.

Così, dal punto di vista *sostanziale*, «l'attribuzione di una funzione 'rieducativa' alla pena reagisce sul processo di selezione dei beni penalmente tutelabili»<sup>96</sup>, nel senso di indurre a circoscrivere l'area dell'illecito penale ai soli fatti lesivi di valori legittimamente assumibili a punto di riferimento di un processo rieducativo.

La scelta dei criteri di ordine materiale – attinenti alla selezione degli oggetti di tutela e delle modalità di aggressione – che presiedono alla criminalizzazione di fatti ritenuti socialmente dannosi, non può prescindere da questa considerazione, salvo risultare assolutamente inefficace ed inservibile alla tutela della libertà e alla prevenzione della criminalità.

«È proprio la prospettiva dell'integrazione sociale ad esigere che, sotto il profilo contenutistico, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano generalmente avvertiti come tali: risultino, cioè, contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi»<sup>97</sup>: il buon esito del trattamento risocializzante richiede che il soggetto percepisca chiaramente l'antisocialità del proprio comportamento, vale a dire l'offesa significativa al bene giuridico.

---

<sup>94</sup> Cfr. Corte cost., sent. 26 giugno- 3 luglio 1990 n. 313, cit., p. 1995.

<sup>95</sup> Cfr. Corte cost., sent. 26 giugno- 3 luglio 1990 n. 313, cit., p. 1995. In realtà già nella nota Corte cost., sent. 23- 24 marzo 1988 n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 686 ss. si dimostra piena consapevolezza delle implicazioni che la finalità rieducativa ha sulla fase sulla fase di redazione delle norme penali (che devono esser chiare, tassative, di facile comprensione, rare...), in quanto postula la possibilità di riconoscere come illecito il fatto da parte dell'agente.

<sup>96</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., p. 246.

<sup>97</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174.

Il bene oggetto di protezione deve quindi essere “afferrabile” e sufficientemente consolidato nella coscienza sociale. E lo strumento penale deve essere attivato solo contro concrete azioni esterne che rappresentano aggressioni significative (*sub specie* danno o pericolo, se contrassegnato da particolare concretezza) a beni giuridici.

Dal punto di vista *formale*, poi, il finalismo rieducativo della pena reagisce sui caratteri che la legge penale deve possedere e ne impone la determinatezza/tassatività.

In un contesto di integrazione sociale, attento alle esigenze dello stato sociale di diritto, l’illecito dovrà essere riconoscibile in quanto tale e il cittadino dev’essere posto in grado di antivedere le conseguenze della propria condotta. Ciò sia dal punto di vista dei consociati, risultando impraticabile un’aggregazione dei consensi intorno a norme oscure, sia dal punto di vista del singolo, in quanto presupposto essenziale per un’efficace opera di recupero sociale è, si ripete, che questi avverta la sanzione come “giusta” o quanto meno accettabile, e la norma penale come regola di condotta violata.

Nel prossimo paragrafo analizzeremo i caratteri della legge penale e ne metteremo meglio in luce le relazioni con la funzione della pena.

### 3.3. *Il principio di legalità e i suoi corollari.*

L’art. 25, al 2° co., dichiarando che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», enuncia chiaramente il principio di legalità in materia penale – principio peraltro accolto in maniera solenne in apertura del nostro codice penale<sup>98</sup> – che si

---

<sup>98</sup> Sulla compatibilità del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* con un assetto autoritario dello stato e con un disegno giuridico-politico repressivo, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 19. Cfr. anche ID., *La ‘promessa non mantenuta’*, cit., pp. 34 ss., in cui si evidenzia «la ‘duttilità’ politica del mero principio di legalità – scollato, quindi, da taluni dei suoi corollari di ordine formale e sostanziale – che di per sé non risulta di ostacolo ad un disegno politico-giuridico autoritario» in cui «la certezza del diritto non è più concepita come garanzia per l’individuo, ma come mezzo per finalità trascendenti la sua dimensione ed orientate a rafforzare la funzione di comando dell’autorità», nonché C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 85-86, che mette in luce la eludibilità del principio di legalità nel diritto penale autoritario e la compatibilità con quest’ultimo dell’‘aspetto formale’ della legalità. Per

articola su tre piani: quello delle fonti, in relazione al quale affida interamente al potere legislativo di individuare i comportamenti qualificabili come reati e le relative pene<sup>99</sup>, quello della interpretazione e formulazione tecnica delle norme, imponendone la tassatività e la determinatezza, e quello della validità nel tempo della legge penale, la quale non può avere un'efficacia retroattiva se non a favore del reo<sup>100</sup>.

Questi tre aspetti, pur sorretti ognuno da esigenze specifiche, appaiono tutti coordinati verso l'unica finalità di garanzia della libertà personale, di tutela del cittadino di fronte agli arbitri normativi dell'esecutivo, delle interpretazioni del potere giudiziario e dell'applicazione retroattiva delle leggi; del resto, il contesto in cui emersero per la prima volta è quello dell'illuminismo penale (in particolare, nelle teorizzazioni di Beccaria e, poi, di Anselm Feuerbach e Karl Grolman, fra i quali pur si ricorda l'aspra ma esemplare polemica sorta, tra gli altri, anche su questo tema) nel quale l'attenzione per le esigenze di garanzia, di tutela della libertà individuale e di certezza del diritto fu molto alta.

Pur tuttavia, la *ratio* della riserva assoluta di legge si staglia con una sua autonomia<sup>101</sup> rispetto a quell'esigenza di certezza che sta, viceversa, alla base degli altri due profili della norma costituzionale. Il suo fondamento va individuato nella massima garanzia per il cittadino costituita dalla rappresentatività del Parlamento, nel suo essere espressione dell'intero popolo, che permette, in connessione con le modalità e le caratteristiche del procedimento legislativo, alle minoranze e alle opposizioni di limitare e controllare la volontà della maggioranza; garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale<sup>102</sup>.

---

un diverso ordine di idee, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 23.

<sup>99</sup> Il Costituente, peraltro, consapevole del carattere afflittivo delle misure di sicurezza, ha previsto, al 3° comma, anche per esse il principio di riserva di legge.

<sup>100</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25* (1981), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna 1989, p. 231.

<sup>101</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 39 ss., ID., *Il II e III comma dell'art. 25*, cit., pp. 232 ss.

<sup>102</sup> Di garanzia «procedimentale», e non «contenutistica», fornita dalla riserva di legge, parla F. C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino 1993, p. 344. In particolare, si afferma, la produzione necessariamente legislativa del diritto penale garantisce un triplice controllo sul prodotto legislativo: il controllo dell'opinione pubblica nell'*iter* di formazione della normazione penale, quello delle minoranze nella sede parlamentare, quello della Corte costituzionale attraverso il giudizio incidentale di legittimità delle leggi. Dello stesso ordine di idee G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 51, secondo cui «è fondato presumere che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti della collettività e la cui protezione

Ciò che ha portato a sostenere che la produzione di norme penali vada riservata alla sola legge in senso formale o, più realisticamente, secondo una parte della dottrina, che vada in ogni caso circoscritta e contenuta entro limiti rigorosi l'utilizzazione degli atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge) in materia penale.

In effetti, l'uso di tali atti, cui pure la Costituzione riconosce efficacia pari alla legge in senso formale, ha suscitato non poche riserve sul piano sostanziale<sup>103</sup>. Quanto alle leggi delegate, si è rilevato che, rispetto ad esse, il potere legislativo si limita a formulare criteri direttivi più o meno dettagliati, ma la concretizzazione del precetto è rimessa al potere esecutivo, residuando poi il solo controllo – successivo – della Corte costituzionale, sia pure esteso, oltre che ai contenuti specifici del decreto legislativo, anche al rispetto dei principi direttivi della delegazione<sup>104</sup>.

Quanto ai decreti legge, le perplessità sono ancora maggiori, in quanto il loro impiego in materia penale si presenta assai poco coerente con quelle che dovrebbero essere le caratteristiche di un diritto penale razionale<sup>105</sup>. Se, infatti, la natura degli interessi coinvolti nella disciplina penale è tale da raccomandare ponderazione, riflessione e larga partecipazione nella formazione della volontà legislativa, il decreto legge, da emettere “in casi straordinari di necessità e di urgenza”, si presta assai bene «ad un impiego del diritto penale talvolta addirittura emotivo e strumentale, causa in ogni caso di inconvenienti e degenerazioni del sistema»<sup>106</sup>.

Altra questione è quella relativa al carattere assoluto o meno della riserva e dei rapporti fra legge e fonti subordinate nei casi, sempre più frequenti, anche a

---

valga, dunque, il sacrificio della libertà personale connesso all'inflizione della pena»; tuttavia, a giudizio degli Autori, la suddetta ‘ratio democratica’ della riserva di legge, per non rimanere aspirazione teorica o puramente ideologica, abbisogna di alcune condizioni fattuali di contesto, che dipendono dalle contingenze storico-politiche: soprattutto che non vi sia un accentuato squilibrio di forze nel rapporto tra maggioranza e opposizione e che i partiti al governo mostrino una effettiva disponibilità a tener conto delle eventuali obiezioni manifestate dall’opposizione, evitando forme di ‘tirannia della maggioranza’, e poi che le scelte politico-criminali siano fatte oggetto di un ampio dibattito pubblico, anche all’esterno delle sedi politico-istituzionali.

<sup>103</sup> Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 77 ss.

<sup>104</sup> L’idea che il meccanismo della delega legislativa sia in realtà quello più lontano dallo spirito della riserva è presente in F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 347.

<sup>105</sup> Una posizione fortemente critica sull’uso dei decreti legge in materia penale è espressa, fra gli altri, da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 41 ss. Obiezioni di uguale tenore anche in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 54 ss.

<sup>106</sup> F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 346.

causa della crisi del parlamentarismo in Italia e dell'ipertrofia del diritto penale, di etero-integrazione normativa, attuata mediante il ricorso a fonti di diritto positivo non legislative, a cui viene commesso, in definitiva, l'ufficio di dare concretezza al precetto penale<sup>107</sup>. Come è stato detto, infatti, il realismo si è finora imposto sulla proclamazione della riserva cosiddetta assoluta, che tuttavia si cerca di far salva nelle premesse e nelle finalità sostanziali<sup>108</sup>.

Il problema è, quindi, individuare i contributi non legislativi rispettosi della funzione garantista della riserva per distinguerli da quelli che tali non sono<sup>109</sup>.

Il caso-limite è quello della cosiddetta "norma penale in bianco"<sup>110</sup>, nella quale vi è una scissione del binomio precetto-sanzione, nel senso che la legge si limita a stabilire la sola sanzione, ma rimette interamente ad una fonte subordinata la determinazione del precetto (l'esempio tipico è quello dell'art. 650 c.p., che incrimina l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, in cui la fattispecie corrispondente è estremamente generica e simile ad un contenitore vuoto). Il contenuto concreto della regola di condotta da osservare non è conoscibile prima che l'autorità amministrativa emani lo specifico

---

<sup>107</sup> Ritengono che la riserva sia da intendersi come assoluta G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 52 ss., specificando però poi la loro adesione ad una versione «sufficientemente elastica» di essa, che conceda al potere regolamentare uno spazio di intervento normativo, specie in settori della legislazione speciale caratterizzati da complessità tecnica e bisognosi di continuo aggiornamento (si fa l'esempio del decreto del Ministro della Sanità cui spetta di aggiornare le tabelle delle sostanze rientranti nel concetto di «stupefacente» ai fini dell'applicazione della normativa in materia); anzi, ritengono tali Autori, tale concezione, nell'attuale momento storico, contrassegnato da gravi crisi e disfunzioni dell'istituzione parlamentare, garantirebbe meglio, *di fatto*, la sostanza ideologica dello stesso principio di riserva di legge.

<sup>108</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., pp. 352 ss.

<sup>109</sup> Un consolidato criterio è quello elaborato dalla Corte costituzionale, ad es., in sent. 10 giugno 1982, n. 108, in *Giur. cost.* 1982, p. 1055, della cosiddetta "sufficiente determinazione legale", secondo cui la riserva sarebbe rispettata tutte le volte in cui «sia una legge (o un atto equiparato) – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge – ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena». Più di recente, la Corte, con sent. 11-14 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p. 989, ha interpretato la riserva di legge in maniera più rigorosa che in passato, ritenendo che contrasti sempre con essa la tecnica del rinvio a fonte secondaria per la determinazione di elementi essenziali dell'illecito. Altro criterio, di tipo teleologico-funzionale, è quello per cui i contributi delle fonti secondarie sono ammissibili solo quando hanno un ruolo specificativo di elementi già concettualmente definiti, o quantomeno già esprimenti in modo compiuto le scelte di valore, a livello legislativo, su cui v. F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 354.

<sup>110</sup> Va rilevato che parte della dottrina sostiene la pertinenza del tema della norma penale in bianco non tanto alla problematica della riserva di legge, quanto piuttosto alla regola della determinatezza/tassatività, poiché, si argomenta, la questione in tanto si pone, in quanto esista una norma di legge che contenga il rinvio ad una fonte secondaria: questo non sarebbe illegittimo *ex se*, ma solo in quanto la predeterminazione legislativa degli elementi del precetto non sia sufficientemente tassativa: cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 98-99.

provvedimento che viene in considerazione nel caso di specie. È in sostanza la fonte secondaria a determinare l'assetto e i confini di tutela degli interessi in gioco, finendo così il diritto penale per ridursi ad un ruolo "sanzionatorio" di un precetto contenuto in un atto amministrativo<sup>111</sup>.

Ma anche quando l'apporto della fonte normativa secondaria non si estenda sino al punto di porre esso stesso la regola di comportamento da osservare in concreto, ma partecipi in qualche modo alla configurazione del fatto di reato, incidendo sul suo disvalore penale, non può non dubitarsi fortemente che tale etero-integrazione sia rispettosa della *ratio* della riserva di legge.

Né sembrano convincenti le argomentazioni di quanti<sup>112</sup> raccomandano un «certo margine di tolleranza», che sarebbe imposto dalla realistica presa d'atto che, nell'attuale ordinamento positivo, l'articolazione della tutela penale si raccorda spesso a discipline extrapenali di fonte secondaria, per cui una drastica rottura di questi intrecci avrebbe come costo di depotenziare la salvaguardia di interessi di rango talvolta tutt'altro che secondario: il che, anzi, appare una vistosa e condannabile patologia del sistema penale, in contrasto con il principio di autonomia delle valutazioni penalistiche da quelle proprie di altri settori giuridici extrapenali.

Seri dubbi sono stati espressi poi da gran parte della dottrina sulla legittimità costituzionale di tale tecnica di tutela<sup>113</sup>, anche quando, pur attenendo la specificazione del precetto da parte di fonte secondaria ad un piano strettamente tecnico (tipico esempio le tabelle del Ministero della Salute sulle sostanze stupefacenti), sia prevista la variabilità nel tempo degli elementi del precetto la cui determinazione è rimessa a detta fonte.

---

<sup>111</sup> Contrario all'amministrativizzazione del diritto penale e al proliferare incontrollato e non pianificato di norme penali che costituiscono solo elementi secondari e complementari (con funzione sanzionatoria) all'interno di leggi non penali o, peggio, a sostegno di atti amministrativi, è A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene* 1985, III, pp. 443 ss., 451-452, che rivendica l'autonomia della risposta penale e delle scelte prettamente penalistiche, a seguito di un esauriente dibattito nelle assemblee plenarie e di una sufficiente decantazione dei problemi cui far fronte.

<sup>112</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 59.

<sup>113</sup> Cfr., in particolare, già P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., pp. 1270 ss., con particolare riferimento all'art. 650 c.p.; A. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 143-144. Nel senso dell'ammissibilità dell'integrazione normativa, a condizione che la legge predetermini i criteri in base ai quali la fonte secondaria concorrerà alla specificazione del precetto, F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 354 e C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 97-98.

In particolare, ci si è chiesti perché questo tipo di precetto, che dà vita ad enormi problemi sul piano della legalità, non debba essere accompagnato da una sanzione amministrativa, lasciando il diritto penale al riparo dai gravi rischi connessi alle aporie sistematiche<sup>114</sup>.

La riserva di legge in materia penale si collega inoltre strettamente all'idea di un diritto penale come *extrema ratio*, in quanto, affidando interamente al potere legislativo o, eccezionalmente (e nelle sole forme dei decreti legge e dei decreti legislativi), al Governo la normazione penale, il costituente non può non muovere dall'idea di una riduzione del campo dell'illiceità penale<sup>115</sup>. Fra l'altro nella sede parlamentare le opposizioni sono poste in grado di sindacare e contenere le scelte criminalizzanti dell'esecutivo o della maggioranza, garantendo che alla coercizione penale si ricorra solo per la tutela di interessi non contingenti e di importanza tale da giustificare la compressione della libertà personale che vi si connette<sup>116</sup>.

Se il principio di riserva di legge riguarda la gerarchia delle fonti in materia penale, il principio di determinatezza/tassatività coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende, precipuamente, a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario<sup>117</sup>.

I principi di determinatezza e tassatività impongono rispettivamente al legislatore di descrivere e disciplinare con chiarezza e precisione il fatto costituente reato e le sue conseguenze, e al giudice di non estendere l'incriminazione oltre i casi da essa espressamente previsti (venendo così a costituire una implicazione, in chiave garantistica, dei canoni di frammentarietà e necessaria lacunosità della legge penale)<sup>118</sup>.

Il loro fondamento risiede nell'esigenza di garantire la certezza della legge penale e, quindi, la sicurezza del cittadino nei confronti del potere punitivo<sup>119</sup>,

---

<sup>114</sup> S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., pp. 354-355; ID., *La 'promessa' non mantenuta*, cit., p. 62.

<sup>115</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25*, cit., pp. 237-238.

<sup>116</sup> Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 74.

<sup>117</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76 e M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 154 ss.

<sup>118</sup> Parte della dottrina propone una triplice distinzione fra principio di precisione, principio di determinatezza e principio di tassatività, in sostanza aggiungendo l'esigenza che il fatto descritto sia altresì suscettibile di essere provato in sede processuale (con intuizione, invero, non nuova, se già Feuerbach nel 1800 affermava che «ciò che nessun giudice può provare, neppure il legislatore può assumere come oggetto dei suoi divieti»). Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p.119 ss.

evitando quell'effetto di "disorientamento" connesso inevitabilmente all'esistenza di fattispecie penali imperniate su concetti vaghi o elastici.

Infatti, come si è detto, il principio di legalità, anche quando sia osservato nel suo aspetto formale (la riserva di legge), è tuttavia sostanzialmente eluso quando la previsione legislativa sia così generica e ambigua, da non consentire la ricostruzione del fatto vietato. La norma penale deve, invece, fornire una descrizione precisa del fatto punibile, mediante la previsione, generale ed astratta, dei suoi caratteri essenziali, così da delineare una fattispecie, immediatamente riconoscibile quando si verifichi nella realtà fenomenica.

Si tratta, peraltro, di una condizione di efficacia dello stesso sistema penale, indispensabile perché la norma possa effettivamente fungere da guida del comportamento dei consociati, nonché centrale nell'ottica del rapporto norma-cittadino, l'inserimento nella quale ne esalta la valenza di principio penalistico proprio di uno stato democratico: «quanto più il cittadino è posto in condizione di discernere senza ambiguità tra le zone del lecito e dell'illecito, tanto più cresce il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti dello stato e delle sue istituzioni»<sup>120</sup>.

Il principio in questione opera, dunque, su due piani distinti e nei confronti di due diversi destinatari: la determinatezza, infatti, è una caratteristica attinente alla redazione della fattispecie, mentre la tassatività, che presuppone la presenza di norme determinate, riguarda il momento, dinamico, dell'applicazione giudiziale della norma ed ha la funzione di impedire l'estensione della disposizione a casi non previsti, venendosi ad identificare col divieto di analogia<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25*, cit., p. 232. Cfr. anche S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., p. 17, dove si indica come funzione di politica del diritto del principio in questione quella di garantire la certezza del diritto e la limitazione dell'arbitrio giudiziario e si individua nel principio di determinatezza/tassatività un aspetto di non poco momento del rapporto tra autorità e individuo. Cfr. F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 355, che ritiene l'esigenza di determinatezza «il nucleo più significativo e genuino dell'eredità liberal-garantista pervenutaci col principio di legalità».

<sup>120</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 77.

<sup>121</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, p. 4, il quale sostiene che «l'uso sovente fungibile che vien fatto delle diverse locuzioni possa essere un sintomo della sostanziale unitarietà ed identità [...] dell'angolo visuale sotto il quale debbono essere considerati i fenomeni di volta in volta studiati: e cioè quello dei rapporti tra legge e giudice nel diritto penale». Si veda anche M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., p. 154, secondo cui la tassatività già include l'esigenza di determinatezza, poiché obbliga ad elencazioni 'chiuse' di fatti o casi, con esclusione di ogni altro caso o fatto non espressamente precisato.

Da questo punto di vista, come già accennato, la determinatezza delle previsioni legislative penali si pone come lo strumento tecnico per la realizzazione della frammentarietà del diritto penale, espressione delle superiori esigenze di proporzione e sussidiarietà: e da essi non può non derivare il divieto di analogia, vista la radicale antinomia che esiste tra frammentarietà ed analogia<sup>122</sup>. Il carattere necessariamente frammentario della tutela penale fa sì, infatti, che le cosiddette “lacune” siano tali solo *politicamente*, cioè come espressione di un giudizio negativo sulla scelta legislativa, escludendo che si tratti di vuoti di disciplina, da poter eventualmente colmare in via analogica (e venendo a costituire una conseguenza – nonché una garanzia – del principio di autonomia delle valutazioni penalistiche rispetto agli altri rami dell’ordinamento).

È chiaro, poi, che di divieto di analogia ha senso parlare solo a fronte di una reale frammentarietà delle previsioni normative: se le norme sono redatte con scarsa determinatezza, sono esse stesse – il legislatore, quindi – a spingere l’interprete, a prescindere da questioni di analogia, a passare dall’interpretazione alla vera e propria creazione<sup>123</sup>. Il rigoroso rispetto dei criteri che presiedono ad una corretta tecnica di redazione delle norme incriminatrici, dunque, come è evidente<sup>124</sup>, costituisce una garanzia per un equilibrato rapporto tra i poteri dello stato, evitandosi così il rischio di spregiudicate operazioni ‘creatrici’ dell’illecito penale ad opera della giurisprudenza.

Quanto al fondamento costituzionale del principio in questione, è da dire che, invero, l’art. 25, al 2° comma, non contiene più che una stringata formulazione dei principi di riserva di legge e di irretroattività<sup>125</sup> e che dall’art. 13, 2° comma si può al più dedurre un divieto di analogia in materia penale. È tuttavia da una lettura sistematica dell’intera normativa che emerge con chiarezza il rango costituzionale del principio di determinatezza/tassatività: in particolare, l’art. 13, 2° comma, che ai fini della restrizione della libertà parla di «casi e modi previsti dalla legge», l’art. 25, 2° comma, che, nell’utilizzare la

---

<sup>122</sup> Di cui parla F. C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 363.

<sup>123</sup> Cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit., p. 30.

<sup>124</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 81.

<sup>125</sup> Ma per una fondazione costituzionale del principio di determinatezza (*rectius* precisione, secondo il linguaggio degli Autori) sul solo art. 25, 2° co., cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 120-121.

locuzione «fatto», non può certo riferirsi a concetti vaghi e indeterminati, nonché l'art. 27, 1° comma, sulla personalità della responsabilità penale, configurabile solo a fronte di norme riconoscibili<sup>126</sup>. Dal punto di vista processuale, poi, tale principio garantisce l'obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., consentendo il controllo sulla valutazione del pubblico ministero, che, in presenza di fattispecie indeterminate, diverrebbe invece del tutto elastica ed arbitraria; e tutela il diritto di difesa, previsto all'art. 24, 2° comma, il quale esige che all'imputato vengano contestati in modo preciso sia il fatto sia la norma violata, per cui la genericità di quest'ultima non potrebbe non reagire, logicamente, sulla formulazione dell'imputazione<sup>127</sup>.

Un'ultima considerazione sulla rilevanza della determinatezza/tassatività in relazione alla finalità della pena. Non è nuova l'idea della funzionalità di tale principio alle opzioni teleologiche del legislatore penale; si può dire, anzi, che esso sia nato, oltre che con funzioni garantistiche di politica del diritto, anche con precisi scopi di politica criminale<sup>128</sup>.

Fu Anselm Feuerbach, nell'ambito delle sue speculazioni sulla *bürgerliche Strafe*, nella sua concezione di *psychologische Zwangstheorie*, a collegare in maniera limpida tale concezione – di tipo general-preventivo negativo – della pena alla tutela della libertà e dignità dell'individuo, attraverso la chiara e rigorosa affermazione del principio del *nullum crimen*, cioè della legalità e certezza del diritto penale<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., pp. 27-28. In termini analoghi, cfr. F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., pp. 33 ss., il quale mette in luce soprattutto il rapporto di strumentalità e l'identità di *ratio* fra questo principio ed il divieto di retroattività, e pp. 46 ss., sulla possibilità di ricavarne il fondamento costituzionale anche dal divieto di analogia di cui all'art. 13, 2° comma. Anche M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., pp. 156 ss., ritiene poco persuasivi gli argomenti fondati sul solo art. 25, 2° co. e sostiene la via del confronto sistematico tra tale articolo e altre norme della Costituzione, in particolare, oltre ai già citati artt. 13 e 27, 1° co., l'art. 112 e l'art. 24, 2° co.

<sup>127</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 77 e M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., p. 157.

<sup>128</sup> Di una «doppia anima» del principio di legalità nel pensiero di Feuerbach parla F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 89.

<sup>129</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 121 ss. Cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 48-49, che mettono in luce la genesi non strettamente penalistica, ma squisitamente politica, del principio di legalità nel pensiero illuminista ed, in particolare, nelle teorizzazioni di Feuerbach, ed affermano che «tale intreccio tra ragioni teoriche e ragioni politico-ideologiche corrisponde ad un approccio metodologico che rimane ancor oggi valido, pur risultando ormai superata la teoria della coazione psicologica».

Tale principio nacque dunque sotto la spinta di esigenze politico-giuridiche di derivazione liberale: in particolare, oltre alla difesa della libertà del cittadino di fronte al potere statale, la concezione general-preventiva della pena, che, intesa quale intimidazione conseguente alla minaccia legale, necessita per ciò stesso di una legge posta in maniera chiara sia in rapporto alla sanzione che in rapporto ai fatti di reato. «L'idea stessa della coazione psicologica è connessa inscindibilmente con quella della prevedibilità e della certezza del diritto»<sup>130</sup>.

Chiaramente, anche rispetto ad una pena come «integrazione sociale» e con funzione di orientamento, tanto rispetto al singolo reo quanto rispetto alla generalità dei consociati, risulta necessaria una redazione della norma in termini di determinatezza/tassatività, perché l'illecito risulti riconoscibile nelle sue componenti di disvalore di evento e di disvalore di azione<sup>131</sup>.

### 3.4. *Il bene giuridico e il principio di offensività.*

Il bene giuridico, quale elemento di ricostruzione della fattispecie e quale oggetto della tutela normativa, contro cui si dirige la condotta incriminata, è elemento centrale tanto per la normazione penale, in quanto limite e punto di orientamento del legislatore (cd. funzione *ideologica* o *critica* del bene giuridico), tanto dal punto di vista della dottrina del reato, in quanto svolge una funzione essenziale nell'interpretazione della fattispecie (cd. funzione *esegetica* o *dogmatico-interpretativa* del bene giuridico)<sup>132</sup>.

E ormai nessuno dubita che, ai fini di un corretto e funzionale intervento penale, in mancanza di altri interventi meno incidenti su libertà e personalità

---

<sup>130</sup> Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., p. 16.

<sup>131</sup> Come già accennato *supra*, § 3.2.

<sup>132</sup> Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 179 ss. Al concetto di bene giuridico, come elemento di ricostruzione della fattispecie, strettamente legato al concetto finalistico di azione posto a base della dottrina del fatto tipico, diede un decisivo contributo Hans Welzel. Superando l'idea della sua intangibilità – per cui ogni azione che presenti un'efficienza causale per la modificazione di una situazione preesistente, protetta dall'ordinamento penale, costituisce aggressione del bene e assume il carattere della tipicità – Welzel introdusse un nuovo criterio per valutare l'idoneità dell'azione a costituire il nucleo del fatto tipico: questa non può più essere determinata esclusivamente in base alla sua efficienza causale per la lesione del bene, ma dev'essere stabilita a partire dal suo significato come processo della vita sociale. Cfr. H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, pp. 8 ss.

individuale, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che risultino contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi<sup>133</sup>.

Il concetto di "bene giuridico"<sup>134</sup> sorse per superare l'inappagante concezione del reato, di marca illuministica, inteso quale violazione di diritti soggettivi, e tuttavia ne rappresenta un sicuro momento di continuazione, perché ne raccoglie l'istanza politica di fondo, quella cioè di porre un limite alla legislazione penale, fornendo un criterio (*in negativo*, ma di questo più oltre) al legislatore nella sua opera di criminalizzazione delle condotte indesiderate.

In quanto tale, il bene giuridico non può che essere un dato "prepositivo" ed esterno alla norma incriminatrice (il legislatore penale, con la posizione delle norme, non "crea" interessi) e non può confondersi con la *ratio tutelae*, con lo scopo della legge, diluendosi ed allargandosi fino a comprendere tutto ciò che la norma penale, o, ancor più in generale, l'intero ordinamento giuridico, hanno l'ufficio di tutelare; salvo a legittimare *ex post* le più disparate politiche legislative<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 343 ss. Cfr. anche E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, pp. 118 ss., in cui si fa discendere dalla locuzione «fatto» di cui all'art. 25, 2° comma Cost. e dal principio fondamentale del rispetto della dignità dell'uomo di cui all'art. 3, 1° comma Cost., l'idea che il diritto penale del fatto è un diritto penale del bene: «La commissione di un "fatto" quale condizione per essere sottoposti a pena, si ridurrebbe [...] a ben poca cosa se non si riuscisse a dimostrare che l'espressione «fatto» non possiede il significato limitato di mero indice dell'atteggiamento interiore del soggetto o della sua pericolosità, bensì il più pregnante significato di fatto offensivo di un "bene"».

<sup>134</sup> L'uso del termine si deve a Birnbaum, su cui v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 62 ss. Per una disamina storica sulla nascita e l'evoluzione del concetto di bene giuridico, cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 6 ss., in cui si riconosce che, invero, il primo compiuto tentativo di concepire rigorosamente il diritto penale come strumento di tutela di beni giuridici, si deve a von Liszt, che ne propose un concetto 'materiale' basato su interessi preesistenti alla valutazione del legislatore.

<sup>135</sup> Di «eterogenesi dei fini» della categoria del bene giuridico, che, dall'originaria aspirazione liberale e critica che ne faceva la livella costante della politica criminale, avrebbe sviluppato una straordinaria e pericolosa capacità propulsiva, parla V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 13. Ciò si deve, a giudizio dell'A., a quelle concezioni che egli chiama «formali» o sostanzialmente «metodologiche» del bene giuridico, che, con atteggiamento quasi contemplativo, ravvisano un oggetto di tutela in ogni norma incriminatrice, dimostrando una spiccata propensione conservatrice orientata a legittimare acriticamente i dettati della legge penale. Per una disamina critica della concezione metodologica, si vedano anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, pp. 20 ss. e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 9 ss., che ne contestano il forte ridimensionamento del ruolo autonomo del bene giuridico e, soprattutto, l'erosione della sua funzione 'critica' in prospettiva di politica del diritto, in quanto essa si presta ad avallare tutte le scelte di tutela trasfuse nell'ordinamento positivo.

La recente tendenza – che ha avuto avvio dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso – ad utilizzare, per la tutela di beni collettivi che coinvolgono interessi legati soprattutto all’ambiente, alla salute e all’economia, categorie quali i “beni-funzione” o i “beni-prestazione”<sup>136</sup>, corre il rischio di consentire forme esasperate di tutela anticipata, che vanno ben oltre la soglia di tollerabilità per un diritto penale del fatto. L’oggetto della protezione penale perde, in questo modo, in concretezza, e il diritto penale finisce per non tutelare più beni giuridici in senso tradizionale, ma funzioni amministrative o assetti di disciplina volti a garantire il regolare esercizio di determinate attività. Si tratta di categorie concettualmente inafferrabili, non oggetti di tutela, ma mere *rationes* di tutela, assolutamente inidonee a svolgere una funzione di delimitazione dell’intervento statale in materia penale<sup>137</sup>: la conseguenza è la trasformazione dell’illecito penale in un illecito di mera trasgressione, con la criminalizzazione di condotte ancora distanti dall’effettiva lesione del bene che sarebbe legittimamente assumibile come oggetto di tutela penale<sup>138</sup>.

Risulta allora necessario fondare un concetto “materiale” di bene giuridico, secondo una prospettiva giuridico-costituzionale<sup>139</sup>, la sola in grado di imporsi

---

<sup>136</sup> Favorevole all’utilizzazione della categoria dei cd. beni-funzione è A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 43 ss. Cfr. anche C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.* 1994, pp. 285-286, in cui si giustificano i “reati di scopo”, che tutelano una funzione, nella quale pure, si sostiene, potrebbe identificarsi il bene giuridico.

<sup>137</sup> Non convince, pertanto, l’idea, espressa da M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 146, per cui «esistono incriminazioni legittime che non tutelano “beni”, come oggetto di un’aggressione lesiva [...] distinti dal mero giudizio (economico, politico-amministrativo, etico) di intollerabilità a causa dell’inosservanza di regole prescritte per scopi di pubblico interesse».

<sup>138</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., pp. 347 ss., in cui si sottolineano anche gli esiti totalmente inappaganti del ricorso a tale tipo di normazione, sia sul piano dell’efficienza che su quello delle garanzie. In effetti, si legge a p. 349, «il naturale adattamento dell’intervento penale alla peculiarità del fenomeno non può mai implicare un adattamento dei principi alle esigenze di controllo, ma sempre il contrario».

<sup>139</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, pp. 45 ss., che individua, rispetto al concetto di bene giuridico, alcune impostazioni dottrinali di impronta “sociologica” ed altre orientate secondo la prospettiva “costituzionale”, ritenendo queste ultime (“armi teoriche” poste al servizio di obiettivi di riforma) le uniche in grado di offrire il criterio di legittimazione per una riedizione in forma vincolante della teoria “liberale” del bene giuridico. Si tratta di un’impostazione affermatasi a partire dai primi anni sessanta in Germania e negli anni settanta in Italia, come rilevano G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 11 ss., che mettono in luce come il sorgere di una teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico si sia collocata nell’ambito di un più generale e radicale mutamento del rapporto autorità-libertà (o stato-cittadino), che ha condotto ad un ripensamento critico dei criteri di legittimazione dell’intervento punitivo nell’ambito di un moderno stato di diritto.

con efficacia cogente, sulla base, quindi, di criteri veramente capaci di vincolare le scelte di penalizzazione del legislatore ordinario.

Si è sostenuto, da autorevole dottrina<sup>140</sup>, che il legislatore ordinario possa solo ritagliare e specificare, senza snaturarli, i valori già previsti dalla Costituzione; «bene dotato di rilievo costituzionale» non è certo la «non antitetività del bene rispetto alla Costituzione»<sup>141</sup>, bensì la sua «assunzione tra i valori [...] garantiti dalla Carta costituzionale». Si è fatto leva, a sostegno di questa tesi, sul valore preminente che la Costituzione riconosce alla libertà personale, per cui la sanzione penale potrebbe essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale, appunto) sacrificato, sia *almeno* dotato di rilievo costituzionale.

Da queste premesse discende una definizione sostanziale del reato come «fatto lesivo di un valore costituzionale la cui *significatività* si riflette sulla misura della pena»<sup>142</sup>.

Da altri<sup>143</sup> si è cercato di dare un “contenuto” a questa *significatività*, perché fosse in grado di offrire un concreto, positivo criterio discrezionale tra ciò che è meritevole di pena e ciò che non lo è. Si argomenta, così, dall’art. 27, 3° comma che «se la pena deve risocializzare [...] e se la rieducazione [...] deve mutuare il suo contenuto dal tipo di ordinamento in cui è inserita, in una società pluralistica così come viene delineata dalla Costituzione, essa ha senso in quanto assuma a suo oggetto il rispetto delle forme minime della vita in comune», perché solo questi sono percepibili dagli eventuali destinatari della

---

<sup>140</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 ss., dove si legge: «La *significatività* del valore tutelato trae [...] la sua determinazione dal fatto che essa non dipende da un generico inquadramento della posizione del valore in un contesto socio-istituzionale dai contorni non ben definiti [...], ma dalla collocazione del medesimo nell’assetto delineato dalla Costituzione». ID., *Il II e III comma dell’art. 25*, cit., pp. 272 ss.

<sup>141</sup> Tuttavia parte della dottrina accoglie una versione ‘debole’ della teoria costituzionale del bene giuridico, che richiede soltanto la «non incompatibilità» del bene tutelato con la Costituzione: cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 500. Critici verso tale versione, che indebolirebbe la portata selettiva della teoria, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 200 ss., il quale evidenzia, fra l’altro, che nel nostro sistema non solo nessuna norma penale, ma in assoluto nessuna norma può tutelare un interesse incompatibile con la Costituzione; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 18 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., pp. 143 ss., il quale ritiene che prospettare un catalogo aperto di beni penalmente tutelabili, fino al limite della «non incompatibilità», equivalga ad una tacita rinuncia ad un ruolo critico del concetto penalistico di bene giuridico ed apra la strada ad un uso meramente sanzionatorio del diritto penale.

<sup>142</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

<sup>143</sup> Cfr. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., pp. 122 ss.

risocializzazione. Di qui la necessità che oggetto giuridico di una fattispecie penale siano esclusivamente valori di rilievo costituzionale «la cui funzione consiste nel proteggere le condizioni minime della vita in comune e la cui violazione può essere quindi tradotta in termini di dannosità sociale»<sup>144</sup>.

Si è rilevata, ancora – in una prospettiva di critica continuità con tali orientamenti –, l'insufficienza degli sforzi diretti a isolare, in tutto il tessuto normativo della Costituzione, un principio o una disposizione – l'art. 13 o l'art. 27, 3° comma – capaci da soli di assumere rilevanza decisiva ai fini della ricostruzione del volto dell'illecito penale. Secondo tale impostazione, l'approccio costituzionale «non può fare a meno di guardare all'insieme dei principi costituzionali che delineano i tratti tipici del nostro ordinamento: dai principi classici a sfondo “garantistico” a quelli ispirati ad una prospettiva “solidaristica”, il cui concorso vale a caratterizzare il nostro stato come stato sociale di diritto»<sup>145</sup>.

È seguendo questa prospettiva che si è più di recente affermato che in un assetto normativo-istituzionale espressivo dei valori dello stato sociale di diritto, in cui l'ordinamento deve risultare funzionale alla tutela della libertà e personalità dell'individuo, nel contestuale rispetto di prerogative superindividuali, «vanno [...] privilegiate le esigenze, solidaristicamente connotate, di una vita di relazione in una società vista non come un'entità statica, ma in costante evoluzione; pertanto, il bene va considerato nel suo rapporto, in termini di interesse, con il titolare»<sup>146</sup>. In particolare, esso va visto in funzione dello sviluppo della personalità del soggetto nella società civile. Si tratta di quella “funzione sociale” del bene giuridico, che ne valorizza l'attitudine a soddisfare le esigenze del titolare, e che ha fatto parlare di

---

<sup>144</sup> *ibidem*, pp. 126-127.

<sup>145</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 57. Si veda anche A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 145 ss., in cui si sostiene che nell'individuazione degli interessi passibili di tutela penale vadano considerati, in particolare, i principi costituzionali «strettamente penalistici» (da quelli relativi alla funzione della pena a quelli di proporzione, sussidiarietà, effettività, legalità-determinatezza, personalità della responsabilità penale), poiché, in caso contrario, si trascurerebbe la specificità dell'intervento penale e si giungerebbe a sostenere, erroneamente, un'equivalenza funzionale della tutela giuridica con una tutela penale, mettendo tra parentesi il rango primario della libertà personale (nella gerarchia costituzionale dei beni), sulla quale incide la sanzione criminale.

<sup>146</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 175. Cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 5, i quali mettono in luce il carattere non statico, ma ‘dinamico’ del bene giuridico, che identificano con una «unità di funzione», ponendone in evidenza la specifica funzione strumentale nel processo di interazione sociale.

«situazioni di valore» offendibili e tutelabili, la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto<sup>147</sup>.

Un “catalogo aperto”, come si dice, non cristallizzato, che, tenendo conto della realtà sociale, attraverso la clausola aperta dell’art. 2 Cost., sia capace di adeguarsi all’evoluzione dei rapporti sociali<sup>148</sup>.

Tuttavia, parlare, in questo senso, di “catalogo aperto” non significa affatto lasciare al legislatore – sulla spinta, eventualmente, di istanze sociali ‘informali’ – ampi spazi di discrezionalità nella scelta dei beni da tutelare, e avallare quelle teorie che vedono nella costruzione costituzionale del bene giuridico una sorta di teologia costituzionale applicata, incapace di adeguare il diritto penale alle nuove esigenze di tutela avvertite dai consociati<sup>149</sup>.

Da questo punto di vista, anzi, il catalogo, come è stato detto, «dev’essere ‘chiusissimo’»<sup>150</sup>, salvo incorrere nel rischio di ridurre la funzione ‘critica’ del bene giuridico ad una mera *petitio principii*. Tale ‘chiusura’ è però da intendersi non rispetto a beni che non siano espressamente previsti (soccorrerebbe, in questi – rari – casi, il criterio di presupposizione logica, integrato da criteri ulteriori, quale, ad esempio, quello di proporzione), bensì rispetto a beni che non resisterebbero all’imprescindibile bilanciamento con la restrizione della libertà personale e degli altri diritti fondamentali della persona che il diritto penale comprime<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., pp. 355-356.

<sup>148</sup> Della Costituzione come “catalogo aperto”, che sappia essere filtro, ma anche tramite, delle scelte pluralistiche e storicamente condizionate, «membrana aperta all’osmosi, attraverso la quale possono avere ingresso (o, eventualmente fuoriuscire), nel tempo, diversi interessi meritevoli di tutela penale» parla V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 160 ss. Anche G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 55, afferma che la prospettiva costituzionale non è in contrasto con l’esigenza di tutelare “nuovi beni”, ritenendo però che spesso trattasi dell’esigenza di proteggere un bene già esistente da una nuova forma di aggressione, evenienza che sembra caratterizzare il moderno sviluppo tecnologico. Cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 15, in cui si osserva che i tempi necessari alla nascita di inediti beni sono, di regola, molto lunghi e tali da caratterizzare periodi storici se non addirittura tipi di civiltà.

<sup>149</sup> Tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 498 ss., che fanno leva sugli inevitabili condizionamenti storici della Costituzione, prospettando lacune di tutela penale.

<sup>150</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, p. 150, molto critico verso l’idea per cui lasciare a fonti sociali di legittimazione o alla discrezionalità legislativa scelte repressive svincolate dall’aggancio a beni, costituzionalmente significativi, di rango paragonabile alla libertà, garantirebbe una maggiore democraticità del sistema.

<sup>151</sup> La persona, infatti, è al vertice della gerarchia costituzionale dei beni, come ricorda A. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, pp. 149-150, il quale ammonisce sui rischi insiti in un livellamento di tale gerarchia, da sempre strumento elettivo – notava già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 19, nota 1 – per una disapplicazione della Costituzione.

Ciò su cui concorda gran parte della dottrina è che non esistono, come si è accennato, obblighi costituzionali (nemmeno impliciti) di incriminazione, deducibili dai caratteri dei beni in gioco, che il vincolo per il legislatore costituito dal bene giuridico sia, per così dire, soltanto “negativo”<sup>152</sup>: questi non può, cioè, adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di determinati valori; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali<sup>153</sup>.

Secondo una moderna e laica, ma anche non solipsistica, concezione dei compiti del diritto penale, appurare che un determinato bene sia “meritevole” di essere tutelato, non significa ancora che quel bene “ha bisogno” di ricevere una tutela penale, men che meno che questa sia la più “opportuna” (nel senso di efficace) per scongiurarne la lesione.

Un altro aspetto della questione (che ha strette connessioni anche col canone di “frammentarietà” di cui si è detto) riguarda la selezione delle modalità di aggressione a tali beni, per cui potranno essere prese in considerazione, ai fini di un giudizio, legislativo, di disvalore penale, solo condotte dotate di particolare attitudine offensiva<sup>154</sup>. Da questo punto di vista, i beni giuridici non sono entità intangibili che pretendono una tutela assoluta<sup>155</sup>.

Ciò naturalmente dipenderà anche dalla natura del bene protetto e dalla sua importanza nel sistema degli interessi tutelati (per cui si daranno fattispecie a forma vincolata, nelle quali il legislatore descrive in modo più o meno dettagliato le modalità di condotta rilevanti per il diritto penale, e fattispecie a forma aperta, o causalmente orientate, in cui il legislatore appare indifferente alle specifiche modalità del comportamento, imperniando la previsione sul

---

<sup>152</sup> Di «funzione negativa di legittimazione del bene giuridico» parla S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 344. Cfr. anche, tra gli altri, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 18; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 512; N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 89; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 15-16.

<sup>153</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 473, che afferma: «Questo è tutto ciò che si richiede alla categoria del bene giuridico, la cui funzione di limite o garanzia consiste precisamente nel fatto che la lesione di un bene dev'essere una condizione necessaria ma non è mai una condizione sufficiente perché ne sia giustificata la proibizione e la punizione come reato».

<sup>154</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 180, anche sulle significative implicazioni al riguardo della prospettiva della pena come integrazione sociale.

<sup>155</sup> Ad esempio, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 152, sostiene, quanto alla struttura interna dei beni tutelabili, che dal principio di proporzione derivi necessariamente che essi debbano essere lesi o messi in pericolo in una misura che sia significativamente incidente sulla persona.

risultato dell'azione), ma quel che è certo è che disvalore dell'evento e disvalore della condotta sono momenti complementari ed irrinunciabili rispetto al disvalore complessivo dell'illecito penale<sup>156</sup>.

La necessità che la condotta sia sempre offensiva dell'interesse tutelato comporta l'eventualità di uno scarto tra conformità al tipo legale e concreta lesività del fatto. Come ritiene la maggioranza della dottrina<sup>157</sup>, la Costituzione

ha accolto il principio di offensività: non può esservi reato senza offesa a un bene giuridico, a fondare la responsabilità penale non è cioè sufficiente la commissione di un fatto concreto formalmente conforme al modello descritto dalla norma incriminatrice, ma – potendovi essere fatti apparentemente conformi al tipo, ma non offensivi – è altresì necessario che sussista l'effettiva offesa del bene giuridico tutelato<sup>158</sup>.

Si tratta della cd. concezione “realistica” o “materiale” del reato, che, dapprima derivata dalla normativa codicistica (dall'art. 43, nella definizione del delitto doloso, allorché si fa riferimento all'«evento dannoso o pericoloso», o, più spesso, dall'art. 49 comma 2, nella disposizione sul reato impossibile, nella parte in cui esclude la punibilità «quando, per la inidoneità dell'azione

---

<sup>156</sup> G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 77, sostiene che «quanto più alto è il livello del bene all'interno della scala gerarchica recepita nella Costituzione, tanto più giustificato risulterà asserire la meritevolezza di pena dei comportamenti che tale bene ledono o pongono in pericolo. Per converso, quanto più basso è il valore del bene all'interno della scala gerarchica, tanto più giustificato apparirà limitare la reazione penale a forme particolarmente gravi di aggressione».

<sup>157</sup> Tra gli altri, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82 ss., E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 116 ss., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 449 ss., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Padova 2007, pp. 179 ss., C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 188 ss., 316 ss., A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 274 ss., A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 154 ss.

<sup>158</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 77: «Il tipo, per sua stessa natura, e per quanto *tassativo*, a' sensi dell'art. 25, 2° comma Cost., non è mai tale da scontare tutte le varianti del caso concreto le quali possono rendere i singoli elementi nel contesto della fattispecie concretamente inoffensivi. [...] L'interesse, quale si dedurrebbe dalla intiera struttura della fattispecie, è pur sempre l'interesse nella sua accezione statica senza quella sua specifica dimensione sociale concreta che esso assume in sede di valutazione di lesività». Cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 539: «La lettera della legge rappresenta soltanto il limite esterno imposto all'opera dell'interprete; entro questo limite è il bene giuridico che rappresenta il criterio selettivo indispensabile per individuare i fatti vietati, determinando l'espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi». Critico verso questa concezione, cd. realistica, dell'illecito penale ed in particolare verso la supposta eventualità di uno scarto tra tipicità ed offesa è A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 37 ss., secondo cui, laddove assurgesse a costante, rischierebbe di mettere in serio pericolo la tenuta del principio di stretta legalità, rendendo il giudice in definitiva arbitro della fattispecie.

[...], è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»<sup>159</sup>), si è poi ritenuto di poter (in vario modo) fondare normativamente nella stessa Carta costituzionale<sup>160</sup>: dall'uso della locuzione «fatto» nell'art. 25, 2° comma, che sarebbe incompatibile con la punizione di meri atteggiamenti interiori o di meri sintomi di pericolosità individuale, al carattere «personale» della responsabilità penale, di cui all'art. 27, 1° comma (se non si voglia ridurre il giudizio di colpevolezza all'esangue nesso psichico tra autore e condotta, ovvero a mera *suitas*), che vieterebbe di strumentalizzare l'uomo a fini di politica criminale, dal diritto alla libertà morale ai principi di tolleranza ideologica e tutela della persona, in particolare per quanto attiene ai reati di espressione o a sfondo marcatamente ideologico, dalla sovranità popolare (art. 1, 2° comma) al principio di pari dignità sociale e dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3, 1° comma).

A sua volta, la pena come strumento di «rieducazione del condannato» (art. 27, 3° comma) può ricollegarsi soltanto alla commissione di un fatto, inteso come “offesa a un bene giuridico”, per essere concretamente compresa e vissuta come “giusta” dal soggetto che ad essa è sottoposto; si deve trattare di un torto di significativa lesività, concentrato, cioè, su un oggetto di tutela suscettibile di essere percepito dall'eventuale trasgressore come entità ben definita, “afferrabile” e stabilizzata nella coscienza sociale<sup>161</sup>.

Il principio di offensività, in quanto dotato di rilievo costituzionale, opererebbe quindi su un duplice piano<sup>162</sup>: da un lato, quale criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili, a livello di fattispecie incriminatrici astratte; dall'altro, quale criterio giudiziario-interpretativo, impegnando il

---

<sup>159</sup> Cfr. C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, pp. 22 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 72 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 476 ss.

<sup>160</sup> Per una rassegna delle varie posizioni in merito, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 151 ss.

<sup>161</sup> Si tratta di argomentazioni presenti, fra gli altri, in F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., in particolare pp. 82 ss., E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 124 ss., G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., in particolare pp. 222 ss., 245 ss., C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., pp. 278 ss., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 451 ss., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 52 ss. Auspica un'esplicita formulazione costituzionale di questa garanzia L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 477.

<sup>162</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 153-154.

giudice in sede applicativa a qualificare come reati soltanto fatti che siano idonei anche in concreto ad offendere beni giuridici<sup>163</sup>.

Al riconoscimento pressoché unanime della vigenza del principio di offensività e del suo carattere fondante non fa, però, riscontro analoga identità di vedute sulle conseguenze applicative che da quel riconoscimento debbono farsi derivare.

Non convince, ad esempio, l'idea, pur avanzata da certa dottrina<sup>164</sup>, secondo cui possano esservi deroghe al principio, giustificate in base alla «necessità generalpreventiva», per cui si darebbero reati «senza offesa», ma non per questo costituzionalmente illegittimi<sup>165</sup>.

Dall'accoglimento del principio ed, in particolare, dal riconoscimento del suo rango costituzionale, dovrebbe piuttosto farsi derivare l'illegittimità (fra le altre) delle numerose fattispecie di pericolo astratto, nelle quali il disvalore di evento è pressoché nullo, non prevedendo il loro compimento né la causazione di un danno, né la creazione di un reale pericolo per il bene in questione. Si finisce per disattendere la regola dell'offensività e per dar vita ad illeciti di mera disobbedienza (per violazione formale, cioè, della legge da parte di un'azione di per sé inoffensiva), rendendo peraltro difficilmente percepibile il disvalore del fatto, sia per la generalità dei consociati, sia per l'eventuale reo,

---

<sup>163</sup> Parte della dottrina, più e meno recente, ritiene tuttavia che un fatto, il quale non sia capace di offendere il bene tutelato dalla norma, sia solo in apparenza conforme al tipo di reato, per cui la contrapposizione tra tipicità e offensività sarebbe soltanto illusoria: cfr. C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., pp. 24-25, 27ss., 41 ss., il quale afferma che «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, una concreta possibilità che si realizzi il danno o pericolo [...]. L'elemento della lesione è così intimamente connaturato all'illecito, da non potersi riconoscere questo, ove manchi quello» (p. 43). Per una presa di posizione analoga, si veda ora A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 160-161, che sostiene che fatto tipico sia solo quello meritevole e bisognoso di pena, che deve presentare un disvalore di evento e un disvalore di azione: e «il disvalore di evento [...] esige il requisito della concreta idoneità dell'azione a ledere il bene tutelato».

<sup>164</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 207 ss., che distingue, con disincantato realismo (e desolante atteggiamento acritico!), «reati di offesa» e «reati di scopo» o «senza offesa» (come i reati-ostacolo, certi reati a dolo specifico e molte contravvenzioni e i reati-funzione), legittimi, a giudizio dell'A., non in base al principio di offensività, ma «sul diverso piano della necessità generalpreventiva ed eccezionalità», sostenendo la «irrinunciabilità di deroghe per la prevenzione delle lesioni a beni primari».

<sup>165</sup> La stessa Corte costituzionale tende a ridimensionare la portata vincolante del principio di offensività e la sua apparente assolutezza, a fronte di presunte esigenze di anticipazione di tutela, come rilevano G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 154. Si veda, tra le tante, Corte cost., sent. 11 luglio 1991 n. 333, in *Giur. cost.* 1991, pp. 2660 ss., in tema di stupefacenti.

nel momento in cui la sua condotta non abbia creato alcun effettivo pericolo per il bene<sup>166</sup>.

Gli argomenti per cui si tratterebbe spesso di condotte che, solo cumulativamente, potrebbero cagionare pericoli concreti, ma in se stesse sono inoffensive, per il solo fatto della singola realizzazione<sup>167</sup>, o di cui è addirittura dubbia l'efficacia causale, sono da respingere come inammissibili scorciatoie probatorie, che non persuadono chiunque non consideri lo strumento penale come *prima o sola ratio*.

E, come si è osservato, non vale a fugare il rischio di punire condotte concretamente inoffensive l'uso di clausole generali di necessaria offensività come l'art. 49 comma 2 c.p., affidandosi ad una correzione successiva, ermeneutica, la portata dei reati di pericolo astratto, ed assegnando al magistrato un amplissimo potere di selezionare, in una marea di trasgressioni punibili, quelle che ritiene effettivamente lesive<sup>168</sup>. Per quanto il ricorso a tali clausole sia ispirato ad intenti rispettosi dell'esigenza di offensività (e sia comunque da preferire ad una concezione formalistica, che consideri violato l'interesse tutelato ogni volta che si realizzi la fattispecie secondo il suo tenore letterale), è evidente che si finirebbe in tal modo per legittimare vistosi *deficit*

---

<sup>166</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 185 ss. Del principio di offensività come tagliente «rasoio di Occam», idoneo ad escludere come ingiustificate le varie fattispecie di pericolo astratto o presunto, da ristrutturare (ove possibile, ché per altre sarebbe più opportuna la soppressione) come reati di danno o almeno di pericolo concreto, parla L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 480 ss. Cfr. anche E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 131-132 e G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 182-183, molto critico verso l'anticipazione della tutela oltre la soglia del delitto tentato, che eleva a presupposto della pena la pericolosità del reo o la disobbedienza ad astratti precetti preventivi. Accettano, invece, per la tutela di alcuni beni più importanti, la categoria dei reati di pericolo astratto, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 78-79; C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., il quale ritiene che il principio di offensività non implichi in alcun modo il divieto per il legislatore di ricorrere a reati di pericolo astratto, o addirittura a presunzioni di pericolo, ma soltanto l'illegittimità costituzionale dell'eventuale pretesa normativa di assoluta invincibilità della presunzione di pericolo, nonché delle fattispecie in cui è evidente l'irragionevolezza della presunzione. Nella manualistica, gli stessi G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 560 ss., rivalutano l'utilizzo della categoria dei reati di pericolo non concreto.

<sup>167</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 540 ss.

<sup>168</sup> A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 167 ss., che fra l'altro rileva un aspetto ulteriormente problematico – ma forse in questo sta il vero punto di crisi di tale proposta – legato all'utilizzo di tali clausole ermeneutiche, cioè il rinvio alla concezione di bene giuridico assunta dall'interprete: questi potrebbe considerare offensive condotte che, in realtà, non ledono direttamente il bene 'finale', ma solo un altro bene, strumentale ovvero rappresentato dalla situazione oggettiva descritta dalla norma (p. 170). Si tratta di un pericolo già avvertito, peraltro, da F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 7 ss.

di essa al livello delle fattispecie astratte, in palese contrasto anche con il principio di legalità-determinatezza<sup>169</sup>.

Maggiormente legittimo (e, soprattutto, efficace) sarebbe il trasformare tutte queste fattispecie in altrettanti illeciti amministrativi, depenalizzandole ed apprestando un'articolata, efficace gamma di sanzioni pecuniarie ed interdittive, che non creerebbero problemi sotto il profilo sistematico e politico-criminale e manterrebbero al contempo per i beni più significativi una tutela anticipata ed effettiva, ma di tipo extrapenale<sup>170</sup>. Ma non pare essere questa la strada verso cui è avviata l'attuale legislazione.

### 3.5. Personalità della responsabilità penale e principio di colpevolezza.

L'art. 27 della Costituzione, nell'affermare, al 1° comma, che la responsabilità penale è personale, costituzionalizza un principio di cui, forse, solo in tempi relativamente recenti si è intuita l'effettiva portata – quanto meno in sede giurisprudenziale come principio giuridico-dimostrativo<sup>171</sup> – e si sono scoperte le implicazioni ed interazioni con altri principi costituzionalmente fondati, dal finalismo rieducativo della pena (art. 27, 3° comma) al rispetto della dignità della persona e al divieto di strumentalizzazione della stessa (art. 3, 1° comma), dai doveri di «solidarietà sociale» sanciti nell'art. 2, all'impegno della Repubblica italiana (art. 3 cpv.) di intervenire per realizzare una maggiore giustizia dal punto di vista “sostanziale”<sup>172</sup>.

A lungo si è considerato l'art. 27, 1° comma espressivo del solo divieto di responsabilità per fatto altrui, per lo meno da parte di una costante giurisprudenza che va dal 1956 (anno della prima sentenza della Corte

---

<sup>169</sup> Già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 86, auspicava un ridimensionamento dell'uso della interpretazione adeguatrice, in favore di una più ampia proposizione di questioni di costituzionalità.

<sup>170</sup> Per una proposta di depenalizzazione, legata anche all'idea del diritto penale come *extrema ratio*, con importanti risvolti anche in tema di funzione della pena come integrazione sociale, si veda S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., pp. 370-371.

<sup>171</sup> Ci si riferisce alla nota Corte cost., sent. 23-24 marzo 1988 n. 364, cit., pp. 686 ss.

<sup>172</sup> Per una rassegna delle posizioni dottrinali e dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, cfr. M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 214 ss.

costituzionale in materia penale<sup>173</sup>) fino a tutti gli anni Sessanta<sup>174</sup>. Si trattava di un atteggiamento conservatore e prudentiale da parte della Corte, di “gestione” dell’art. 27, 1° comma, che sviliva la portata ermeneutica contenuta nel concetto di responsabilità penale «personale» ed era diretto a salvare sempre, in linea di principio, le ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto proprio.

Invece l’articolo in questione esprime sicuramente qualcosa d’altro e di più del mero divieto di responsabilità per fatto altrui, peraltro già ricavabile da altri principi e valori sanciti nella Carta costituzionale (oltre che dallo “spirito” complessivo che la anima), dal rispetto dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2) al principio di uguaglianza (art. 3, 1° comma).

Vi si è poi riconosciuta la costituzionalizzazione del principio *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*, dove per *culpa*, colpevolezza, si intendeva ancora semplicemente la presenza di un elemento “soggettivo”, ritenendosi necessario un coefficiente di colpevolezza che si riduceva ad un mero frammento del dolo o della colpa<sup>175</sup>. Ma la colpevolezza non può ridursi ad incolore sinonimo di “elemento soggettivo”; essa lo presuppone come un pre-requisito, ma richiede anche altri requisiti ulteriori e più “personalizzati”.

In realtà, tale concezione cosiddetta “psicologica” della colpevolezza era già stata posta in discussione, in dottrina, da Welzel<sup>176</sup>, al quale si deve l’aver portato fino in fondo la “scoperta” di elementi soggettivi nel *Tatbestand* da parte dei penalisti neokantiani, con la espunzione di dolo e colpa dalla tematica della colpevolezza; per meglio dire, essi non si pongono più rispetto ad essa in rapporto di *species* a *genus*, bensì come oggetto della valutazione di colpevolezza: «La colpevolezza non è una fattispecie psichica, ma il *giudizio di*

---

<sup>173</sup> Corte cost., sent. 15 giugno 1956 n. 3, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1956, pp. 455 ss., con nota di M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell’art. 57 n. 1 c.p.* Cfr. M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, cit., pp. 222 ss.

<sup>174</sup> Per una dottrina in tal senso, cfr., fra gli altri, P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., pp. 1262 ss.

<sup>175</sup> Cfr. Corte cost., sent. 31 maggio 1965 n. 42, in *Giur. cost.* 1965, pp. 639 ss. Su questo v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 469 ss.

<sup>176</sup> Cfr. H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell’azione*, cit., pp. 9 ss., dove si legge: «Il dolo non è parte della colpevolezza (della riprovevolezza), bensì il suo oggetto», e ancora «[La teoria finalistica dell’azione] riserva per la colpevolezza esclusivamente l’elemento normativo».

valore sopra una fattispecie psichica [...], è la riprovazione del processo volitivo»<sup>177</sup>.

Si tratta della concezione cosiddetta “normativa” della colpevolezza, che, secondo la nota definizione di Reinhard Frank (1907), la identificava con la riprovevolezza della condotta: con il giudizio di disvalore della colpevolezza verrebbe rimproverato al soggetto che egli non si è comportato in conformità al diritto e che “si è deciso per l’illecito”, nonostante che “potesse comportarsi” in conformità al diritto e decidersi per il diritto<sup>178</sup>.

E tuttavia anche tale teoria della “colpevolezza come riprovevolezza” è stata sottoposta a critica, in quanto non può non fare i conti con il dilemma metafisico (e, quindi, insolubile se non fideisticamente) tra determinismo e libero arbitrio<sup>179</sup>.

Si è così giunti ad una nozione completamente deeticizzata (e del tutto svincolata dall’indimostrabile presupposto ontologico della libertà del volere), che abbandona il piano del “dover essere” e vede nella colpevolezza un giudizio di relazione – in chiave di esigibilità – fra le pretese dell’ordinamento e le concrete possibilità di orientamento di un determinato autore<sup>180</sup>.

La colpevolezza, secondo questa concezione, riguarda perciò, come si è detto<sup>181</sup>, «l’adeguata motivabilità dell’autore di un fatto tipico»: vale a dire le circostanze in base alle quali chi viola la legge penale possa conoscerla e farsi adeguatamente motivare da essa, ovvero sia capace di intendere e di volere, e quindi risultare parimenti motivabile mediante le norme dell’ordinamento, ovvero non abbia una motivazione alterata da situazioni anormali, previste dalla legge<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>178</sup> Secondo una celebre massima della giurisprudenza tedesca, su cui v. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 164-165.

<sup>179</sup> Su cui cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 496 ss.

<sup>180</sup> Cfr., fra i tanti, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 162 ss. e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., che a p. 504 così si esprime sulla concezione normativa della colpevolezza in chiave di esigibilità: «Se vogliamo, possiamo ben chiamare “libero arbitrio” l’alternativa *ex ante* tra possibilità di commettere e possibilità di omettere l’azione proibita che forma il presupposto della *scelta* tra le due cose: a condizione però che questa alternativa sia considerata non già come ontologica ma come deontologica, non riferita alla struttura ontica del mondo ma a quella deontica delle norme».

<sup>181</sup> M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 221.

<sup>182</sup> Per una presa di posizione particolarmente decisa contro l’utilizzabilità della categoria ed un superamento del principio di colpevolezza in favore di un concetto concreto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione dovrebbero essere dati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale, e che opererebbe all’interno di una deeticizzata categoria della responsabilità personale, in cui rientrerebbero sia

Ciò che lega strettamente questa categoria dell'illecito penale alle funzioni della pena legittime in uno stato sociale di diritto, non (più) come limite garantistico all'intervento punitivo statale e alle esigenze potenzialmente illimitate della prevenzione generale e speciale – la retribuzione di colpevolezza non consentirebbe che si possa infliggere una pena in assenza di colpevolezza o in misura superiore all'entità della stessa –, bensì strumentalmente ad esse, come valore di ordine preventivo: la corretta esplicazione della finalità rieducativa postula, infatti, che sia mantenuto fermo il rapporto tra pena e responsabilità per il fatto, eliminando il rischio che l'inflizione di una pena eccessiva, vissuta dal reo come un'ingiustizia, sia d'ostacolo per un'azione di recupero, quando non produca effetti ulteriormente desocializzanti<sup>183</sup>.

Ma anche nell'ottica della prevenzione generale, ove questa non venga intesa come mera *deterrence*, volta ad intimidire i consociati con la previsione dei castighi, bensì come “stabilizzazione della coscienza giuridica generale” intorno ai valori dell'ordinamento espressi attraverso norme<sup>184</sup>, si richiede l'inflizione di sanzioni che la comunità dei consociati avverte come giuste, perché proporzionate alla colpevolezza per il fatto<sup>185</sup>.

---

il fatto dell'imputabile sia il fatto del non imputabile, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 89 ss.

<sup>183</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., pp. 254 ss. Cfr. Corte cost., sent. 23-24 marzo 1988 n. 364, cit., pp. 710-711.

<sup>184</sup> Si tratta della teoria elaborata per la prima volta compiutamente dal norvegese J. Andenaes, su cui cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 62 ss. e M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 357, che utilizza per la giustificazione della pena legale la concezione del diritto come strumento di stabilizzazione del sistema sociale, di orientamento dell'azione e di istituzionalizzazione delle aspettative, secondo le tesi di Niklas Luhmann.

<sup>185</sup> Si accolga, come ulteriore spunto critico di riflessione, suggestivo e sul quale, tuttavia, non si avrà modo di indagare oltre, quello proposto da A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 463-464, relativo all'inserimento, nel giudizio di colpevolezza, di un ulteriore requisito, che egli chiama «esigibilità sociale del comportamento conforme alla legge»: si tratta di valutare la diversa ampiezza dello spazio di alternative comportamentali a disposizione degli individui nelle situazioni problematiche anche in relazione ai loro diversi *status* sociali, e di prevedere, eventualmente, anche cause di non esigibilità sociale (del comportamento conforme). A rigore – e per quanto lontane queste idee suonino dall'attuale ‘situazione spirituale’ della legislazione del nostro Paese – un ordinamento orientato verso idee di giustizia e di eguaglianza impone di tener conto che anche gli spazi di alternative di condotta sono, come altre risorse, disugualmente distribuite tra gli individui secondo il loro *status* sociale.

### 3.6. Il principio di sussidiarietà. Il diritto penale come *extrema ratio*.

Il dato della *meritevolezza* di pena, legato alla concreta offensività del comportamento ed alla colpevolezza del suo autore, non esaurisce la gamma dei presupposti necessari perché lo strumento penale possa essere legittimamente attivato in uno stato sociale di diritto. È necessario altresì accertare quello che viene chiamato il *bisogno* di pena, vale a dire l'inefficacia di altri mezzi d'intervento, diversi da quello penale<sup>186</sup>.

La sanzione criminale, infatti, sia pure in un contesto ordinamentale che vieta prospettive di mera deterrenza o afflittività e la contrarietà delle pene al «senso di umanità», resta la più grave limitazione che lo Stato apporta alla libertà e personalità dell'individuo. E il diritto penale deve essere inteso veramente come *extrema ratio* delle politiche di controllo sociale, da attivare soltanto allorché tutti gli altri strumenti deputati a tale scopo, ma meno incisivi sulla personalità, libertà e dignità della persona, si siano rivelati inadeguati o sproporzionati.

Il principio di sussidiarietà del diritto penale discende direttamente dalla funzione preminente che la Costituzione assegna al bene della libertà personale, espresso anche «topograficamente», col porlo in apertura della Parte I, relativa ai diritti e doveri dei cittadini. Ma è dall'intero complesso delle norme costituzionali in materia penale che, come è stato detto<sup>187</sup>, sembra emergere l'intento del Costituente di circoscrivere entro limiti di stretta necessità l'area dell'illecito penale.

Peraltro, quando anche non intacchi direttamente la libertà personale, la sanzione criminale influisce pur sempre negativamente sulla dignità sociale dell'autore del reato, stante la forte carica di stigmatizzazione comunque connessa al procedimento penale.

---

<sup>186</sup> Già Grozio, come ricorda S. MOCCIA, *Carpov e Grozio*, cit., pp. 55 ss., affermava: «*Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam exigendam praecise obliget*».

<sup>187</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 14 ss. L'idea per cui dal raffronto con i principi costituzionali di tutela della libertà e personalità (artt. 2, 3, 13, 25 commi 2 e 3 Cost.), nella loro interazione con quelli di tutela della dignità, personalità della responsabilità penale e rieducazione, emergerebbe il rilievo costituzionale del principio di *extrema ratio* è presente in S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 112 ss.

Felicemente è stato detto da Claus Roxin: «La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male»<sup>188</sup>. Anzi, se è dubbia l'idoneità del diritto penale al raggiungimento degli scopi di controllo sociale, ne è certa l'idoneità lesiva di diritti fondamentali della persona.

Ad una concezione di "stretta" necessità, secondo cui il ricorso allo strumento penale appare senz'altro superfluo tutte le volte in cui lo scopo della disciplina sia già conseguibile attraverso sanzioni di natura extrapenale, si è opposta da parte di certa dottrina<sup>189</sup> una nozione più ampia, per cui la sanzione penale sarebbe comunque da preferire anche nei casi di non strettissima necessità, quando la sua funzione "stigmatizzante" risulti indispensabile per una più energica riaffermazione del valore tutelato. Tuttavia c'è il rischio che la valorizzazione del ruolo "simbolico" del diritto penale sfoci nella tentazione di ritenere che sussista un nesso di implicazione necessaria tra la scelta della sanzione penale e la qualità o il rango del bene tutelato, esaltando il solo aspetto della *meritevolezza* di pena e riducendo il ruolo della sussidiarietà ad una mera *petitio principii*.

Nella dottrina più recente si è fatta invece strada una felice formula, "diritto penale minimo"<sup>190</sup>, con la quale si vuole esprimere un progetto di «minimizzazione della violenza» nella società. Secondo questa concezione, il diritto penale avrebbe il duplice scopo di minimizzare le offese a beni e a diritti fondamentali e di prevenire e minimizzare le punizioni arbitrarie, venendo così a costituire la «legge del più debole», che nel momento del reato è la parte offesa, nel momento del processo e della successiva esecuzione penale è, senz'altro, il reo/imputato/detenuto (inteso come colui al quale si fa violenza, ciò appare innegabile).

---

<sup>188</sup> Ricordato da S. MOCCIA, in *op. ult. cit.*, p. 113. Già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § II, p. 12, citando Montesquieu, affermava: «Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico».

<sup>189</sup> Ne parla G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 75 ss., paventandone i rischi. Cfr. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 30.

<sup>190</sup> L'espressione si deve ad A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 443 ss. e L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, cit., pp. 493 ss.; ID., *Diritto e ragione*, cit., pp. 325 ss. e *passim*; ID., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 9 ss. Anche a tal proposito vale la pena di ricordare quanto già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XIX, pp. 47 ss., affermava: «Il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili».

È un progetto di diritto penale che davvero risulta laico e garantista, e risponde a quell'esigenza dello stato sociale di diritto di esercitare il suo *ius puniendi* per garantire niente più che “una pacifica coesistenza in libertà” ai consociati.

Ma anche all'interno di una scelta di criminalizzazione, il principio di sussidiarietà dev'essere operante, quale controllo costante della forma e della misura dell'intervento penale<sup>191</sup>, nell'ambito del quale la pena detentiva deve costituire l'“*ultimissima ratio*”, dando il maggiore spazio possibile a forme di esecuzione della pena diverse dal carcere.

Il principio di stretta necessità e di sussidiarietà del diritto penale emerge anche dal principio di determinatezza/tassatività che presiede alla redazione delle norme penali: principio di tassatività ed inflazione dell'illecito penale sono concetti fra di loro inconciliabili; quanto più si estende il panorama complessivo degli illeciti penali, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dall'illecito, nonché le sfumature della tipologia penale. E si lega strettamente al canone di frammentarietà e necessaria lacunosità, perché il diritto penale “ritaglia”, fra le possibili forme di aggressione, solo quelle più significative ed alle quali non si può reagire se non con lo strumento penale.

«Necessarietà della pena [*rectius*, sussidiarietà dello strumento penale] e frammentarietà del diritto penale sono termini che, nel linguaggio di Beccaria o nella terminologia moderna, esprimono la medesima realtà»<sup>192</sup>: la necessità di un arretramento della soglia della penalità e di un uso del diritto penale davvero “minimo” e quale *ultima ratio*.

Anche qui gioca un ruolo fondamentale la concezione della pena come integrazione sociale: non è possibile un'aggregazione dei consensi della generalità dei consociati, né un'adesione e un'azione di risocializzazione del singolo condannato, in una situazione di inflazione dell'illecito penale, che, lungi dal costituire la risposta, necessaria, alle forme più gravi di aggressione a beni di importanza fondamentale, sia invece pervasivo, ipertrofico, perché utilizzato – eventualmente in chiave emergenziale – per offrire risposte

---

<sup>191</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 113. Di una radicale riforma dei mezzi dell'intervento penale, che arrivi fino all'obiettivo finale dell'abolizione dell'istituzione carceraria, passando per una sua maggiore apertura verso la società ed un allargamento del ricorso a misure alternative alla detenzione, parla A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., pp. 205 ss.

<sup>192</sup> F. BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25*, cit., p. 238.

immediate – e, quasi sempre, inadeguate – a problemi che richiederebbero tutt'altra analisi e soluzione. Fallendo miseramente qualsiasi intento pedagogico e di orientamento.

L'accoglimento di una concezione rigorosa del principio di sussidiarietà consente inoltre di meglio raccordare la tutela penalistica alle altre tecniche di tutela extrapenale: ciò a beneficio di una prospettiva d'insieme, che coordini e potenzi le virtualità prevenzionistiche dei diversi settori dell'ordinamento, in un raffronto, esente da pregiudizi, tra le obiettive *chances* di tutela da essi offerte<sup>193</sup>.

Si tratta, come è stato autorevolmente affermato<sup>194</sup>, di «liberare l'immaginazione sociologica e politica nei confronti di una 'cultura del penale' che ha ampiamente colonizzato la maniera di percepire e costruire i conflitti e i problemi sociali nella società», prospettando una composizione alternativa di essi e spostando sempre di più l'accento da forme di controllo repressivo a forme di controllo preventivo.

Si tratta, più precisamente, di individuare le situazioni complesse nelle quali i conflitti *si producono*, nella consapevolezza dell'inefficacia di una risposta meramente 'sintomatologica', laddove, cioè, essi *si manifestano*<sup>195</sup>.

Ancora più chiaramente, si tratta di politiche di giustizia sociale, della realizzazione dei diritti umani, del soddisfacimento dei bisogni reali degli individui, accompagnato da una grande opera di depenalizzazione, secondo un'idea di *politica criminale* che sia qualcosa di diverso e di più ampio rispetto alla (sola) *politica penale*<sup>196</sup>, strutturalmente incapace di aggredire i luoghi (culturali, sociali, politici) di produzione dei conflitti.

### 3.7. Il principio di effettività del diritto penale.

---

<sup>193</sup> Per una prospettiva in tal senso, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 30-31.

<sup>194</sup> Cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 467 ss.

<sup>195</sup> *ibidem*, p. 468.

<sup>196</sup> Distingue programmaticamente *politica penale* e *politica criminale*, intendendo con la prima una risposta alla questione criminale circoscritta nell'ambito dell'esercizio della funzione punitiva dello stato, e con la seconda, in senso ampio, una politica di trasformazione sociale ed istituzionale, A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit., pp. 203 ss.

Vi è infine da considerare un principio (di cui si avverte la stretta contiguità con quanto affermato poc'anzi) che solo di recente si è imposto all'attenzione di parte, invero non maggioritaria, della scienza penalistica, e che invece dovrebbe sempre essere tenuto presente da un legislatore il quale voglia, laicamente ed in maniera non "simbolica", attivare lo strumento penale: il principio di effettività<sup>197</sup>.

Proprio per la massima incidenza della pena criminale sui beni fondamentali della libertà e personalità individuale, un ordinamento attento alle esigenze congiunte di stato sociale e stato di diritto non si può disinteressare del rapporto fra mezzi e scopi prescelti e non si può permettere un uso disinvolto ed *effecto absolutus* del diritto penale. In un sistema teleologicamente orientato, è l'*argumentum libertatis*, quindi, ad imporre al legislatore, come autonomo criterio di legittimazione del ricorso alla pena, di assicurarsi che tale mezzo abbia un'apprezzabile efficacia difensiva – dei beni della collettività – atta a compensarne la sicura efficacia offensiva – della libertà personale del reo.

Non basta a legittimare la criminalizzazione di un comportamento la provata (o, più spesso, soltanto pigramente supposta) ineffettività degli altri strumenti di controllo sociale: va dimostrata (o, quanto meno, verosimilmente presunta) l'effettività del mezzo-pena rispetto allo scopo che ha di mira il legislatore.

Anche dal punto di vista del controllo sociale, infatti, un ricorso alla violenza penale che non valuti la sua eventuale inidoneità a produrre effetti socialmente utili, rischia di creare problemi nuovi e più gravi di quelli che pretende di risolvere, aggravando e riproducendo i conflitti nelle aree specifiche in cui essa interviene<sup>198</sup> (si pensi agli enormi costi sociali prodotti dal proibizionismo in materia di stupefacenti).

E dunque il «metodo della sociologia»<sup>199</sup> risulta necessario al legislatore, che deve estendere i limiti della tradizionale prospettiva d'indagine giuridico-penale, sino a ricomprendere l'analisi conoscitiva – di tipo sociologico e

---

<sup>197</sup> Lo mette in luce, dolendosi della latitanza della scienza penalistica a riguardo, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., pp. 431 ss.

<sup>198</sup> Cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 453-454, che propone di tener conto, nell'applicazione del diritto penale, dell'incidenza negativa, in termini di costi sociali, che la pena può produrre, eventualmente per escluderne l'applicabilità o per diversificarne le modalità di esecuzione.

<sup>199</sup> La «sistematica osservazione di massa» che già F. v. LISZT, ne *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 47, auspicava.

criminologico, appunto – degli atteggiamenti dell’“opinione pubblica” nei confronti della criminalità e del comportamento deviante<sup>200</sup>.

L’attuale politica congiunturale e di tipo “panpenalistico”, che utilizza il diritto penale come surrogato simbolico della sua incapacità di affrontare i fenomeni di devianza se non esorcizzandoli, appunto, con la loro penalizzazione<sup>201</sup>, finisce invece per restare puntualmente ineffettiva, con un’enorme cifra nera di reati non perseguiti, costituendo per di più un fattore di discredito dell’intero sistema, perché offusca nel senso comune il confine tra lecito e illecito e attenua il rispetto della legge<sup>202</sup>.

Del resto, in una situazione di ipertrofia del diritto penale, non è nemmeno pensabile adeguare le risorse degli apparati amministrativi e giudiziari che hanno il compito di realizzare le innumerevoli previsioni legislative: in questo modo, la giustizia penale si presenta come un’organizzazione che non può che funzionare selettivamente, cioè dirigendo le pene verso una parte infinitesimale dei suoi clienti potenziali, gli infrattori della legge<sup>203</sup>.

Le applicazioni sporadiche, casuali potremmo dire, di tale “legislazione penale simbolica”, poi, risultano illegittime, perché il singolo reo finisce per assumere il ruolo di “capro espiatorio”, tanto più che le vittime di tale legislazione ineffettiva non sono quasi mai scelte a caso “dal mucchio” dei trasgressori, ma sono il risultato di un processo di selezione con connotati sociali ben precisi: il prezzo di questa autentica “lotteria di Babilonia” viene infatti pagato principalmente dagli *outsiders*, da individui già socialmente svantaggiati. Come è stato detto, «quanto più una norma è ineffettiva, tanto

---

<sup>200</sup> Sull’utilità delle indagini di tipo empirico, anche comparatistiche, ai fini della verifica della reale efficacia dei diversi strumenti sanzionatori adottabili, si veda, fra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 29. Del ‘principio di idoneità’ quale fondamentale principio di limitazione funzionale del diritto penale, che impedirebbe di fare ricorso alla pena se, alla luce di un rigoroso controllo empirico basato sull’analisi degli effetti di norme corrispondenti in altri ordinamenti, di norme analoghe dello stesso ordinamento e su metodi attendibili di prognosi sociologica, non appaiano provati o altamente probabili degli effetti utili in relazione alle situazioni in cui vengono minacciati gravemente dei diritti umani, parla A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., p. 452.

<sup>201</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 15 ss.

<sup>202</sup> Come ammoniva C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXXII, p. 80: «Così le leggi inutili, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilito alle leggi anche più salutari».

<sup>203</sup> Come rileva A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 455 ss., il quale ritiene, perciò, che, non potendosi adeguare le risorse ai programmi d’azione legislativi (per gli enormi costi non solo economici, ma anche sociali, che ciò comporterebbe), l’unica alternativa sia il ridimensionamento dei programmi di azione in base alle risorse disponibili o allocabili nel sistema.

più è iperselettiva»<sup>204</sup> e quanto più è selettiva, tanto più finirà per mostrare i muscoli contro soggetti deboli, restando invece “debole contro i forti”.

In definitiva, un arretramento della soglia della penalità, come si vede, è imposto anche da questo tipo di considerazioni, che attengono alla efficienza e alla credibilità del sistema, di là da facili *slogan* di *Zero tolerance* e dal mantra della ‘certezza della pena’.

---

<sup>204</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 472. Cfr. anche *ibidem*, pp. 444-445 e pp. 537 ss.

## Capitolo II

### L'evoluzione della legislazione sulle sostanze stupefacenti

#### 1. Le convenzioni internazionali e l'opzione proibizionista.

Com'è noto, negli ultimi anni la normativa riguardante il trattamento penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti e psicotrope è stata oggetto di numerosi interventi da parte sia del legislatore che della giurisprudenza costituzionale e di legittimità ed è stata destinataria di particolare attenzione anche in ambito accademico e dottrinale<sup>1</sup>.

In particolare, la Corte costituzionale è stata investita di una sequela di questioni di legittimità costituzionale ed è intervenuta, con alcune importanti pronunce<sup>2</sup>, su diversi punti della cd. legge Fini-Giovanardi, *rectius* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, recante «Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti» per le Olimpiadi invernali di Torino 2006, nonché «la funzionalità dell'amministrazione dell'Interno» e «disposizioni per favorire il recupero dei tossicodipendenti recidivi»<sup>3</sup>, che era stato poi oggetto di un vero e proprio stravolgimento in sede di conversione in legge 21 febbraio 2006, n. 49, con la quale si era modificato buona parte del Testo Unico sugli stupefacenti, e che rappresentava l'ultima tappa della legislazione italiana in tema di droghe.

---

<sup>1</sup> Su tali questioni, si rinvia *infra*, al cap. III.

<sup>2</sup> Ci si riferisce soprattutto alla sent. 12 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.* 2014, pp. 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, che ha dichiarato illegittimi, per contrasto con l'art. 77 comma 2 Cost., gli artt. 4-bis e 4-vicies ter d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con modif. dall'art. 1, comma 1, legge 21 febbraio 2006, n. 49, perché apportavano, in sede di conversione del d.l., modifiche al Testo Unico in materia di stupefacenti prive del nesso, costituzionalmente imposto, di omogeneità e di "interrelazione funzionale" con la *ratio* originaria del decreto stesso; nonché alla sent. 6 maggio 2016, n. 94, la quale, per analoghe ragioni, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-quater del medesimo decreto.

<sup>3</sup> In proposito, tra i primi interventi successivi alla sua entrata in vigore, si veda C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 234 ss., molto critico sul metodo di approvazione mediante decretazione d'urgenza, sulla cui conversione il Governo pose peraltro la questione di fiducia.

Si tratta di una legislazione che si snoda lungo l'arco di tempo di quasi un secolo e che, pur nelle sue diverse fasi e nelle relative più o meno frequenti oscillazioni, si è sempre caratterizzata – conformemente alla normativa internazionale sia universale che regionale – per un orientamento culturale di fondo, raramente messo in discussione, definibile come proibizionista e repressivo<sup>4</sup>.

Infatti, gli accordi internazionali in materia di stupefacenti fanno obbligo agli Stati contraenti di reprimere come illecito penale non solo i fatti di produzione e commercio illegali, ma anche le semplici condotte di detenzione, lasciando ai singoli Stati solo la possibilità, in ordine alla posizione di chi sia anche consumatore, di optare per misure trattamentali in sostituzione della repressione penale. Più precisamente, pur non essendo espressamente sancito nelle convenzioni un esplicito divieto per gli Stati di adottare una disciplina di legalizzazione del consumo delle droghe per uso voluttuario, tuttavia non sussiste alcun dubbio sul fatto che tutti gli obblighi internazionali in materia siano posti sulla base della tacita premessa secondo cui l'unico uso lecito degli stupefacenti è quello a fini terapeutici o scientifici<sup>5</sup>.

Così, al campo di applicazione di tali convenzioni è estranea, come è evidente, qualunque soluzione legislativa di tipo non proibizionista.

Per la verità, tale impostazione in senso marcatamente repressivo data solo dal 1961, anno in cui fu adottata a New York la fondamentale Convenzione unica sugli stupefacenti, che ha espressamente abrogato tutti gli accordi precedenti in materia.

Tali accordi, a partire dalla Convenzione internazionale sull'oppio adottata all'Aia il 23 gennaio 1912 – e alla quale anche l'Italia aderì, sebbene solo dieci anni dopo –, si limitavano a controllare la produzione ed il commercio di determinate sostanze, che venivano poste sotto il monopolio dei Paesi aderenti<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 1994, pp. 25 ss.; M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma 1996, p. 2.

<sup>5</sup> Cfr. anche G. PIFFER, (sub) *art. 73 d. p. R. 309/1990*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2006, pp. 5447 ss.

<sup>6</sup> Così la Convenzione di Ginevra del 1925, che per la prima volta indicò anche la *Cannabis indica* come sostanza stupefacente pericolosa per la salute pubblica e quindi da controllare, e quella di Bangkok del 1931, che rese il monopolio più rigido e vincolante. Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, p. 1184.

La svolta in senso più decisamente repressivo e proibizionista si ebbe, appunto, con la Convenzione di New York del 30 marzo 1961, che già nel Preambolo prevedeva la limitazione dell'uso degli stupefacenti «a soli fini medici e scientifici» e, in particolare, all'art. 36, includeva tra le condotte punibili con la reclusione o con altre pene privative della libertà personale anche il possesso illecito delle sostanze stupefacenti, «se commesso intenzionalmente».

Già nel 1972, però, con il Protocollo di emendamenti adottato a Ginevra il 25 marzo, la comunità internazionale corresse il tiro e prevede che, stante l'obbligo di criminalizzazione di tutti i comportamenti illegali, «quando persone utilizzanti in modo abusivo stupefacenti avranno commesso tali infrazioni, le Parti potranno, invece che condannarle o pronunciare una sanzione penale a loro danno, oppure quale completamento della condanna o della sanzione penale, sottoporre queste persone a misure di cura, correzione, post-cura, riabilitazione e reinserimento sociale» (art. 14 del Protocollo emendamenti, che sostituiva il generico impegno, presente nell'art. 38 della Convenzione unica del 1961, «a prendere in particolare considerazione le misure da adottare per far curare i tossicomani e garantire il loro riadattamento»<sup>7</sup>).

Sostanzialmente di uguale tenore, anzi in un certo senso anticipatrice rispetto al Protocollo emendamenti quanto alla possibilità di sostituire od integrare le sanzioni penali detentive con adeguati trattamenti quando i colpevoli siano anche consumatori in proprio, è la Convenzione di Vienna sulle sostanze psicotrope del 21 febbraio 1971, adottata per superare la disparità di trattamento determinatasi con la Convenzione unica a proposito di anfetamine, tranquillanti, allucinogeni e barbiturici, precedentemente sottratti a tale disciplina repressiva, in dipendenza, verosimilmente, dei grandi interessi economici legati a tali prodotti dell'industria farmaceutica<sup>8</sup>.

Il 20 dicembre 1988 venne poi stipulata a Vienna la Convenzione delle Nazioni Unite – ratificata dall'Italia nel 1990, con legge n. 328 – che ha ricevuto l'adesione di ben 106 Stati e che si presenta dotata di un grado particolarmente elevato di analiticità. L'orientamento generale della nuova

---

<sup>7</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 26.

<sup>8</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1185.

Convenzione non può non apparire marcatamente repressivo, prevedendo essa l'inasprimento ed il potenziamento della risposta sanzionatoria nei confronti delle attività illecite, pur non mancando consistenti aperture a favore delle misure riabilitative.

In particolare, vengono distinte le condotte di produzione e di traffico (e quelle ad esse connesse), in rapporto alle quali le sanzioni, di natura penale, sono notevolmente elevate, da quelle di coltivazione, acquisto e detenzione di stupefacenti destinati al consumo personale: rispetto a tali condotte la Convenzione indirizza fundamentalmente gli Stati nel senso di qualificarle come reato, sia pure cautelativamente riconoscendo una diversa possibilità di scelta in relazione ai «principi costituzionali» e ai «concetti fondamentali» dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato.

Per quanto riguarda le sanzioni nei confronti di chi sia tossicodipendente o, comunque, bisognoso di trattamenti terapeutici o socio-assistenziali, v'è da distinguere l'ipotesi in cui il reato commesso concerna un fatto inteso al consumo personale (o sia di natura tenue), nel qual caso tali misure terapeutiche o riabilitative possono sia sostituire che aggiungersi alla sanzione penale; e quella in cui, invece, il fatto di reato sia commesso al di fuori della finalità del consumo personale, essendo in tal caso le misure necessariamente complementari rispetto alla sanzione penale<sup>9</sup>.

Il problema dei vincoli derivanti al legislatore ordinario dagli obblighi internazionali in materia di stupefacenti è stato affrontato, soprattutto con riferimento alle cosiddette droghe leggere, da alcune pronunce della Corte costituzionale, con le quali si è affermato il principio generale secondo cui contrasterebbe con tali obblighi una generalizzata liberalizzazione di dette sostanze, senza previsione di alcun tipo di sanzione.

Così la Corte, con la sentenza n. 30/1981, dichiarò inammissibile la richiesta di *referendum* parzialmente abrogativo della legge n. 685/1975, avente lo scopo di liberalizzare la coltivazione, la circolazione e l'uso della canapa indiana e dei suoi derivati, affermando che l'abrogazione delle norme oggetto

---

<sup>9</sup> Sulla Convenzione ONU del 1988 cfr. specialmente F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 27-28 e M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., p. 2. Essa contiene peraltro anche le linee fondamentali di un complesso sistema in cui risultano integrati molteplici strumenti – oltre a quelli più specificamente penalistici e processualistici – della strategia di lotta contro gli stupefacenti: dagli aspetti economico-finanziari del fenomeno criminoso agli aspetti macro-economico-sociali, come la sostituzione delle colture di droga con altre non vietate.

del quesito referendario avrebbe concretato un'esplicita e inequivocabile violazione degli obblighi assunti dallo Stato italiano con l'adesione alla Convenzione unica del 1961 e al Protocollo di emendamenti del 1972, ribadendo poi tali principi in successive decisioni, da ultimo ancora nel 1997, con sentenza n. 27<sup>10</sup>.

Nel 1993, invece, con sentenza n. 28<sup>11</sup>, la Corte dichiarò ammissibile la richiesta di *referendum* popolare (poi effettivamente svoltosi il 18 e 19 aprile dello stesso anno, e su cui avremo modo di soffermarci), tendente a depenalizzare la detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti oltre il limite della "dose media giornaliera", ma non ad eliminarne l'assoggettabilità a sanzioni amministrative: la depenalizzazione della detenzione per uso personale non contrasterebbe, infatti, con la Convenzione di Vienna del 1988, perché questa lascia espressamente alla scelta discrezionale degli Stati contraenti la possibilità di prevedere, per tale condotta, misure diverse dalla sanzione penale.

## 2. *L'evoluzione della legislazione italiana dalla legge 18 febbraio 1923, n. 396 al Testo Unico delle leggi sanitarie (1934).*

Il codice Zanardelli (1889) ignorava, letteralmente, l'espressione «stupefacente» e – coerentemente con l'ispirazione liberale dell'ordinamento e, in particolare, con gli interessi della borghesia, nell'ambito della quale, in modo pressoché esclusivo, era diffuso il consumo di droghe – si limitava a reprimere semplicemente la vendita e la circolazione di cose pericolose per la salute umana, in special modo i medicinali.

La circolazione di droghe o di sostanze stimolanti o allucinogene – se non pericolose per la salute – non era affatto proibita. La loro assunzione veniva considerata una scelta, non sindacabile, del singolo individuo, senza interferenze dello Stato o dell'autorità pubblica<sup>12</sup>. Il divieto di vendita di sostanze pericolose per la salute mirava soprattutto a tutelare il consumatore da

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., sent. 12 febbraio 1981 n. 30, in *Giur. cost.* 1981, I, p. 191 e Corte cost., sent. 30 gennaio-10 febbraio 1997 n. 27, in *Foro it.* 1997, I, p. 658. Sul punto, cfr. G. PIFFER, *art. 73 d. p. R. 309/1990*, cit., p. 5448.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. 16 gennaio-4 febbraio 1993 n. 28, in *Giur. cost.* 1993, pp. 196 ss.

<sup>12</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1185.

frodi e sofisticazioni, garantendo la genuinità del prodotto e salvaguardando, in tal modo, indirettamente la salute umana.

È solo con la legge 18 febbraio 1923, n. 396 – destinata ad adeguare la normativa nazionale alla Convenzione dell’oppio sottoscritta all’Aia nel 1912 – che nel nostro ordinamento compare l’espressione «stupefacente»: con tale legge vennero sottoposte a controllo (e le relative violazioni vennero penalmente sanzionate) la morfina, la cocaina, nonché le «sostanze velenose che in piccole dosi danno azione stupefacente», sostanze tutte successivamente individuate e ricomprese in un elenco tenuto a cura del Ministero dell’Interno<sup>13</sup>.

Le condotte punibili erano la vendita o la somministrazione da parte di soggetti non autorizzati a vendere o somministrare prodotti medicinali; la fornitura da parte di soggetti autorizzati a persone non autorizzate all’acquisto; la somministrazione a persone sprovviste di ricetta medica.

Il codice Rocco del 1930, oltre a rendere autonoma e distinta la nozione di «sostanze stupefacenti» da quella di «sostanze velenose» – indice, questo, di una raggiunta autonomia concettuale e della correlativa evoluzione culturale<sup>14</sup> –, si caratterizzò per l’inasprimento sanzionatorio in rapporto alla produzione ed al traffico e per la creazione, al riguardo, di due fattispecie delittuose (artt. 446 e 447)<sup>15</sup> dirette a vietare il commercio clandestino e fraudolento e l’agevolazione dolosa dell’uso di sostanze stupefacenti<sup>16</sup>.

Sul piano dell’imputabilità, anch’esso per la prima volta preso in considerazione dal codice Rocco, le conseguenze giuridiche previste per

---

<sup>13</sup> Cfr. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5394.

<sup>14</sup> Nella normativa codicistica, peraltro, l’individuazione delle sostanze “vietate” non è affidata ad un sistema di appositi elenchi, ma avveniva per mezzo di una nozione sintetica e unitaria da concretizzare attraverso l’opera interpretativa del giudice. Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit. p. 33.

<sup>15</sup> Art. 446: «Chiunque, in modo clandestino o fraudolento, fa commercio di sostanze stupefacenti, o le detiene allo scopo di farne commercio clandestino o fraudolento, ovvero le somministra o procura ad altri clandestinamente o fraudolentemente, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a lire mille. La pena è aumentata se alcuna delle sostanze suddette è venduta o consegnata a persona minore degli anni diciotto, ovvero in condizione d’infermità o deficienza psichica, o a chi è dedito all’uso di sostanze stupefacenti».

Art. 447: «Chiunque, senza essere concorso nel delitto preveduto dall’articolo precedente, adibisce o lascia che sia adibito un locale, pubblico o privato, a convegno di persone che vi accedano per darsi all’uso di sostanze stupefacenti, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire cinquecento a diecimila. Si applica la reclusione fino a sei mesi e la multa da lire quarantamila a duecentomila a chi accede nei detti locali per darsi all’uso di sostanze stupefacenti».

<sup>16</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1999, p. 27 e G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5394.

l'ubriachezza furono estese al fatto commesso sotto l'azione di stupefacenti (art. 93) e, agli effetti della diminuzione o dell'esclusione di essa, si equiparò l'intossicato cronico all'alcolista cronico (art. 95)<sup>17</sup>.

Sul versante del consumo, v'è da rilevare che né la legge del 1923 né il codice Rocco sancivano la punibilità del consumatore di droga, salvo che in alcuni casi, sostanzialmente marginali rispetto alla realtà del fenomeno, e tuttavia giudicati rilevanti dal legislatore dell'epoca in un'ottica orientata alla repressione del "vizio" ed alla tutela dell'"ordine pubblico"<sup>18</sup>, quali la partecipazione del consumatore ai convegni tenuti nelle cd. fumerie (art. 447, comma 2 c.p.) ovvero l'essere colto in grave stato di alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti in luoghi pubblici o equiparati (art. 729 c.p.). Praticamente assente era il profilo del trattamento per la riabilitazione del tossicodipendente, salva l'applicabilità della legge n. 36/1904 in tema di malati di mente e loro ricovero coatto in nosocomio, ovviamente in presenza dei relativi presupposti (che, presumibilmente, data l'arretratezza culturale e l'orientamento repressivo dell'epoca, non doveva risultare molto difficile ravvisare nei singoli casi).

Solo con l'art. 12 del r.d.l. 15 gennaio 1934, n. 151 ("Nuove norme sugli stupefacenti"), fu prevista la prima vera ipotesi di intervento per il trattamento della tossicodipendenza, consistente nel ricovero, anche coatto, in una casa di salute di chi fosse stato «colto in stato di grave alterazione psichica per abuso di sostanze o preparazioni stupefacenti», per essere sottoposto alla cura disintossicante<sup>19</sup>.

Tale decreto articolò, peraltro, maggiormente le condotte criminose attinenti l'oppio, la coca, la canapa indiana e le «altre sostanze o preparazioni stupefacenti» (abrogando la legge del 1923), vietandone e sanzionandone la coltivazione, la produzione, l'importazione, l'esportazione, il ricevere in transito, la vendita, la detenzione a fine di commercio clandestino, la fabbricazione e la somministrazione anche gratuita a terzi, oltre l'adibire locali a luogo di convegno per «darsi all'uso» di sostanze stupefacenti, il superare i limiti quantitativi autorizzati, il vendere o somministrare le sostanze senza

---

<sup>17</sup> Sul punto, v. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1186.

<sup>18</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 32.

<sup>19</sup> In argomento, cfr. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5394.

prescrizione medica o il rilasciare prescrizioni al di fuori delle necessità terapeutiche o in quantità superiori al necessario.

Nello stesso anno fu emanato il Testo Unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), che mostrava un iniziale orientamento in senso medico-sociale nella lotta al fenomeno<sup>20</sup>. E tuttavia esso forniva una risposta «terapeutica» in termini esclusivamente di tutela dell'ordine e della moralità pubblica, prevedendo all'art. 157 (che modificava lo stesso art. 12 r.d.l. n. 151) il ricovero coatto del solo consumatore che risultasse «pericoloso per sé e per gli altri» o «di pubblico scandalo»<sup>21</sup>.

Ciò che risulta evidente è che, come si è visto, nel corso di poco più di un decennio gli stupefacenti uscirono dalla sfera del giuridicamente irrilevante per diventare oggetto di una normativa articolata, pur se sbilanciata più sul versante della disciplina della produzione e del commercio – e delle relative sanzioni – che su quello della prevenzione, aspetto pressoché sconosciuto o ignorato, e degli strumenti amministrativi e normativi per la cura e la riabilitazione sociale del tossicodipendente.

### 3. *Il proibizionismo e la legge 22 ottobre 1954, n. 1041.*

Una svolta radicale nell'evoluzione della disciplina degli stupefacenti si ebbe con la legge 22 ottobre 1954, n. 1041, che avrebbe regolato la materia per oltre venti anni, intervenuta quando il fenomeno del consumo di stupefacenti iniziava ad assumere dimensioni consistenti in Italia ed all'estero.

Tale legge si caratterizzava per una netta impostazione repressiva, con riferimento a tutte le condotte possibili e senza una graduazione della risposta sanzionatoria in rapporto a condotte relative a sostanze meno pericolose per la salute umana.

---

<sup>20</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1186-1187 e G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 27.

<sup>21</sup> Come ricorda F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 32.

Essa introdusse, infatti, nell'ordinamento il "proibizionismo"<sup>22</sup> relativamente al consumo delle sostanze stupefacenti: è con la legge del 1954 che il consumatore assunse per la prima volta, in quanto tale, la qualità di «delinquente»<sup>23</sup>. Qualità che gli venne attribuita, peraltro, in forza della sua completa equiparazione con il produttore e lo spacciatore, a prescindere dalle sue caratteristiche soggettive (consumatore occasionale o abituale, tossicofilo o tossicodipendente, ecc.) e dalla qualità e quantità oggettiva della sostanza detenuta, ma sulla base esclusiva della mera relazione materiale con essa, espressa dalla condotta di detenzione.

La norma chiave della legge era contenuta nell'art. 6, che equiparava (prevedendo un'unica cornice edittale, da tre a otto anni di reclusione) la condotta di «comunque detenere» a quelle di acquistare, vendere, cedere, esportare, importare, passare in transito, procurare ad altri, impiegare, sostanze o preparati indicati nell'elenco degli stupefacenti<sup>24</sup>.

Di fronte a tale situazione normativa, numerose furono le contestazioni e le polemiche, a livello politico e dottrinale, e non mancarono tentativi da parte dei giudici di merito di trovare dei "correttivi"<sup>25</sup>, nel senso di escludere l'applicazione dell'art. 6 nel caso di detenzione per uso personale di piccoli quantitativi di droga, ritenendosi necessario lo scopo di vendita o comunque di commercio o di consegna a terzi; questi tentativi furono sempre respinti dalla Corte di cassazione, la quale sostenne che la necessità di stroncare il traffico implicava la necessità di «colpire tutti i nodi dell'intricato viluppo», in quanto «è il vizio che [...] fomenta la distribuzione della droga e di rimando il commercio all'ingrosso che sta alle radici»: di qui l'idea che anche la

---

<sup>22</sup> Su tale interpretazione tutta la dottrina è concorde: cfr., fra gli altri, E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1187, G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28, G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5395.

<sup>23</sup> Come afferma F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 33.

<sup>24</sup> Il legislatore del 1954 confermò, quindi, il sistema tabellare di individuazione delle sostanze stupefacenti, rinviando agli appositi elenchi ministeriali. Con la conseguenza che, secondo l'interpretazione pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza (dopo alcune iniziali pronunce nel senso dell'abrogazione della normativa codicistica), il sistema tabellare venne a coesistere con le disposizioni del codice penale (artt. 446, 447, 729 e 730), che finirono per svolgere una funzione sussidiaria, di chiusura: infatti, la nuova legge si applicava alle sostanze incluse negli elenchi, le norme codicistiche ad ogni altra che, a parere del giudice, presentasse reali proprietà stupefacenti, indipendentemente dall'inserimento negli elenchi. Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1187 e F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 33-34.

<sup>25</sup> Su cui v. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28.

criminalizzazione del tossicomane potesse (o meglio, dovesse) rientrare nella strategia complessiva di lotta all'«insidioso fenomeno»<sup>26</sup>.

Questa prospettiva fu accolta, implicitamente, anche dal d.p.R. 22 maggio 1970, n. 283 («Concessione di amnistia e indulto»), che dichiarò applicabile l'indulto all'ipotesi di condanna «per impiego e detenzione per uso personale» di stupefacenti, fugando ogni dubbio residuo circa la punibilità anche della detenzione e dell'uso personale.

Anche la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 6, sotto il profilo di una sospetta violazione dell'art. 3 Cost. (per l'equiparazione delle situazioni di chi detiene a scopo di traffico illecito e di chi detiene a fine di consumo proprio), nonché dell'art. 32 Cost., avallò l'orientamento repressivo, ritenendo che la parificazione di trattamento rientrasse nella discrezionalità legislativa. Con tale sentenza, n. 9 del 1972<sup>27</sup>, la Corte affermò peraltro che le due situazioni non potessero essere considerate «diametralmente diverse, ma tra loro concorrenti, rispetto al piano d'azione che il legislatore si è chiaramente proposto» e che anche l'incriminazione della pura e semplice detenzione per uso personale si inserisse come parte del tutto nel quadro generale e nel ciclo operativo completo della lotta «contro l'alto potere distruttivo della droga e contro il dilagare del suo contagio, giunto ad un livello di manifestazioni, anche delittuose, tale da suscitare in misura sempre più preoccupante turbamento dell'ordine pubblico e di quello della morale»<sup>28</sup>.

Continuava ad essere assente, nella legge del 1954, ogni previsione relativa alla prevenzione e la cura delle tossicodipendenze<sup>29</sup>.

Le uniche disposizioni della legge al riguardo, praticamente disapplicate, erano l'art. 20, che prevedeva l'obbligo del «sanitario che assiste[va] o visita[va] persone affette da intossicazione cronica prodotta da sostanze

---

<sup>26</sup> Cfr., in particolare, Cass. Sez. un., sent. 10 dicembre 1957, in *Foro it.* 1958, II, p. 65 e p. 118. In tale sentenza, per la verità, la Corte operò una distinzione tra detenzione e uso, ritenendo quest'ultimo non incriminabile, se non preceduto da una fase di detenzione. Nella pratica, come è evidente, la distinzione servì a ben poco, come rileva E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1187.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., sent. 13 gennaio 1972, n. 9, in *Giur. cost.* 1972, p. 27.

<sup>28</sup> Per la verità, nella sentenza citata, la Corte, pur rifiutando la necessità di un trattamento differenziato ai sensi dell'art. 3 Cost., riconobbe l'esistenza di un problema di congruenza tra reato e pena, anche ai fini di rieducazione stabiliti dall'art. 27 Cost. Al riguardo, però, la Corte demandò la risoluzione del problema alle scelte del potere legislativo e ai suoi indirizzi di politica giuridico-sociale, sottratti al suo sindacato, come ha rilevato G. M. FLICK, *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione*, Milano 1979, pp. 142-143.

<sup>29</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1187-1188 e F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 33.

stupefacenti» di farne denuncia, entro due giorni, all'autorità di pubblica sicurezza e al prefetto, e l'art. 21, che conferiva al pretore il potere di ordinare il ricovero coatto, previo accertamento medico, «in casa di salute o di cura o in ospedali psichiatrici, perché [fosse] sottoposto alla cura disintossicante, di chi, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di stupefacenti, si rende[sse] comunque pericoloso a sé o agli altri o [riuscisse] di pubblico scandalo».

Una prospettiva tutta custodialistica, come si vede<sup>30</sup>, diretta più alla tutela dell'ordine pubblico (i presupposti, come nella normativa precedente, erano il pericolo per sé o per altri ovvero il pubblico scandalo) che alla salvaguardia della salute dell'interessato, ed anche troppo ristretta, quanto all'obbligo di denuncia, limitato ai soli casi di intossicazione cronica.

Ma era lo stesso orientamento culturale di fondo a rivelare tutta la sua irreparabile inadeguatezza, l'impostazione repressiva che prevedeva la carcerazione per ogni ipotesi di condotta relativa alle sostanze, impedendo ogni serio intervento di carattere sanitario: le strutture pubbliche erano obbligate a reagire nell'unico modo concepito dalla impostazione decisamente proibizionista della normativa, la denuncia del fatto all'autorità giudiziaria; questa, a sua volta, a parte il ricovero coatto, non poteva che avviare il procedimento penale nei confronti del tossicomane, autore, per definizione, di un grave delitto.

Queste furono, sostanzialmente, le ragioni delle profonde critiche di tipo politico e culturale, dottrinario e scientifico, che furono mosse alla legge del 1954 e all'opzione proibizionista, che evitava deliberatamente qualsiasi analisi delle motivazioni sociali e culturali all'origine del consumo degli stupefacenti. Critiche che portarono, sulla scia della cultura progressista e garantista sviluppatasi a cavallo fra gli anni Sessanta e Settanta, al superamento di tale linea proibizionista e all'adozione di una nuova legge in materia di droghe, la n. 685 del 1975.

---

<sup>30</sup> E come ha messo in luce, tra gli altri, G. M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., pp. 168-169, che vede in particolare nell'art. 21 della legge un intento di tutela soltanto collettiva, anziché un intento di tutela individuale del destinatario della misura, a livello sanitario.

4. *La legge 22 dicembre 1975, n. 685 e la “liberalizzazione” dell’uso personale di sostanze stupefacenti.*

La legge 22 dicembre 1975, n. 685 segnò indubbiamente una svolta significativa nella legislazione italiana sugli stupefacenti: l’intera materia venne regolata su basi e principi nuovi – le vecchie leggi, ed in particolare la n. 1041 del 1954, vennero abrogate – e sulla base di un testo ampio (108 articoli), che affiancava allo strumento repressivo una articolata serie di interventi di controllo amministrativo e di programmi di prevenzione sociale e di assistenza socio-sanitaria.

Nell’individuazione delle sostanze stupefacenti si optò, definitivamente, per il criterio formale, estrinseco, dell’inclusione nelle tabelle – l’art. 108 della legge abrogò formalmente l’art. 446 del codice penale – e fu così superato il precedente “doppio sistema” di individuazione che assegnava alla disciplina codicistica il ruolo integrativo/residuale rispetto a quella legislativa: era stupefacente, ora, la sostanza inclusa nella tabella, non lo era quella che non vi figurava<sup>31</sup>.

La disciplina fu estesa, inoltre, alle sostanze psicotrope, e cioè alle anfetamine, ai barbiturici, ai tranquillanti e agli allucinogeni (sostanze, queste, tutte ricomprese negli elenchi) e tale estensione, peraltro, precedette la ratifica della Convenzione di Vienna (che avvenne solo nel 1981)<sup>32</sup>.

A parte l’inasprimento e la più compiuta articolazione dell’intervento repressivo, l’ampio interesse verso il regime delle autorizzazioni amministrative e la vasta e diversificata attività di prevenzione sociale e di recupero individuale<sup>33</sup>, l’aspetto più innovativo della nuova legge fu senz’altro la previsione della non punibilità delle condotte di acquisto e detenzione di sostanze stupefacenti e psicotrope, se finalizzata all’uso personale non terapeutico e sempre che la condotta avesse ad oggetto una «modica quantità» di sostanza.

Parte della dottrina ha ritenuto che si trattasse di una legge, certo non liberale, tuttavia liberalizzatrice del consumo della droga, consentendo il libero

---

<sup>31</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1189.

<sup>32</sup> E. FORTUNA, *op. cit.*, p. 1190.

<sup>33</sup> Su cui v. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 35 e G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28.

acquisto sul “mercato (che resta) illecito”, a condizione che l’acquirente «si contenesse nelle quantità»<sup>34</sup>.

Forse appare più esatto dire<sup>35</sup> che il sistema rimaneva imperniato sulla incriminazione della detenzione di droga, che conservava il carattere di illecito, ma la legge “ritagliava” al suo interno una ipotesi di non punibilità, caratterizzata da un elemento soggettivo – la finalità di uso proprio non terapeutico – ed uno oggettivo – la modica quantità di sostanza detenuta. La stessa presenza di questi due elementi, infatti, non poteva essere accertata che in via giurisdizionale, mediante un procedimento penale e, in tal caso, il soggetto detentore-consumatore, pur non essendo (più) assoggettato a pena, poteva tuttavia essere sottoposto – anche coattivamente, mediante provvedimento giurisdizionale – al ricovero ospedaliero o alle opportune cure ambulatoriali o domiciliari, mentre era escluso l’internamento in ospedale psichiatrico<sup>36</sup>.

Tutto ciò sulla base della fondamentale premessa secondo cui l’assuntore di sostanze stupefacenti è un soggetto caratterizzato da disadattamento sociale e l’assunzione costituisce una vera e propria malattia sociale<sup>37</sup>, nei confronti della quale la risposta più adatta non può certo essere quella punitiva, mentre l’intervento trattamentale e riabilitativo dev’essere il più incisivo e penetrante.

Si ritenne, infatti, impossibile organizzare un programma organico di recupero sociale del tossicodipendente, senza rinunciare ad un sistema che accomunava, nell’unica prospettiva della repressione penale, trafficanti e consumatori, spacciatori e tossicomani.

Era necessaria a tal fine, piuttosto, la collaborazione – più o, alle volte, meno spontanea – dell’interessato, nella quale, come è evidente, non è realistico sperare laddove si comminano e si infliggono dure sanzioni penali anche per la semplice detenzione o consumo, che finiscono, anzi, per

---

<sup>34</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28.

<sup>35</sup> Con F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 35.

<sup>36</sup> Relativamente a questo profilo, cfr. il significativo giudizio di G. M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., p. 168, il quale ritiene che la legge n. 685/1975 abbia voluto accogliere integralmente ed esplicitamente la prospettiva dottrinale intesa ad inquadrare il problema della prevenzione e del recupero nel solo ambito dell’art. 32 Cost., con esclusione della dimensione custodialistica (che caratterizzava, invece, la legge del 1954).

<sup>37</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 34-35 e G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5395.

emarginare il consumatore, costringendolo a rinunciare ad ogni forma di assistenza sociale e medica.

Pur tuttavia, proprio sul fronte del trattamento si sono registrate le maggiori critiche e perplessità e l'intervento del legislatore è apparso, in effetti, ambiguo in più punti.

Il fatto che la condotta di detenzione restasse comunque illecita – come è dimostrato dalla necessità di sequestrare la sostanza – comportava l'attivazione, in ogni caso, del procedimento penale – col suo inevitabile effetto stigmatizzante – e perpetuava «l'equivoco fra l'indignazione di chi mira a punire il “diverso” e di chi mira a difenderlo apparentemente anche contro se stesso» (soluzione legislativa definita perciò, da taluno, «gattopardesca»<sup>38</sup>) e pose la magistratura in un ruolo indubbiamente equivoco e contraddittorio (quello di ordinare, in caso di esclusione della punibilità, il ricovero anche coatto): come si è detto<sup>39</sup>, il suo ruolo finiva con il presentarsi, peraltro, agli occhi del tossicodipendente, come uno strumento di controllo del potere.

A ciò si aggiunsero i difetti di attuazione della legge, per il pessimo funzionamento degli strumenti di prevenzione sociale e delle strutture socio-sanitarie istituite per il trattamento ed il reinserimento sociale del tossicodipendente.

Ma fu lo stesso concetto di “modica quantità” (fra l'altro vago ed incerto, ed oggetto per questo di diverse interpretazioni giurisprudenziali), rilevante sia per l'esenzione da pena del consumatore che per la riduzione di pena in rapporto allo spacciatore, ad essere posto in discussione. Nell'evidente impossibilità di procedere a complessi accertamenti di carattere soggettivo, era sulla condotta di detenzione che si incentrava l'accertamento giurisdizionale: se questa aveva ad oggetto quantitativi modici di sostanza stupefacente, spacciatori oculati, che avevano l'accortezza di frazionare la loro attività di cessione, riuscivano a sfuggire alla sanzione. D'altra parte, consumatori che avessero ecceduto nell'acquisto per loro stessi, creandosi una piccola scorta di sostanza, si trovavano ad essere necessariamente trattati penalmente alla stregua di spacciatori<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. G. M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., p. 250.

<sup>39</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1192.

<sup>40</sup> Come rileva G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28.

Il consumo delle droghe, in quegli anni, crebbe, tra l'altro, in maniera preoccupante, in ragione, senza dubbio, prevalentemente di fattori culturali e sociali che sarebbe fuorviante, oltre che intellettualmente poco onesto, addebitare alla nuova legge (si registrò un analogo aumento del consumo in quasi tutti i Paesi occidentali, con discipline normative e meccanismi operativi diversi), ma ciò dava comunque sostegno alla cultura controriformista.

Questa si sviluppò lungo tutto il corso degli anni Ottanta<sup>41</sup>, mettendo in crisi lo stesso principio base della riforma del 1975, per cui il consumatore sarebbe un malato o un emarginato da curare, e non da punire, e riaffermando, al contrario, l'idea per cui questi dovesse essere dissuaso dalla minaccia della pena, necessaria anche per il suo valore "simbolico" o di stigma morale.

Si pervenne così alla legge del 1990.

##### 5. *La 'controriforma' del 1990 e il referendum del 1993.*

La legge 26 giugno 1990, n. 162 (cd. legge Jervolino-Vassalli) fu approvata sulla scia della Convenzione di Vienna, stipulata nel 1988 e a cui sarebbe stata data ratifica di lì a poco (con l. 5 novembre 1990, n. 328).

La nuova legge operava in modo "novellistico", cioè senza sostituire integralmente la precedente legge del 1975, ma innestandovi numerose modifiche, sostituzioni, soppressioni e inserimenti di articoli e commi<sup>42</sup>; cosicché fu necessario, in base alla delega al Governo contenuta nell'art. 37 della stessa legge n. 162, provvedere ad un riordino dell'intera disciplina, mediante l'elaborazione di un Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti, adottato con d.p.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (fonte tuttora in vigore e su cui hanno insistito le incisive modifiche ad opera della l. n. 49/2006, alcune delle quali, peraltro, come detto, travolte dall'intervento della Corte costituzionale).

---

<sup>41</sup> In sintonia, del resto, con un contesto culturale internazionale, e specialmente dei Paesi anglosassoni, da cui partì in quegli anni una vera e propria *war on drugs* (che ebbe come principali destinatari i consumatori), enfaticamente espressa da Nancy Reagan nel 1982, durante la presidenza del marito Ronald, con la frase: «Just say "no"».

<sup>42</sup> Come ricorda F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 37.

Il sistema delineato dal legislatore del 1990 subì, tuttavia, ben presto una radicale modifica in seguito al risultato del *referendum* abrogativo, celebrato il 18 e 19 aprile 1993, il cui esito fu reso esecutivo con il D.P.R. 5 giugno 1993, n. 171.

La riforma del 1990 segnò nuovamente una svolta nell'evoluzione legislativa italiana, ma in senso decisamente repressivo, caratterizzandosi<sup>43</sup> per tre scelte fondamentali: anzitutto l'inasprimento delle pene per il traffico (con una cornice edittale innalzata nel minimo da quattro a otto anni di reclusione e nel massimo da quindici a venti anni di reclusione, quantomeno per le condotte aventi ad oggetto le droghe cd. pesanti); poi la previsione dell'illiceità – ancorché meramente amministrativa – anche del semplice consumo, vera chiave di volta della nuova impostazione; infine le decise innovazioni in materia di prevenzione e, specialmente, di riabilitazione del tossicodipendente.

Quanto alla individuazione delle sostanze stupefacenti, la legge n. 162/1990 confermò l'ormai tradizionale sistema tabellare, spingendosi, anzi, oltre nel dare spazio alle fonti sub-legislative: competeva, infatti, ad un decreto del Ministro della Sanità (che sarebbe stato poi approvato il 12 luglio 1990, D.M. n. 186) la determinazione, sostanza per sostanza, della “dose media giornaliera” (per limiti quantitativi massimi di principio attivo), che prendeva il posto della precedente “modica quantità” – eliminandone l'intrinseca incertezza interpretativa – e venendo a segnare il confine tra rilevanza amministrativa e rilevanza penale della detenzione finalizzata all'uso personale non terapeutico<sup>44</sup>.

Come è stato rilevato, la dose media giornaliera abbassò notevolmente la soglia di punibilità del tossicodipendente, così da rendere punibili comportamenti che fino ad allora non lo erano<sup>45</sup>. Il che, unitamente alla

---

<sup>43</sup> Secondo la ricostruzione di E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1192-1193.

<sup>44</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 36-37, G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28 e G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5395-5396. Critico nei confronti del «sistema dell'elenco», sia sotto il profilo della (scarsa) scientificità e razionalità, che sul piano del (mancato) rispetto del principio della riserva di legge – per l'assenza di un vincolo tecnico per l'inclusione o l'esclusione delle sostanze dalle tabelle da approvare con la norma secondaria – è G. CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 57-58. Lo stesso E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1196-1197, seppure in un'ottica giustificativa, sostiene l'ascrivibilità degli artt. 73 e 74 del Testo Unico sugli stupefacenti alla categoria delle norme penali in bianco.

<sup>45</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 28.

inevitabile rigidità applicativa di tale criterio – per cui il superamento, anche minimo, di esso comportava necessariamente l'applicazione delle gravi sanzioni detentive previste per le condotte di traffico – e all'innalzamento delle pene previste per il traffico dall'art. 73 – che accomunava in tale trattamento ben ventidue condotte, e di cui poi diremo – ha avuto ripercussioni drammatiche sull'incremento della popolazione carceraria, in particolare dei detenuti tossicodipendenti<sup>46</sup>.

D'altra parte, era la stessa prospettiva culturale dalla quale si guardava alla situazione del consumatore ad essere mutata: questi, come è stato rilevato<sup>47</sup>, cessava di essere considerato un malato o un emarginato bisognoso di cura o di assistenza, e diveniva un soggetto da responsabilizzare ed, eventualmente, da punire.

Venne così esplicitamente proclamato, in linea di principio, il divieto di uso personale non terapeutico di stupefacenti, con una norma (art. 13 della legge n. 162, poi art. 72 del Testo Unico) avente il carattere di norma-manifesto, in quanto sprovvista di autonome sanzioni, ma destinata a sintetizzare le scelte di fondo ed il messaggio ideologico lanciato dal legislatore del 1990<sup>48</sup>: la sua funzione era quella di rovesciare una strisciante e diffusa percezione sociale circa la non contrarietà ai valori dell'ordinamento dei contegni tossicofili e tossicomani<sup>49</sup>.

Norma presidiata da sanzioni era invece quella di cui all'art. 15 della l. n. 162/1990 – art. 75 T.U. –, che riformulava il divieto non in relazione all'uso, bensì alle condotte di importazione, acquisto e detenzione per uso personale di

---

<sup>46</sup> Come denunciato da G. CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, cit., pp. 59-60 e da F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p.38. In particolare, quest'ultimo cita una relazione del Ministro degli affari sociali relativa al secondo semestre del 1992, dalla quale risultava che su 47.000 persone entrate in carcere in quel semestre, oltre 18.000 erano accusate di reati in materia di stupefacenti. Di queste, oltre 9.000 erano tossicodipendenti. Si tratta di dati che non si discostano molto dalla situazione attuale.

<sup>47</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1192 e p. 1213.

<sup>48</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 39 e p. 154, G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 37 e G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5395. Cfr. anche F. SGUBBI, *Il bene giuridico e la legge di riforma in materia di stupefacenti*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti* (a cura di F. BRICOLA e G. INSOLERA), Padova 1991, p. 65, il quale critica l'impostazione paternalistica di tale affermazione di principio, che si pone in una prospettiva che considera il diritto alla salute come interesse, superindividuale, di cui il soggetto è mero portatore, ma nell'interesse dell'intera collettività.

<sup>49</sup> Cfr. M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., pp. 3-4.

sostanze stupefacenti e psicotrope per quantitativi non superiori alla dose media giornaliera<sup>50</sup>.

Le sanzioni previste erano di natura amministrativa, venivano applicate dal prefetto e consistevano nella sospensione della patente di guida, della licenza di porto d'armi, del passaporto o, nei confronti dello straniero, del permesso di soggiorno, ovvero nel divieto di conseguire tali documenti.

Tuttavia fu previsto che l'interessato potesse sottrarsi a tali sanzioni, scegliendo di sottoporsi ad un trattamento terapeutico e socio-riabilitativo: il trattamento perdeva, quindi, il precedente carattere di potenziale coattività, per divenire oggetto di una scelta volontaria dell'interessato, ancorché 'sollecitata' dalla prospettiva di incorrere altrimenti nell'irrogazione delle sanzioni amministrative<sup>51</sup>. Più precisamente, il procedimento dinanzi al prefetto viene sospeso ove l'interessato chieda di sottoporsi ad un programma terapeutico socio-riabilitativo di riconosciuta validità (e a tal fine fu potenziato il ruolo delle Regioni e, per esse, delle Unità sanitarie locali, singole o associate con il contributo di enti ausiliari) e archiviato se il programma risulti compiutamente osservato.

Si trattava, come è stato detto, di una «coercizione psicologica decisa»<sup>52</sup>, e si può sostenere che la stessa minaccia di sanzioni mirasse soprattutto a «sollecitare» l'interessato ai fini dell'attuazione del programma socio-riabilitativo.

---

<sup>50</sup> La norma lasciava fuori alcune condotte, come quella di coltivazione ed esportazione, considerate penalmente rilevanti *ex se*, a prescindere dalla quantità di sostanza e dalla finalizzazione all'esclusivo uso personale, dando luogo a non lievi contrasti, legati all'evidente disparità di trattamento in rapporto alle condotte di importazione, acquisto e detenzione. In particolare, la coltivazione per uso personale fu oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali e di rilievi dottrinali favorevoli all'esenzione da pena. La Corte costituzionale, tuttavia, intervenne drasticamente, affermando che nella coltivazione «manca il nesso di immediatezza con l'uso personale, e ciò giustifica un possibile atteggiamento di maggior rigore, rientrando nella discrezionalità del legislatore anche la scelta di non agevolare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti per uso personale». Cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 1995 n. 360, in *Giur. cost.* 1995, p. 2668. Sul punto, v. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., pp. 37-38. Per un approfondimento sul punto, v. *infra*, cap. III, § 4.1.

<sup>51</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 36.

<sup>52</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1213. È una soluzione che fu criticata da parte della scienza medica, in quanto la volontà e la collaborazione dell'interessato sarebbero soltanto apparenti, e, in dottrina, tra gli altri, da C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 540, che sostiene che prospettare al tossicodipendente tale alternativa equivarrebbe, né più né meno, al paradosso pragmatico esemplificato da Watzlawick: «Sii spontaneo, te lo comando!».

Peraltro, nel sistema ante-*referendum*, l'art. 75, con la previsione delle sanzioni amministrative, era strettamente collegato all'art. 76 del Testo Unico (già art. 16 della l. n. 162/1990), che contemplava l'applicabilità di «provvedimenti sanzionatori dell'autorità giudiziaria» nel caso di rifiuto o interruzione del programma (oltre che in caso di terza commissione del fatto di importazione, acquisto o detenzione nei limiti di cui sopra).

Le sanzioni previste dall'art. 76 erano: il divieto di allontanarsi dal comune di residenza, l'obbligo di presentarsi all'ufficio di polizia, l'obbligo di rientro in abitazione a determinate ore, il divieto di frequentare locali pubblici, la sospensione della patente, del passaporto, della licenza di porto d'armi, l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività, il sequestro del veicolo usato se di proprietà dell'autore del fatto, l'affidamento al servizio sociale, la sospensione del permesso di soggiorno rilasciato allo straniero.

Si trattava di sanzioni dall'incerta natura giuridica, a metà strada tra le misure amministrative, le misure di sicurezza e le sanzioni penali punitive<sup>53</sup>, che il legislatore non aveva saputo definire con certezza e per la cui inosservanza lo stesso art. 76 prevedeva espressamente la sanzione penale dell'arresto o dell'ammenda. Si trattava di misure la cui previsione è, come è stato detto, da ascrivere ad una volontà di compromesso politico-ideologico (punire sì, ma il meno possibile, senza apparire, e avendo cura che le sanzioni siano il meno assimilabili possibile a quelle criminali)<sup>54</sup>, in realtà dotate di una forte incidenza afflittiva e limitativa della libertà personale, e finalmente travolte dal *referendum* abrogativo del 1993.

Ma le critiche si sono appuntate sullo stesso concetto di “dose media giornaliera”, che, se eliminava le incertezze e i contrasti interpretativi legati alla nozione di “modica quantità”, costituiva tuttavia un parametro scarsamente scientifico e poco o punto ragionevole, ma gravemente pregiudizievole per le sorti dei soggetti consumatori<sup>55</sup>.

Così, non pochi giudici di merito ‘aggredivero’ la riforma attraverso una sequela di eccezioni di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale, tuttavia, con una serie di sentenze (dell'11 luglio 1991, n. 333, del 27 marzo

---

<sup>53</sup> Come afferma M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., p. 4.

<sup>54</sup> Secondo il giudizio di E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1215-1216.

<sup>55</sup> Cfr., fra tanti, F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 38.

1992, n. 133 e del 1° luglio 1992, n. 308)<sup>56</sup>, ha dichiarato non fondate tutte le eccezioni sollevate, così confermando l'impianto di fondo della legge ed in particolare l'adozione del parametro della "dose media giornaliera"<sup>57</sup>.

In particolare, con la sentenza n. 333/1991<sup>58</sup>, nel respingere l'eccezione di irragionevolezza della normativa (per contrasto soprattutto con gli artt. 3 e 32 Cost.) con riferimento alla presunzione legislativa di pericolo di spaccio connessa al superamento della dose media giornaliera, la Corte, nell'individuare i beni tutelati e la *ratio* dell'incriminazione, affermò che scopo immediato e diretto della stessa fosse quello di combattere il mercato della droga, limitando, con il divieto di accumulo, la quantità di sostanza stupefacente che giornalmente il soggetto agente poteva detenere per uso personale senza incorrere nella sanzione penale. Ciò avrebbe avuto, a giudizio della Corte, il duplice concorrente effetto di ridurre il pericolo che una parte della sostanza detenuta potesse essere venduta o ceduta a terzi – pericolo esaltato dalla riscontrata tendenza (enunciata dalla Corte ma non meglio specificata o dimostrata) del consumatore a trasformarsi in spacciatore – e, per altro verso, di indurre la domanda, e di riflesso l'offerta, a modellarsi su quantitativi minimi, in guisa da costringere lo spaccio a parcellizzarsi al massimo e renderne così più difficile la pratica e più agevole il controllo.

In relazione ai dubbi prospettati, poi, sotto il profilo del rispetto della riserva di legge in materia penale (art. 25, 2° comma Cost.), in ragione del fatto che la dose media giornaliera era fissata con decreto ministeriale, la Corte rispose richiamando la propria consolidata giurisprudenza, in virtù della quale è costituzionalmente legittima l'integrazione della fattispecie penale ad opera di atti amministrativi, allorché la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale e individua, mediante congrua parametrizzazione, vincoli sufficienti per restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito di una valutazione strettamente tecnica (tale era, a giudizio della Corte, quella effettuata dal decreto ministeriale n. 186/1990 in forza della delega legislativa)<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 1991 n. 333, in *Giur. cost.* 1991, pp. 2646 ss.; Corte cost., sent. 27 marzo 1992 n. 133, in *Giur. cost.* 1992, pp. 1113 ss.; Corte cost., sent. 1° luglio 1992 n. 308, in *Giur. cost.* 1992, pp. 2418 ss.

<sup>57</sup> Cfr. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5443-5444.

<sup>58</sup> Cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 1991 n. 333, cit., pp. 2646 ss.

<sup>59</sup> Cfr. su questo M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., p. 6.

Tuttavia la Corte delineò anche alcuni profili interpretativi che stemperavano la rigidità del criterio della dose media giornaliera<sup>60</sup>: il primo (suggerito non senza aver prima riaffermato la legittimità, a certe condizioni, dei reati di pericolo presunto) era dato dal dovere del giudice di accertare se la condotta del soggetto agente fosse priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e di conseguenza si collocasse fuori dell'area penalmente rilevante; il secondo concerneva il dolo ed esigeva l'accertamento della consapevolezza, da parte del soggetto, di detenere una quantità di stupefacente superiore al limite della dose media giornaliera fissata dal decreto.

Sempre nel 1991, però, il 27 settembre, vi fu la richiesta di *referendum* abrogativo parziale del Testo Unico del 1990; tale richiesta, dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 28/1993<sup>61</sup>, condusse all'abrogazione di parti significative della normativa, a seguito dell'esito del *referendum*, celebrato il 18 e 19 aprile del 1993 e consacrato con il d.p.R. 5 giugno 1993, n. 171<sup>62</sup>.

Va detto che la *ratio* della richiesta referendaria si inseriva nel solco dell'orientamento antiproibizionista. Eppure<sup>63</sup>, i proponenti ebbero cura di delimitare l'oggetto dei quesiti al tema concernente la depenalizzazione dei fatti commessi in vista del consumo personale, senza intaccare l'impianto repressivo fondamentale della legge, onde evitare di incorrere, come era avvenuto in passato, nel giudizio di inammissibilità della Corte costituzionale, in particolare sotto il profilo del rispetto degli obblighi assunti con i trattati internazionali. E in effetti (come detto *supra*), nella sentenza n. 28/1993, la Corte costituzionale ritenne ammissibile il *referendum*, non intaccando l'eventuale abrogazione il principio della sanzionabilità in via amministrativa della detenzione, ai sensi dell'art. 75 del Testo Unico.

Ancora, va ricordato il tentativo vano del governo di evitare la celebrazione del *referendum*, con l'emanazione di un decreto legge (d.l. 12 gennaio 1993, n. 3) che, tra l'altro, introduceva alcune novità proprio in relazione alle materie oggetto dei quesiti referendari. In particolare, le sanzioni amministrative

---

<sup>60</sup> Ricordati da G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., pp. 28-29.

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., sent. 16 gennaio – 4 febbraio 1993 n. 28, cit., pp. 196 ss.

<sup>62</sup> Il *referendum* si svolse insieme a ben altri sette (fra cui quello ben noto che modificava in senso maggioritario il sistema elettorale di Camera e Senato), riportando peraltro il risultato meno netto di tutti, visto che la percentuale dei «sì» si è attestata su circa il 55,5%.

<sup>63</sup> Come rileva M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., pp. 2-3.

previste per la detenzione finalizzata all'uso personale venivano estese ad un'area applicativa ulteriore, delimitata da un doppio limite cumulativo: e cioè che la quantità corrispondesse «alla dose individuale abitualmente assunta nelle ventiquattro ore» e che fosse «comunque» inferiore alla dose media giornaliera<sup>64</sup>. Tale decreto legge, tuttavia, decadde per mancata conversione ed il *referendum* fu celebrato, pertanto, regolarmente.

In particolare, il *referendum* abrogò l'art. 72 comma 1 del Testo Unico, contenente il divieto dell'uso personale e di qualunque impiego non autorizzato di sostanze stupefacenti e psicotrope (abrogazione che esprimeva il significato obiettivo antiproibizionistico della richiesta referendaria e che, tuttavia, proprio per l'assenza di contenuto normativo in tale norma-manifesto, di cui si è detto, non intaccava gli equilibri di fondo del sistema).

Inoltre, attraverso l'abrogazione di una parte dell'art. 75, comma 1 e l'abrogazione dell'art. 78, comma 1 lett. b) e c) (riguardanti la quantificazione dell'assunzione abituale nelle ventiquattro ore e la determinazione della dose media giornaliera), veniva abolito il limite della dose media giornaliera quale criterio quantitativo caratterizzante il discrimine, per il consumatore, tra i comportamenti sanzionati in via amministrativa e quelli sanzionati penalmente.

Infine, con l'abrogazione dell'art. 76, vennero eliminate le misure di competenza dell'autorità giudiziaria adottabili nei confronti di colui che rifiuta o interrompe il programma terapeutico o socio-riabilitativo e a carico del recidivante, nonché le sanzioni penali previste per chi viola tali misure. Così, per il consumatore restava come unica sanzione quella di cui all'art. 75, sganciata, peraltro, dal limite quantitativo costituito dalla dose media giornaliera<sup>65</sup>.

Per quanto concerne la repressione penale delle attività illecite, la legislazione del 1990, non toccata per questa parte dall'abrogazione referendaria, prevede, come abbiamo accennato, un generale inasprimento delle sanzioni.

Volendo tralasciare i delitti commessi in violazione delle norme amministrative e le varie ipotesi delittuose di cui è disseminato il Testo Unico – fra cui l'art. 79, che sanziona, con la reclusione da tre a dieci anni e con la

---

<sup>64</sup> Cfr. F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 39.

<sup>65</sup> Su tutto questo, v. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5396-5397.

multa da euro tremila a euro diecimila, la condotta di chi adibisce o consente che sia adibito a luogo di convegno di persone che si danno all'uso di stupefacenti un locale pubblico o un circolo privato di qualsiasi specie, ovvero un immobile, un ambiente o un veicolo se l'uso è abituale; l'art. 82, che prevede la reclusione da uno a sei anni per chiunque pubblicamente istiga all'uso illecito di sostanze stupefacenti ovvero svolge, anche in privato, attività di proselitismo per tale uso ovvero induce una persona all'uso medesimo; l'art. 83, che rinvia alle pene previste dall'art. 73, commi 1, 4 e 5, per il medico chirurgo o il medico veterinario che rilascia prescrizioni delle sostanze stupefacenti o psicotrope per uso non terapeutico – la norma-chiave del sistema degli illeciti penali in materia era (ed è tuttora, essendo peraltro tornato in vigore nella sua originaria formulazione a seguito dell'intervento del Giudice delle leggi) l'art. 73, che individua ben ventidue condotte configuranti il delitto di produzione e traffico illecito<sup>66</sup>.

Tale articolo sancisce la punibilità delle condotte di coltivazione, produzione, fabbricazione, impiego, commercio all'ingrosso, distribuzione, importazione, esportazione, passaggio in transito, estrazione, raffinazione, vendita, offerta o messa in vendita, cessione ricevimento a qualsiasi titolo, commercio, acquisto, trasporto, procacciamento ad altri, invio, spedizione in transito, consegna per qualunque scopo, detenzione comunque illecita. Come si vede, una serie di ipotesi a cascata, alla fine delle quali, come clausola di chiusura, vi era anche l'illecita detenzione (che, nel sistema *post-referendum*, non può che essere solo quella a scopo diverso dall'uso personale).

Il legislatore, con una norma di taglio esasperatamente casistico, non volle lasciare aperte maglie attraverso cui potessero passare indenni da sanzione condotte inerenti al traffico illecito di stupefacenti, anche a costo di sovrabbondanze lessicali e di reiterazioni<sup>67</sup>.

Il regime sanzionatorio era sostanzialmente il medesimo ed estremamente aspro<sup>68</sup> (per la pena detentiva la cornice edittale andava dagli otto ai venti anni di reclusione), prevedendosi un aumento nel massimo (fino a ventidue anni di

---

<sup>66</sup> Come rileva E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1200.

<sup>67</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., p. 36.

<sup>68</sup> Scelta criticata duramente, fra gli altri, da C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Crit. dir.* 2005, pp. 234-235., anche in relazione a numerosi *tertia comparationis*, fattispecie di reato connotate senz'altro da una dannosità sociale maggiore (ci si riferisce a fattispecie come l'omicidio consumato del consenziente, per intenderci), eppure sanzionate in maniera decisamente più lieve.

reclusione) se a commettere il reato fosse un soggetto che, munito di autorizzazione, ne abusasse deliberatamente, e soprattutto una significativa diversificazione di esso quando oggetto delle condotte fossero le cd. “droghe leggere” (pena detentiva da due a sei anni di reclusione) o quando il fatto fosse, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, da considerarsi di lieve entità (pena detentiva da uno a sei anni o da sei mesi a quattro anni, a seconda della sostanza oggetto dello stesso).

L'art. 74 prevede, poi, la fattispecie associativa, riproducendo essenzialmente la figura criminosa prevista dall'art. 416, comma 1 c.p., da cui si distingue per la qualificazione del fine che gli associati si ripropongono (quello di commettere più reati tra quelli previsti dall'art. 73 del Testo Unico)<sup>69</sup>, e per la minaccia di pene notevolmente più alte.

Si tratta, è stato detto<sup>70</sup>, di un reato senz'altro plurioffensivo, in quanto aggredisce tanto la salute della collettività quanto l'ordine pubblico. E tuttavia le pene, che per coloro che promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano un tale tipo di associazione non sono inferiori ai venti anni di reclusione, mentre per i partecipanti non sono inferiori ai dieci anni, sono notevolmente più elevate rispetto non solo all'associazione per delinquere comune (anch'esso, d'altronde, reato plurioffensivo nell'opinione del legislatore), ma anche rispetto a quella di tipo mafioso o a quella finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

#### 6. *La decisione quadro 2004/757/GAI.*

Da ultimo, prima di passare ad analizzare l'attuale disciplina in materia di stupefacenti, va ricordata, in ambito comunitario, la recente decisione quadro del Consiglio CE n. 757/GAI del 25 ottobre 2004, riguardante la “fissazione di

---

<sup>69</sup> Cfr. M. RONCO, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, cit., pp. 14-15 e G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, cit., pp. 42-43.

<sup>70</sup> Cfr. E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., p. 1204.

norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili” in materia di traffico illecito di stupefacenti<sup>71</sup>.

Si tratta di un atto tipico del cd. (ex) terzo pilastro dell’Unione Europea (adottato sulla base dell’art. 34 § 2 lett. b) TUE pre-Lisbona), fonte privilegiata, in tale sistema, per l’armonizzazione delle legislazioni nazionali in taluni ambiti, inquadrabili nel progetto di realizzazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia»: tra questi, com’è noto, già prima del ‘salto qualitativo’ operato a Lisbona<sup>72</sup>, spiccava quello della politica criminale, attraverso un incisivo condizionamento nella definizione dell’area del penalmente rilevante e nella previsione delle relative sanzioni, funzionale a sviluppare tra gli Stati membri una «cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale». In particolare, l’art. 31 § 1 lett. e) TUE pre-Lisbona prevedeva, tra le materie suscettibili dell’adozione progressiva di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, in funzione delle esigenze di cooperazione tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri<sup>73</sup>, oltre alla criminalità organizzata ed al terrorismo, proprio il traffico illecito di stupefacenti.

Del resto, che l’obiettivo di politica criminale perseguito con la decisione quadro in discorso fosse principalmente il rafforzamento di tale tipo di cooperazione cd. orizzontale – sul presupposto implicito di una già compiuta ed indiscussa scelta di fondo nel senso della criminalizzazione di condotte di tal tipo – emerge chiaramente dal punto 3 dei Considerando della stessa – laddove si afferma che tali “norme minime” dovessero consentire l’attuazione di una comune strategia, a livello eurounitario, intesa a combattere il traffico di stupefacenti –, nonché, ancora più esplicitamente, dal punto 1 dei Considerando della Proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea il 17 settembre 2013, volta alla modifica della decisione quadro<sup>74</sup>: quivi,

---

<sup>71</sup> GU L 335 dell’11.11.2004, p. 8, su cui, tra gli altri, cfr. C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione*, cit., pp. 235-236.

<sup>72</sup> A cui si è già accennato *supra*, cap. I, § 1.

<sup>73</sup> In argomento, cfr. A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004, pp. 37 ss.; V. MANES, *L’incidenza delle «decisioni-quadro» sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.* 2006, 3, 1150 ss.; sull’ambiguità ed i problemi recati dall’inversione secondo la quale le norme di diritto penale sostanziale divengono in questo modo strumento delle norme di diritto processuale, cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, cit., pp. 330-331.

<sup>74</sup> Consultabile, tra l’altro, su:

proprio nel prendere atto dell'insufficiente realizzazione di tale obiettivo, si ribadisce che la decisione quadro doveva «evitare che [potessero] sorgere problemi nella cooperazione fra le autorità giudiziarie e fra i servizi di contrasto degli Stati membri, dovuti al fatto che il reato o i reati interessati non [fossero] punibili ai sensi del diritto sia dello Stato richiedente che dello Stato richiesto».

Invero, la materia della lotta al traffico illecito di stupefacenti era già stata oggetto di attenzione da parte delle istituzioni europee, attraverso l'approvazione di una serie di piani d'azione, strategie, conclusioni, programmi finanziari di sostegno ed azioni comuni, nei quali – come riportato nel punto 2 dei Considerando – si era riconosciuta la necessità di un intervento legislativo in tale settore.

La decisione quadro in commento è intesa a dare risposta a tale enunciata necessità, collocandosi in maniera decisa nell'alveo delle politiche proibizioniste e repressive in materia di droghe: confermando l'orientamento culturale ed ideologico che, del resto, ispira, come detto *supra* (§ 1), tutti gli accordi internazionali allo stato vigenti in questo settore.

E, alla stessa stregua di questi ultimi, la decisione quadro in esame contiene, all'art. 2 § 2, una clausola che, come si vedrà, esclude dal campo di applicazione della stessa le condotte già oggetto di incriminazione, se tenute dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale: tuttavia, il punto 4 dei Considerando, nel ribadire che, in virtù del principio di sussidiarietà, l'azione dell'Unione dovrebbe vertere sulle forme più gravi dei reati in materia di stupefacenti, precisa che «l'esclusione di talune condotte relative al consumo personale dal campo di applicazione della presente decisione quadro non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale».

Gli interessi per i quali il traffico illecito di stupefacenti «rappresenta una minaccia», in quanto tali individuati dal punto 1 dei Considerando come meritevoli della tutela apprestata da una tale normativa, sono “la salute, la sicurezza e la qualità della vita dei cittadini dell'Unione europea”, nonché “l'economia legale, la stabilità e la sicurezza degli Stati membri”: la discutibile

idoneità di alcuni di essi a fungere da autentici beni giuridici, in grado di legittimare, limitandole, le scelte di incriminazione del legislatore europeo e, quindi, nazionale nella materia *de qua* emerge chiaramente da quanto detto nel capitolo precedente sul concetto costituzionale di bene giuridico e sarà meglio precisata nei capitoli successivi, laddove la questione sarà affrontata con specifico riferimento all'ambito delle politiche 'antidroga'.

Basti evidenziare qui che a venire in rilievo sono soprattutto interessi sovraindividuali, quali "l'economia legale, la stabilità e la sicurezza degli Stati membri", o concetti comunque astratti ed inafferrabili come la "sicurezza e la qualità della vita dei cittadini", dall'indubbio potere espressivo ed evocativo, ma di scarsa efficacia selettiva. Essi contribuiscono, accanto alla salute dei cittadini, a definire quella che aspirerebbe ad essere una dimensione plurioffensiva di tali condotte e, tuttavia, il loro richiamo priva il concetto di bene giuridico della sua istanza 'politica' di fondo, vale a dire della sua funzione critica, di limite delle opzioni di criminalizzazione del legislatore, finendo invece per legittimare la punibilità di condotte ancora distanti dall'effettiva offesa di autentici beni giuridici. Si tratta allora, più che di beni giuridici, di assetti di disciplina (l'economia legale, la stabilità degli Stati membri) o di mere *rationes* di tutela (la sicurezza, la qualità della vita dei cittadini), concetti di sintesi che racchiudono lo scopo – più che l'oggetto – non solo del diritto penale, ma di tutto l'ordinamento giuridico attraverso il complesso delle politiche da questo apprestate.

L'unico bene legittimamente tutelabile in materia di droghe è, in effetti, come si vedrà in seguito, il diritto alla salute della persona<sup>75</sup>, essendo il solo concretamente afferrabile e costituzionalmente (art. 32) – ma anche comunitariamente (artt. 3 e 35 CDFUE) – fondato.

Ad ogni modo, al fine di tutelare i summenzionati interessi, al punto 5 dei Considerando si afferma – con formula consueta – che gli Stati membri «dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà», aggiungendosi poi che, per stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti e l'eventuale commissione del reato

---

<sup>75</sup> Cfr, in questo senso, A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.* 2014, 5, pp. 586 ss.

nell'ambito di un'organizzazione criminale, mentre si facoltizzano gli Stati membri a prevedere sanzioni ridotte solo al fine di incentivare la collaborazione processuale del reo (punto 6 dei Considerando).

Le norme incriminatrici, contenenti la descrizione delle condotte che gli Stati membri hanno l'obbligo di criminalizzare, sono collocate nell'art. 2 § 1 della fonte in esame.

Si tratta di una norma di taglio esasperatamente casistico, indicante una molteplicità di condotte giustapposte, purché “intenzionali” e “non autorizzate”. In particolare, alla lettera a) si elencano ben quindici condotte – di produzione, fabbricazione, estrazione, preparazione, offerta, commercializzazione, distribuzione, vendita, consegna a qualsiasi condizione, mediazione, spedizione, spedizione in transito, trasporto, importazione ed esportazione – aventi ad oggetto qualsiasi tipo di stupefacente; la lettera b) riferisce poi la condotta di “coltura” solo al papavero da oppio, alla pianta di coca e alla pianta di cannabis; la lettera c) prevede poi le condotte di detenzione ed acquisto di stupefacenti “allo scopo di” porre in essere una delle attività di cui alla lettera a); a tali condotte, la lettera d) aggiunge infine la fabbricazione, il trasporto e la distribuzione di “precursori”, quando l'agente sia a conoscenza del fatto che essi saranno utilizzati per la produzione o la fabbricazione illecite di stupefacenti.

Si è di fronte, in tutti i casi, a fattispecie di pericolo astratto o presunto, rispetto quantomeno al bene giuridico della salute dei consumatori; tuttavia, la tecnica casistica di incriminazione adoperata comporta un'indebita ed irragionevole equiparazione di condotte anche assai diverse sia sul piano della prossimità all'offesa, sia sul piano della differente carica lesiva<sup>76</sup>. Tanto più che il successivo art. 4, nel riconnettervi le sanzioni detentive, assegna un unico ‘compasso di pena’ (con il criterio del cd. *minimum maximum*) a tutte le condotte descritte quantomeno alle lettere a), b) e c).

Una particolare anticipazione della tutela si realizza, in particolare, allorché viene sancita la punibilità – con equiparazione *quoad poenam*, come detto – di condotte preparatorie (come la coltivazione, la detenzione e l'acquisto) rispetto

---

<sup>76</sup> Per un simile ordine di idee, in riferimento alla normativa italiana in materia, cfr. G. CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, cit., p. 59.

alle condotte di vendita o consegna, che a loro volta concretano una mera messa in pericolo della salute.

Una tecnica di incriminazione di questo tipo pone poi rilevanti problemi in termini di determinatezza e tassatività: come è stato posto in luce da autorevole dottrina, «nello sforzo di includere nel catalogo delle condotte punibili tutte le possibili modalità di comportamento, i concetti si sovrappongono, non è più possibile una chiara separazione delle modalità del fatto (ad es. la delimitazione fra offerta e messa in vendita, o fra consegnare, trasportare e spedire)»<sup>77</sup>.

Come anticipato, al § 2 di detto articolo si escludono poi dal campo di applicazione della decisione quadro (tutte) le condotte descritte nel § precedente, se tenute dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale «quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali»: tale ultimo rinvio sembra riferirsi all'eventuale presenza nelle legislazioni dei singoli Stati di indici presuntivi di destinazione della sostanza al consumo personale o alla previsione in esse di dosi medie o quantità massime detenibili.

È interessante notare come tale 'clausola di salvezza' assuma nella decisione quadro una valenza generale, non limitata ad alcune soltanto delle condotte concernenti il ciclo della droga<sup>78</sup>: non esiste, infatti, in tale norma, una distinzione tra condotte *ex se* penalmente rilevanti e condotte penalmente rilevanti a condizione che si provi la destinazione a terzi della sostanza stupefacente. Come si vedrà in seguito, si potrebbero porre in merito questioni di mancata conformità alla decisione quadro di talune legislazioni, come quella italiana, che viceversa prevedono la punibilità *ex se* di un gran numero di condotte, alcune delle quali, invero, sono del tutto compatibili con una destinazione della sostanza all'uso esclusivamente personale.

Tuttavia, un tale assunto non può non fare i conti con il già citato punto 4 dei Considerando, il quale precisa che la 'clausola di salvezza' *de qua* «non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri

---

<sup>77</sup> AA. VV., European criminal policy initiative. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1271, dove si pone in dubbio inoltre che risponda ad una razionale politica criminale prevedere un obbligo di criminalizzazione così dilatato.

<sup>78</sup> Come evidenzia C. RUGA RIVA, *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esempio della legislazione antidroga*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi-V. Manes, Bologna 2007, pp. 125 ss., p. 126, che stigmatizza la diversa scelta compiuta in merito dal legislatore italiano.

dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale», talché se ne deduce che essi siano del tutto liberi di incriminare anche condotte strumentali al consumo personale. Ciò appare del tutto in linea con la discutibile tendenza eurounitaria a prevedere obblighi minimi di incriminazione per esigenze di cooperazione, senz'altro innalzabili verso l'alto, dimostrando, dall'altra parte, scarso interesse per la fissazione, nel rispetto dei principi fondamentali sanciti nelle Costituzioni nazionali e nella stessa CDFUE, di divieti di criminalizzazione e limiti negativi alle opzioni di politica criminale dei singoli Stati membri.

Un'ulteriore, notevole anticipazione della soglia di tutela si riscontra infine nella previsione di cui alla lettera d), che impone l'incriminazione della fabbricazione, del trasporto e della distribuzione dei "precursori", purché l'agente sia a conoscenza del fatto che essi saranno utilizzati per la produzione o la fabbricazione di stupefacenti. Si tratta di sostanze chimiche usate legalmente in vario modo nell'industria, specialmente farmaceutica: invero, la previsione, ai fini della punibilità delle condotte che li riguardano, di un elemento psicologico limitato alla consapevolezza di un loro futuro impiego illecito, non sembra in grado di fugare i dubbi circa l'effettiva offensività di tali fattispecie – si tratta di un'anticipazione 'almeno doppia' della soglia del pericolo penalmente rilevante – nonché circa il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale previsto dalle Costituzioni degli Stati membri e che riecheggia anche nell'art. 48 § 1 CDFUE; tanto più che tali condotte, quando accedono alla soglia del concorso nei reati di produzione e fabbricazione di stupefacenti, rientrerebbero senz'altro nella previsione del successivo art. 3.

Tale ultima norma dispone, infatti, che ciascuno Stato membro provveda affinché siano qualificati come reato l'istigazione, la complicità ed il tentativo di commettere uno (qualsiasi) dei reati di cui all'art. 2. Si tratta di un obbligo di anticipazione della tutela evidentemente pensato per gli ordinamenti in cui la responsabilità concorsuale e per tentativo non discende da norme di parte generale, ma necessita di puntuali specificazioni del legislatore<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Sulla delicata questione circa la legittimità dell'introduzione tramite direttiva di disposizioni di armonizzazione relative ad istituti di parte generale, cfr. R. SICURELLA, «Prove tecniche» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione Europea in materia penale, in AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori*

Ne risulta, tuttavia, un'anticipazione della soglia di punibilità oltremodo spiccata, stante la summenzionata natura di reati di pericolo – peraltro presunto – che già connota tutte le fattispecie in esame. In particolare, è noto come gran parte della dottrina nutra grossi dubbi sulla compatibilità del tentativo con i reati di pericolo, sostenendo che la previsione della punibilità di tale tipo di fattispecie nella forma tentata implicherebbe un'eccessiva anticipazione della tutela, sanzionandosi un pericolo di pericolo di danno.

Quanto all'istigazione, la previsione di una sua punibilità autonoma rispetto alla figura della 'complicità' (nella quale pure, a rigore, rientrerebbe, secondo la terminologia in uso nella dottrina del concorso, quale forma di partecipazione secondaria di tipo morale) sembra lasciare pochi dubbi in merito al fatto che l'istigazione debba essere punita a prescindere dalla circostanza che la stessa sia accolta e che ad essa segua l'effettiva commissione del reato. Il che pone non pochi problemi (comuni a tutte le fattispecie istigative) di compatibilità con il principio di offensività, traducendosi peraltro, in un 'eccesso di incriminazione' di fonte europea, per un ordinamento, come quello italiano, in cui la regola – pur passibile di significative eccezioni – è costituita dalla non punibilità dell'istigazione non seguita dalla commissione del reato.

Consapevole, probabilmente, di tale eccesso nell'anticipazione della tutela, il legislatore europeo ha pertanto, al § 2 dello stesso articolo, previsto (ancora una volta) la (mera) possibilità che gli Stati membri esonerino dalla responsabilità penale il tentativo di offerta o di preparazione di stupefacenti di cui all'art. 2 § 1 lettera a), nonché il tentativo di detenzione di stupefacenti di cui all'art. 2 § 1 lettera c): si tratta senz'altro di una previsione che lascia insoddisfatti quanto all'area delle condotte suscettibili di quest'esenzione, sol che si pensi che resterebbero punibili, *ex aliis*, il tentativo o l'istigazione di coltura della pianta da cannabis, di acquisto di sostanza destinata a terzi, di fabbricazione, trasporto e distribuzione di precursori, tanto che si è in merito sostenuto che un obbligo di incriminazione così dilatato appaia «frutto di un'ossessione paranoidea più che di ponderata riflessione politico-criminale»<sup>80</sup>.

---

*d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Milano 2011, pp. 27 ss., che conclude in senso affermativo, al fine dell'indicazione più chiara possibile dei requisiti di rilevanza e, in concreto, delle situazioni o condotte che risultano gravate da un obbligo di penalizzazione.

<sup>80</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 133.

In particolare, per quanto riguarda i precursori, si tratterebbe di incriminare il tentativo o l'istigazione rispetto ad un pericolo indiretto, già di per sé connotato da offensività remota e non univoca, con violazione del principio di proporzione e con un sostanziale svuotamento del principio di offensività<sup>81</sup>.

Uno degli aspetti più discussi della normativa in esame è senz'altro quello relativo all'impianto sanzionatorio dalla stessa predisposto.

Facendo seguito al succitato punto 5 dei Considerando, l'art. 4 della decisione quadro dispone in apertura che gli Stati membri debbano provvedere affinché i reati di cui agli artt. 2 e 3 siano soggetti a pene detentive effettive, proporzionate e dissuasive.

Il criterio adottato per stabilirne l'entità è – pare – quello, consueto, del minimo del massimo edittale (cd. *minimum maximum*), funzionale, secondo parte della dottrina – più che ad esprimere il giudizio di disvalore delle condotte da incriminare –, alle esigenze di cooperazione giudiziaria tipiche dell'ex-terzo pilastro, in quanto il minimo del massimo indicherebbe le quantità di pena significative per esigenze processuali, soprattutto legate all'estradizione<sup>82</sup>.

Tuttavia, nel fare applicazione di questo criterio, il citato art. 4, al § 1, secondo alinea, prevede, con formula ambigua, che ciascuno Stato membro provveda affinché i reati di cui all'art. 2 siano soggetti a pene detentive «della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni». Al § 2, si prevede poi che i reati di cui all'art. 2 § 1 lettere a), b) e c) – con esclusione, cioè, delle condotte aventi ad oggetto i precursori – debbano essere soggetti a pene detentive «della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni», in presenza di “ciascuna” delle seguenti circostanze: a) che il reato implichi grandi quantitativi di stupefacenti; b) che esso implichi la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute oppure abbia determinato gravi danni alla salute di più persone. Dal tenore letterale di quest'ultima norma e dalla sua ‘tecnica redazionale’, sembra di poter dedurre che per aversi questo inasprimento sanzionatorio debbano necessariamente ricorrere sia la circostanza di cui alla lettera a) sia,

---

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Cfr., in questo senso, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, cit., pp. 330 s., in particolare alla nota n. 12; per esemplificazioni e rischi, specie in termini di ‘incoerenza verticale’, connessi alla previsione di massimi edittali minimi, cui consegue un complessivo innalzamento dei livelli sanzionatori nei diversi sistemi penali, cfr. AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., pp. 1275 s.

alternativamente, una delle due circostanze di cui alla lettera b); appare chiara, tuttavia, l'istanza di differenziazione *quoad poenam* diretta ai legislatori nazionali in relazione alla diversa natura degli stupefacenti oggetto di traffico, espressa del resto anche nel punto 5 dei Considerando.

Quanto all'ambigua formula del massimo edittale "compreso tra almeno x e y", pare invero che si sia trattato di una scelta consapevole adottata in via generale nelle Conclusioni del Consiglio GAI del 25 e 26 aprile 2002, che al modello della soglia minima del massimo edittale hanno ritenuto preferibile quello del "compasso di pena" per la definizione di un tale minimo, strutturato su quattro livelli<sup>83</sup>.

Ad ogni modo, tale formula resta di interpretazione assai oscura<sup>84</sup> e si presta, a nostro modo di vedere, ad almeno due opzioni ermeneutiche.

Il primo dei due termini (x) potrebbe innanzitutto essere inteso come minimo del minimo edittale: tale interpretazione, forse più in linea con la logica del legislatore europeo – che pure non sembra avere spesso interferito nella comminatoria dei minimi di pena –, tuttavia risulta sovversiva del tenore letterale della disposizione, con effetti peraltro *in malam partem*, per cui non sembra in alcun modo accoglibile.

Una diversa opzione potrebbe essere quella di considerare il primo termine (x) come minimo del massimo edittale ed il secondo (y) come massimo del massimo edittale: un'interpretazione di questo tipo forza senz'altro il significato letterale della formula, funzionando come se l'avverbio "almeno" non esistesse (ne risulterebbe una pena "della durata massima compresa tra x e y"); peraltro essa non sembra corrispondere alla logica solitamente seguita dal legislatore europeo che, come si è detto, non è tanto volta a connotare il complessivo delta del disvalore penale di una condotta, ma a porre soltanto delle soglie minime di punibilità per fini di cooperazione giudiziaria e di polizia. Tuttavia, si tratterebbe innanzitutto di una interpretazione *in bonam partem* del dato letterale, senz'altro non meno plausibile della precedente. Inoltre, essa sarebbe l'unica in grado di illuminare talune scelte del legislatore

---

<sup>83</sup> Un criterio peraltro apprezzato da R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione Europea in materia penale, cit., p. 32, nota n. 30, cui si rinvia per una maggiore comprensione.

<sup>84</sup> In questo senso, cfr. C. RUGA RIVA, *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 128, nota n. 11.

antidroga che risulterebbero altrimenti incomprensibili e sproporzionate. Ci si riferisce, in particolare, a quanto disposto dal successivo § 3 del medesimo art. 4, il quale prevede, per le fattispecie di cui al § 2 (quelle, cioè, ‘aggravate’ e soggette pertanto ad una pena della durata massima «compresa tra almeno 5 e 10 anni»), la sottoposizione ad una pena della durata massima «di almeno 10 anni» qualora il reato sia commesso nell’ambito di un’organizzazione criminale. È evidente che ci si trovi in quest’ultimo caso di fronte ad una fattispecie ulteriormente aggravata, in quanto espressiva di maggiore disvalore ed allarme sociale: orbene, se si interpretasse la formula *de qua* come se ‘x’ indicasse il ‘minimo del minimo’ (al di sotto del quale il legislatore nazionale non potrebbe scendere), non avrebbe evidentemente alcun senso prevedere tale termine per la fattispecie meno grave e non prevederlo (a parità di massimi) per la fattispecie più grave. Tanto più, poi, che il successivo § 4 riprende la cornice della pena massima «compresa tra almeno 5 e 10 anni» per connetterla alle condotte aventi ad oggetto i precursori (meno gravi, se non altro per la maggiore distanza dalla soglia del pericolo che le connota) se commesse nell’ambito di un’organizzazione criminale.

Se ne deduce che l’unica interpretazione della formula “pena della durata massima compresa tra almeno x e y” in grado di ricondurre a razionalità tale complesso sistema sanzionatorio è quella che considera ‘y’ come soglia massima, oltre la quale al legislatore nazionale non è consentito spingersi nella punibilità di tali classi di condotte: eccezionalmente ed, invero, in modo alquanto sibillino, il legislatore europeo sembra qui aver posto un vero e proprio limite alle opzioni di criminalizzazione dei singoli Stati membri. È evidente, altresì, come, accedendo a tale opzione ermeneutica, risultano oltremodo severe e sproporzionate rispetto alla decisione quadro praticamente tutte le cornici edittali previste quantomeno dal legislatore italiano, quali descritte nel § che precede.

Se la decisione quadro dovesse prevedere, infatti – come ci è sembrato plausibile – dei massimi edittali compresi tra uno e tre anni di reclusione per le ipotesi-base e tra cinque e dieci anni per le ipotesi aggravate, gli attuali massimi di sei (per le droghe leggere), venti (per le droghe pesanti) e quattro (per la fattispecie di lieve entità) anni di reclusione non possono che apparire pene draconiane, talché sarebbe da mettere in discussione lo stesso,

tradizionale assunto circa l'insindacabilità delle scelte legislative in merito alle cornici edittali, come si avrà modo di evidenziare *amplius* anche nel successivo capitolo. Ivi si metteranno in risalto, inoltre, di volta in volta, le altre discrasie tra la fonte europea e l'attuale normativa interna in materia, che persistono pur se attenuate a seguito dei recenti, summenzionati interventi del Giudice delle leggi ed involgono, *ex aliis*, il novero delle condotte suscettibili di andare esenti da sanzione penale, qualora siano poste in essere al solo fine del consumo personale dei loro autori, ed il trattamento sanzionatorio da riservare alle condotte aventi ad oggetto, rispettivamente, droghe leggere e pesanti, ancora equiparato per la fattispecie (ora autonoma) di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 del Testo Unico.

Viceversa, quanto agli eventuali eccessi di incriminazione eurounitaria, rispetto ai quali l'Italia sarebbe inadempiente 'per difetto' (ad esempio rispetto all'obbligo di criminalizzazione della condotta di istigazione a commettere uno qualsiasi dei reati aventi ad oggetto sostanze stupefacenti o in ordine alla responsabilità delle persone giuridiche), si continuano a nutrire forti dubbi sulla giustiziabilità di tali inadempimenti<sup>85</sup>, in quanto il principio di riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost. sembra ancora in grado di costituire un argine a tutela del 'diritto di non punire' del legislatore statale, gelosamente salvaguardato dalla Corte costituzionale che, in materia, continua a ribadire il divieto di interventi *in malam partem*. Maggiori problemi si potrebbero porre relativamente ad un eventuale inadempimento sopravvenuto rispetto a tali obblighi di tutela, vale a dire ad una successiva scelta di depenalizzazione da parte di un legislatore nazionale, il quale abbia in un primo tempo soddisfatto la domanda di incriminazione proveniente dalla fonte europea, ma ritenga poi di ritornare sui suoi passi magari perché convinto che gli interessi in gioco possano essere adeguatamente protetti col ricorso ad uno strumento extrapenale. In ordine a ciò si segnala un impegnativo – e al contempo, forse, troppo disinvolto – *obiter* contenuto nella citata sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 (al punto 5 dei 'considerato in diritto'), nel quale

---

<sup>85</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit. p. 134.

sembra adombrarsi la possibilità di censurare un'opzione siffatta ai sensi degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.<sup>86</sup>

Da ultimo, quanto ai rimedi propri dell'ordinamento eurounitario, va rilevato che dal 1° dicembre 2014 è scaduto il regime transitorio quinquennale fissato per gli atti del cd. ex terzo pilastro dell'Unione, per cui essi sono ora soggetti al sistema 'ordinario' di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia, in particolare con una piena legittimazione delle giurisdizioni nazionali al rinvio pregiudiziale e con la possibilità per la Commissione di esperire la procedura di infrazione a fronte di inadempimenti degli Stati membri.

---

<sup>86</sup> Critici verso una siffatta soluzione, ritenuta – almeno allo stato – poco plausibile, V. MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia, in *Dir. pen. cont. – Riv trim.* 1/2014, 215 ss., 221 ss.

## Capitolo III

### La disciplina vigente: ricostruzione e critica

#### 1. Uno sguardo d'insieme alla disciplina vigente. La legislazione antidroga dell'ultimo decennio, tra governo, parlamento e Corte costituzionale.

Nel corso dell'ultimo decennio, la disciplina normativa delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti è stata interessata da innumerevoli interventi del legislatore e della giurisprudenza sia di legittimità sia, soprattutto, costituzionale.

La Corte costituzionale, in particolare, come anticipato nel capitolo precedente, con le sentenze 12 febbraio 2014, n. 32 e 6 maggio 2016, n. 94<sup>1</sup>, ha travolto – sia pure per ragioni ‘formali’, relative al metodo di approvazione – le novità più significative introdotte con la legge 21 febbraio 2006, n. 49 (cd. legge Fini-Giovanardi) che, sul finire della XIV legislatura, aveva radicalmente modificato l'impianto di fondo della normativa repressiva in tema di sostanze stupefacenti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un primo commento su tali pronunce, che *infra* saranno analizzate più approfonditamente, cfr., *ex aliis*, M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all’origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.* 2014, pp. 1132 ss.; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., pp. 485 ss.; U. NAZZARO, *L’illegittimità costituzionale dell’equiparazione tra droghe «leggere» e «pesanti» ai fini sanzionatori*, in *Riv. pen.* 2014, 10, pp. 868 ss.; V. MANES-L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2014, I, pp. 215 ss.; A. DELLA BELLA-F. VIGANO, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 t.u. stup.*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2872-sulle-ricadute-della-sentenza-n-322014-della-corte-costituzionale-sull-art-73-tu-stup>; C. DOMENICALI, *Conferme in tema di decretazione d’urgenza (in attesa del potenziamento di ulteriori parametri di costituzionalità). Considerazioni a margine di Corte cost. n. 94 del 2016*, scritto in corso di pubblicazione in *Studium Iuris* (13 dicembre 2016) in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali\\_nota\\_94\\_2016.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali_nota_94_2016.pdf).

<sup>2</sup> Per un’analisi delle principali innovazioni introdotte con la riforma del 2006, si vedano, tra gli altri, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 234 ss.; A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. e proc.* 2006, VII, pp. 823 ss.; G. AMATO, *interventi in Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 69 ss.; AA. VV., *Commenti articolo per articolo alla l. 21.2.2006, n. 49*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp.

La riforma in discorso era il risultato della conversione in legge del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, dedicato a «Misure urgenti per garantire la sicurezza e i finanziamenti per le prossime olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero dei tossicodipendenti recidivi».

Si trattava di un provvedimento che, in tutta evidenza, riguardava aspetti assai diversi, la cui eterogeneità, come si vedrà in seguito, aveva suscitato sin da subito molte perplessità e critiche in dottrina e nell'opinione pubblica, per la sua dubbia compatibilità con i requisiti previsti dall'art. 77, 2° co. Cost.<sup>3</sup>.

Solo in sede di legge di conversione, poi, approvata peraltro con voto di fiducia, stante l'urgenza per l'imminente scioglimento delle Camere, alle due sole disposizioni originarie in materia, sul trattamento dei tossicodipendenti recidivi, furono aggiunte le modifiche al d.p.R. 309/1990 (contenute negli artt. da 4 a 4-*vicies ter* della nuova legge), recependo in gran parte il contenuto del disegno di legge governativo n. 2953, presentato al Senato in data 10 maggio 2004.

Il legislatore della riforma sposava dichiaratamente l'ideologia della *war on drugs*<sup>4</sup>, della lotta senza quartiere nei confronti della produzione, del traffico, ma anche dell'illecita detenzione di sostanze stupefacenti<sup>5</sup>, e, con una normativa dal forte impatto 'simbolico' e 'culturale', rifiutava espressamente qualsiasi strategia di 'riduzione del danno' relativamente al consumo, e potenziava altresì notevolmente il rigore repressivo della disciplina, rigore solo in parte temperato dai contestuali aspetti di indulgenzialismo introdotti in fase di esecuzione della pena.

---

311 ss.; P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, in *Giur. merito* 2006, X, pp. 2101 ss.; A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. INSOLERA, Milano 2008, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> V. *infra*, § 2. In tal senso, cfr., fra gli altri, A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 824.

<sup>4</sup> Si vedano le dichiarazioni dell'On. Giovanardi nella seduta n. 744 del 3 febbraio 2006, Repliche, A.C. 6297, pp. 33 ss., secondo cui «non c'è la droga leggera o pesante; c'è la droga...c'è una *battaglia* da combattere»; indicativo anche il legame – di indubbia efficacia simbolico-espressiva – instaurato, dai proponenti del disegno di legge governativo n. 2953, tra il fenomeno della tossicodipendenza, il traffico di droga e «le più complesse emergenze mondiali, fra le quali non ultima il terrorismo di matrice islamica, e la sua base in Afghanistan, dove la produzione di oppio è la maggiore del mondo» (cfr. Relazione esplicativa del ddl n. 2953).

<sup>5</sup> Significativa la nuova rubrica che riceveva l'art. 73 T.U.Stup., recitante: «Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope».

Le principali novità, per gran parte caducate a seguito dei recenti interventi del Giudice delle leggi (o ‘rimodellate’ da successivi interventi legislativi), avevano riguardato soprattutto gli artt. 73 e 75 T.U.Stup., novellati rispettivamente dagli artt. 4-*bis* e 4-*ter* l. 49/2006; l’art. 4-*quater* aveva poi introdotto un nuovo articolo (art. 75-*bis*) nel corpo di tale T.U.

In particolare, era stato parificato il trattamento sanzionatorio, dapprima differenziato (v. art. 73, commi 1 e 4 del T.U. nella sua formulazione originaria, ora peraltro ripristinata), previsto per i reati aventi ad oggetto le droghe ‘pesanti’ e le droghe ‘leggere’, attraverso l’inclusione di tutte le sostanze in un’unica tabella (tabella I) e la previsione di un’unica cornice edittale (art. 73, co. 1); la pena edittale detentiva minima, a sua volta, era stata ridotta (da otto a sei anni di reclusione), risultando inferiore rispetto a quella precedentemente prevista per le droghe cd. pesanti, ma notevolmente superiore a quella prima prevista per le droghe cd. leggere; le condotte delittuose, poi, erano state incluse in due differenti commi (art. 73 commi 1 e 1-*bis*), allo scopo di distinguere quelle penalmente rilevanti *ex se*, in ragione del loro presunto collegamento ‘intrinseco’ con la destinazione dello stupefacente a terzi, da quelle ritenute di per sé compatibili con la destinazione della sostanza ad uso esclusivamente personale, e per la cui rilevanza penale andava quindi dimostrato in concreto il fine di ‘spaccio’; questo si poneva – e si pone tuttora, sebbene attraverso una differente formulazione normativa – quale discrimine, relativamente a tali condotte, tra illecito amministrativo (art. 75) e illecito penale (art. 73, comma 1-*bis*); a tal fine, furono normativizzati gli indici di destinazione a terzi delle sostanze, richiamando prevalentemente quelli che la giurisprudenza di legittimità aveva elaborato in seguito al *referendum* del 1993; in particolare, vennero reintrodotti limiti massimi di sostanza detenibile, benché – questa è stata l’interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza – il loro superamento non rilevi come elemento costitutivo della fattispecie, ma solo quale indice probatorio, come tale controvertibile; in relazione al fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, che divenne riferibile ad entrambe le ‘tipologie’ di stupefacenti e che, per questa parte, come vedremo, non è stato interessato dalla ‘scure’ della Corte costituzionale), fu poi introdotta (con l’inserimento di un comma 5-*bis* all’art. 73), per il condannato tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti, la pena del lavoro di pubblica utilità in luogo della pena

detentiva non sospensibile, anche in deroga a quanto stabilito dall'art. 54 d.lgs. 274/2000; si ebbe inoltre una revisione dell'apparato sanzionatorio amministrativo (art. 75) e, soprattutto, l'introduzione (art. 75-bis) di talune misure «a tutela della *sicurezza pubblica*», irrogabili dal Questore, innominate nel *genus*, ma contenutisticamente assimilabili a talune misure di sicurezza, di prevenzione e cautelari; quanto alla fase di esecuzione della pena, furono infine modificati gli artt. 90 e 94 T.U.Stup., riguardanti rispettivamente la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova cd. terapeutico per i detenuti tossicodipendenti, in un'ottica di tendenziale accentuata 'decarcerizzazione', e fu introdotto (con la modifica dell'art. 671, comma 1 c.p.p.) lo stato di tossicodipendenza quale elemento da valutare ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato.

La riforma non mancò di suscitare, sin dalla sua approvazione, aspre critiche e censure in dottrina e nella società civile<sup>6</sup>, ed apparve in effetti a molti di dubbia legittimità costituzionale in più di una disposizione e sotto vari profili, solo alcuni dei quali – per quanto più vistosi – sono stati ora rimossi dai successivi interventi giurisprudenziali e legislativi<sup>7</sup>.

In dottrina si parlò di un legislatore «compulsivo»<sup>8</sup>, che, trascurando qualsiasi calcolo e previsione circa l'impatto della nuova legge sul sistema, avrebbe operato con finalità dimostrative della capacità di produrre norme, a scopi prevalentemente elettoralistici<sup>9</sup>; di una legislazione «logorroica»<sup>10</sup>, che aveva prodotto «un fiume debordante di norme confuse»; di legge penale come operazione di *marketing*<sup>11</sup>, mirante ad offrire, a ridosso delle elezioni, prodotti legislativi preconfezionati, al riparo da discussioni approfondite, immessi sul mercato per sedare le ansie dei consociati e perciò

---

<sup>6</sup> Cfr. in questo senso AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Illustrazione e commento dei dati sulle conseguenze penali, sulle sanzioni amministrative e l'impatto sul sovraffollamento nelle carceri*, giunto alla sua 5ª edizione nel 2014, *passim*, nonché l'appello *Certamente incostituzionale. La legge Fini-Giovanardi a giudizio il 12 febbraio davanti alla Corte costituzionale*, promosso nel 2014 da La società della ragione Onlus e sottoscritto da diversi giuristi, garanti ed operatori di settore (estensore e primo firmatario Andrea Pugiotta).

<sup>7</sup> Come si metterà in luce nel corso del capitolo.

<sup>8</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova 2006, pp. 95 ss.

<sup>9</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 236.

<sup>10</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 95-96.

<sup>11</sup> Si vedano le considerazioni di F. SGUBBI, *Presentazione de La legislazione penale compulsiva*, cit., pp. XI ss., in riferimento alla produzione legislativa, specialmente in materia penale, degli ultimi mesi della XIV legislatura.

pubblicizzati dai *media* in nome di una dubbia capacità di ‘prestazione’; si trattava, in effetti, di una legislazione per lo più ‘simbolica’ ed ineffettiva, il cui obiettivo principale non sembrò essere costituito tanto dalla (impossibile e, forse, non auspicata) carcerizzazione di massa, quanto piuttosto da una stigmatizzazione diffusa, secondo paradigmi che coinvolgevano gli stili di vita e la mancata condivisione dei valori “positivi”<sup>12</sup> (ed infatti capace di tenere insieme l’aspetto della repressione più truce con il più paternalista ed eticizzante indulgenzialismo); si parlò perciò, ancora, di un diritto penale *cool*, riprendendo una nota e suggestiva definizione<sup>13</sup>.

Altri Autori scorsero poi, in tale tipo di legislazione, il paradigma del ‘diritto penale del nemico’<sup>14</sup>, tendente a veicolare un’immagine del tossicodipendente (oltre che dello spacciatore) come nemico da combattere con “crociate” simboliche, e funzionale ad una notevole espansione ed anticipazione della soglia dell’intervento penale, ben oltre la concreta offesa a beni giuridici di rilievo.

Quello dei beni giuridici che si intese tutelare attraverso tale disciplina repressiva costituì senz’altro un ulteriore aspetto estremamente controverso della riforma del 2006, che peraltro ha trovato più conferme che smentite nei successivi interventi in merito del legislatore e della stessa Corte costituzionale<sup>15</sup>; molti studiosi ritengono che gli inafferrabili interessi superindividuali che il legislatore ha posto alla base di una disciplina siffatta siano infatti irriducibili ad un concetto classico e liberale di bene giuridico, piuttosto configurandosi come contenitori «onnivori» ed «omologanti», privi di

---

<sup>12</sup> Cfr. A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 834.

<sup>13</sup> Cfr. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d’insieme alla nuova normativa*, cit., p. 2, che riprendono un’espressione usata da E. R. Zaffaroni per descrivere la guerra al narcotraffico intrapresa nell’ultimo scorcio del XX secolo dagli Stati Uniti, soprattutto nell’area latino-americana.

<sup>14</sup> Si vedano A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 826; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, cit., pp. 211-212, che ravvisa nella disciplina in materia di stupefacenti introdotta dalla legge cd. Fini-Giovanardi tutti i caratteri tipici del *Feindstrafrecht*. In termini simili D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 740 ss.

<sup>15</sup> Secondo la quale ultima, la disciplina penale in materia di droghe mira alla «tutela sia della salute pubblica [...], sia – con non minore rilievo – della sicurezza e dell’ordine pubblico, negativamente incisi vuoi dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza [...] vuoi dal prosperare intorno a tale fenomeno della criminalità organizzata [...], nonché «alla tutela delle giovani generazioni»: così Corte cost., sent. 11 luglio 1991 n. 333, cit., pp. 2646 ss., al punto 5 dei Considerato in diritto, significativamente ripresa in tal senso dalla recente Corte cost., sent. 20 maggio 2016, n. 109, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, pp. 1066 ss., al punto 4 dei Considerato in diritto. Sul punto, v. più approfonditamente *infra*, § 9.

capacità selettiva e distanti da una valorizzazione seria del principio di offensività<sup>16</sup>.

Dopo la riforma del 2006, come detto, si sono succeduti numerosi interventi in materia sia da parte del legislatore che della giurisprudenza costituzionale, dando luogo peraltro a diversi problemi di 'diritto intertemporale', e si sono altresì registrati alcuni importanti arresti da parte della giurisprudenza di legittimità, che hanno in più occasioni risolto difficili contrasti interpretativi che la controversa e frastagliata disciplina in oggetto aveva generato. L'obiettivo perseguito dalle ultime misure coniate in materia è sembrato ad alcuni studiosi quello di riequilibrare la risposta afflittiva, onde renderla più confacente al disvalore del fatto e alla gravità dell'offesa, così come attualmente avvertiti<sup>17</sup>; di sicuro, l'effetto più immediatamente percepibile delle prese di posizione più recenti è stato in ogni caso quello di una complessiva mitigazione della risposta sanzionatoria nei confronti del trafficante e del consumatore di sostanze stupefacenti, tendente ad una progressiva differenziazione della considerazione di condotte dalla diversa portata offensiva.

Il primo innesto normativo di rilievo si deve al d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modifiche in legge 9 agosto 2013, n. 94, con il quale, nell'ambito di alcune disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, si è proceduto ad introdurre nel corpo dell'art. 73 un nuovo comma *5-ter*, che estende il beneficio dell'ammissione al lavoro di pubblica utilità di cui al precedente comma *5-bis* anche all'ipotesi «di reato diverso da quelli di cui al comma 5» - con formulazione che ha suscitato qualche perplessità e che sembrava anticipare le successive scelte normative di cui si dirà a breve - «commesso, per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, salvo che si tratti di reato

---

<sup>16</sup> Cfr. V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 24-25; A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 5, pp. 586 ss.

<sup>17</sup> Cfr. in tal senso D. NOTARO, *Fra Corte costituzionale e parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità* (a cura di Gaetana Morgante), Torino 2015, pp. 9-10.

previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale o di reato contro la persona»<sup>18</sup>.

In seguito, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146<sup>19</sup>, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 10, si è provveduto, al fine di ampliare l'operatività delle misure alternative alla detenzione, ad abolire il divieto, di cui al comma 5 dell'art. 94 d.p.r. 309/1990, di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti ed alcolodipendenti<sup>20</sup>. Ma soprattutto, con l'art. 2 del medesimo decreto legge, è stato riscritto l'art. 73 comma 5 del Testo Unico, prevedendo, oltre alla riduzione del massimo della pena detentiva da sei a cinque anni, la trasformazione della condotta di lieve entità da circostanza attenuante a figura autonoma di reato, allo scopo precipuo di sottrarla al bilanciamento delle circostanze ed, in particolare, al caso assai frequente del concorso con l'aggravante della recidiva<sup>21</sup>: ciò attraverso l'inserimento, in apertura della disposizione, di una clausola espressa di sussidiarietà - «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» - che è apparsa sin da subito<sup>22</sup> testualmente e logicamente compatibile solo con il carattere

---

<sup>18</sup> V. in merito L. ROMANO, *Novità giurisprudenziali in materia di stupefacenti*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma 2014, consultabile su [http://www.treccani.it/enciclopedia/novita-giurisprudenziali-in-materia-di-stupefacenti-\(IL-Libro-dell%27anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/novita-giurisprudenziali-in-materia-di-stupefacenti-(IL-Libro-dell%27anno-del-Diritto)/); A. M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, cit., pp. 133 ss., p. 140. Cfr. più ampiamente *infra*, § 4.4.

<sup>19</sup> Su cui v. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.* 7 gennaio 2014.

<sup>20</sup> Sul quale, v. *infra*, § 8.

<sup>21</sup> Tale trasformazione, invero, fu preceduta e in qualche modo 'sollecitata' dalla sentenza della Corte costituzionale 15 novembre 2012, n. 251, in *Dir. pen. cont.* 16 novembre 2012, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005 (cd. *ex Cirielli*), nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della – allora – circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 del d.p.r. 309/1990 sull'aggravante della recidiva reiterata (quarto comma dell'art. 99 c.p.), mettendo in evidenza come «le disposizioni di cui al primo e al quinto comma dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 “rispecchiano due situazioni enormemente diverse dal punto di vista criminologico”, in quanto “al comma 1 è prevista la condotta del grande trafficante, che dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di sostanze stupefacenti senza mai esporsi in luoghi pubblici”, laddove al comma 5 è contemplata “la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo ‘sulla strada’ la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti”».

<sup>22</sup> Sia in dottrina che in giurisprudenza: per delle prime pronunce sul punto, cfr. Cass. sez. VI, sent. 8 gennaio 2014, n. 14288, Cassanelli, in *Dir. Pen. cont.* 1 aprile 2014; Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio 2014, Spampinato, *ibidem*, 1 aprile 2014 e Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio 2014, n. 10514, Verderamo, *ibidem* 9 marzo 2014. In dottrina, cfr. G. AMATO, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, in *Guida dir.* 2014, 4, p. 38; A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Convertito il d.l. n. 146/2013 sull'emergenza carceri. Il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. Pen. cont.* 24 febbraio 2014; M. GAMBARDELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n.*

autonomo della previsione, come si analizzerà *funditus* nel prosieguo della trattazione, al § 4.4.

Quindi, la già più volte richiamata sentenza della Corte costituzionale 25 febbraio 2014, n. 32 è intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge cd. Fini-Giovanardi (*rectius*, del d.l. 272 del 2005, così come modificato dalla legge di conversione n. 49 del 2006) per violazione dell'art. 77, comma 2 Cost., stigmatizzando il «difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte dalla legge di conversione», che si presentavano «diverse per materia e per finalità [...] rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge in cui sono state inserite». In conseguenza di tale pronuncia, sono dunque venute meno, con efficacia *ex tunc* – e, come si vedrà in seguito, con effetti non solo sui procedimenti ancora in corso ma altresì sulle condanne già passate in giudicato ed ancora in corso di esecuzione – le norme che, tra le altre cose, equiparavano il trattamento sanzionatorio delle condotte aventi ad oggetto le 'droghe leggere' e le 'droghe pesanti' (ed, in particolare, l'art. 73 T.U. Stup. nella parte in cui, sostituendo i commi 1 e 4 di tale norma, si erano parificate ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti indicate nelle tabelle II e IV previste dal previgente art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III, elevando conseguentemente le relative sanzioni; nonché gli artt. 13 e 14 del medesimo Testo Unico, nei quali si era prevista l'unificazione delle tabelle che identificavano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* e i suoi derivati nella prima di tali tabelle). Tuttavia, in considerazione del carattere prettamente procedurale del vizio rilevato (nonché, come si preciserà meglio in seguito, dell'esigenza di evitare una lacuna normativa contrastante con un asserito obbligo di penalizzazione imposto dagli strumenti internazionali di riferimento), la Corte costituzionale ha ritenuto opportuno chiarire che la declaratoria di illegittimità costituzionale attiene ai due articoli nella loro interezza e non alle sole disposizioni relative all'impianto sanzionatorio e al sistema tabellare, che pure avevano costituito specifico oggetto della questione incidentale sollevata, a suo tempo dalla Corte di cassazione (cfr. ordinanza emessa in data 11 giugno 2013 dalla Terza Sezione penale) e, soprattutto, che

---

32/2014, in *archiviopenale.it*, n. 1/2014; A. M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, cit., pp. 140 ss.

«deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate»; e ciò in quanto, in virtù della efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità, non si era validamente verificato alcun effetto abrogativo (e salvo restando il persistente vigore delle disposizioni introdotte con il ricordato d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, in tema di fatto di lieve entità, in quanto *ius superveniens* non toccato dallo specifico vizio procedurale ravvisato dalla Corte)<sup>23</sup>.

Come si vedrà in seguito, la sentenza in questione ha sollevato una molteplicità di problematiche principalmente connesse a questioni di diritto intertemporale, avendo inciso soprattutto sul sistema tabellare – con la neutralizzazione di tutte le modifiche apportate alle tabelle dall'entrata in vigore della cd. legge Fini-Giovanardi – e sul regime applicabile ai casi di detenzione di stupefacente per uso personale, in relazione al mancato coordinamento tra l'art. 73 così come risultante dalla pronuncia della Consulta e l'art. 75, così come modificato nel 2006.

Il governo, di conseguenza, è intervenuto nuovamente nel 2014, con il d.l. n. 36 del 20 marzo, al fine di colmare il vuoto normativo generato, in particolare, dalla dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 13 e 14 del Testo Unico, che aveva comportato la caducazione consequenziale delle tabelle allegare a tali disposizioni e dei successivi decreti ministeriali di aggiornamento delle medesime<sup>24</sup>, con reviviscenza delle tabelle emanate prima dell'entrata in vigore (da intendersi, per vero, mai avvenuta) della legge del 2006 e inevitabile *abolitio* di qualunque reato relativo a sostanze che a quella data non erano

---

<sup>23</sup> Cfr., sul punto, D. NOTARO, *Fra Corte costituzionale e parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, cit., pp. 17 ss.; E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, cit., pp. 53 ss.; M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, cit., pp. 1132 ss.

<sup>24</sup> Cfr. in merito F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Dir. pen. cont.* 24 marzo 2014; E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. pp. 59 ss.; G. AMATO, *Con il ritorno improvviso al sistema delle tabelle necessario un profondo intervento chiarificatore*, in *Guida dir.* 2014, 15, p. 50.

espressamente catalogate come “stupefacenti” o “psicotrope”: tale decreto ripristinava in larga misura le modifiche al Testo Unico introdotte dall’art. 4-*vicies ter* della legge Fini-Giovanardi, con l’unica, rilevante eccezione che le tabelle erano ora cinque e non più due e tornavano – per adeguarsi al *dictum* della Corte costituzionale e al disposto dell’art. 73 T.U. Stup. risultante dallo stesso – a distinguere tra droghe ‘leggere’ e droghe ‘pesanti’ (e medicinali alle stesse, rispettivamente, equiparati). Tuttavia, l’ambigua formula utilizzata dal governo – “a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto ‘continuano’ a produrre effetti gli atti amministrativi...” – lasciava adombrare l’intenzione di assicurare la ‘continuità’ della loro rilevanza sin dalla loro emanazione (*id est*, un effetto retroattivo *in malam partem* dell’avvenuto reinserimento nelle tabelle delle nuove sostanze già – invalidamente – introdotte dopo la Fini-Giovanardi), dando luogo con ciò, come vedremo, ad un contrasto interpretativo in dottrina che peraltro le Sezioni Unite sono di recente intervenute, in un certo modo, a ‘comporre’<sup>25</sup>. Inoltre, al governo, in sede di emanazione del decreto in esame, sembra fosse ‘sfuggita’ la circostanza che, dal testo del d.p.r. 309/1990 risultante dall’intervento del Giudice delle leggi, fosse scomparso qualsiasi riferimento alla non punibilità dell’uso personale di sostanze stupefacenti (in particolare, a seguito della caducazione del comma 1-*bis* dell’art. 73 e della perdurante vigenza, viceversa, dell’art. 75 così come modificato dall’art. 4-*ter* della Fini-Giovanardi: ma, anche di questo, più oltre *funditus*): cosicché l’intero apparato di sanzioni amministrative previste nei confronti del consumatore dall’art. 75 e dal successivo art. 75-*bis* sembrava essere sprovvisto dei presupposti applicativi e, soprattutto, le incriminazioni di cui all’art. 73 sembravano destinate ad abbracciare – stando al dato letterale e salvo provvide soluzioni di ortopedia interpretativa<sup>26</sup> - anche le condotte finalizzate ad un uso meramente personale delle sostanze.

---

<sup>25</sup> Come si vedrà meglio *infra*, § 3. Il riferimento è a F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta*, cit. e a L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e “sviste”*, in *Dir. pen. cont.* 29 maggio 2014; *contra*, M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all’origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, cit., pp.1153 ss. La pronuncia della Suprema Corte cui ci si riferisce è invece Cass. S.U., sent. 9 luglio 2015, n. 29316, De Costanzo, in *Dir. pen. cont.* 1 agosto 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Le sezioni unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*.

<sup>26</sup> Soluzioni avanzate, tra gli altri, da V. MANES-L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., pp. 215 ss. e da F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle*,

Per queste ragioni, nella successiva legge di conversione (legge 16 maggio 2014, n. 79)<sup>27</sup>, si è innanzitutto previsto che gli atti amministrativi adottati sino alla pronuncia della Consulta «riprendono» (e non «continuano») a produrre effetti, a fugare in radice il dubbio che il legislatore intendesse introdurre una disciplina con efficacia retroattiva; quindi, attraverso un *restyling* dell'art. 75, si è eliminata l'aporia consistente nella scomparsa dal Testo Unico, per effetto della suddetta sentenza, della menzione della finalità di uso personale come causa di non punibilità della condotta di detenzione (e di quelle assimilate). Inoltre, attraverso l'introduzione di un nuovo comma 1-*bis* questa volta all'interno dello stesso art. 75, il legislatore ha reintrodotta una tipizzazione degli indici e delle circostanze utili all'accertamento della finalità delle condotte ivi contemplate (già previsti al comma 1-*bis* dell'art. 73 come novellato dalla legge Fini-Giovanardi e con essa travolti dall'intervento della Corte), sia pure con formulazione ambigua, che, per ben due volte, insiste nell'uso dell'avverbio “esclusivamente” in relazione all'uso personale quale presupposto per l'applicazione delle sole sanzioni amministrative e che, tuttavia, non sembra in grado di superare l'orientamento ormai consolidato nel senso della non punibilità dell'acquisto della sostanza in vista dell'uso di gruppo<sup>28</sup>. Di rilievo risulta poi la modifica del (solo) trattamento sanzionatorio da riservare alla fattispecie di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73, che è ora, quanto alla pena detentiva, della reclusione da sei mesi a quattro anni – e che tuttavia continua a risultare indifferente, ancora oggi, alla tabella di appartenenza della sostanza ('leggera' o 'pesante') oggetto della condotta – nonché il ripristino del comma 5-*bis* del medesimo articolo (contenente la

---

*ma la frittata è fatta*, cit. e fatte proprie anche da Cass. sez. VI, sent. 9 maggio 2014, n. 19263, che ha reputato «non potersi ipotizzare che con il ripristinato regime penalistico anteriore alla riforma del 2006 si sia prodotto il paradossale effetto di una attuale sopravvenuta punibilità anche dell'uso personale (consumo non terapeutico) di sostanze stupefacenti, pur già pacificamente esclusa – del resto – dalla giurisprudenza nella vigenza del sistema oggi fatto rivivere dalla Corte costituzionale».

<sup>27</sup> Su cui vedi F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Dir. pen. cont.* 19 maggio 2014; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e “sviste”*, cit. ed E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit., pp. 69 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. S.U., sent. 10 giugno 2013, n. 25401, in *Dir. pen. cont.* 23 giugno 2013, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sul consumo di gruppo di sostanze stupefacenti* e su cui v. *infra*, § 4.2.

sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità), anch'esso nel frattempo caducato dalla sentenza n. 32 del 2014.

Da ultimo, come anticipato, la Corte costituzionale, con sentenza n. 94 del 6 maggio 2016, ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con il secondo comma dell'art. 77 Cost., dell'art. 4-*quater* della legge Fini-Giovanardi, che aveva introdotto, con l'inserimento dell'art. 75-*bis* all'interno del Testo Unico, le summenzionate misure, variamente afflittive, applicabili nei confronti di diverse categorie di tossicodipendenti ed assuntori di sostanze stupefacenti che, «in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso» delle stesse, potessero rappresentare un «pericolo per la sicurezza pubblica» (cfr. *infra*, § 6). Con esse, conseguentemente, è stata eliminata la norma penale sostanziale che puniva con l'arresto da tre a diciotto mesi il contravventore agli obblighi imposti con tali misure (comma 6 del medesimo articolo). La decisione ripercorre le medesime argomentazioni della succitata pronuncia del 2014, stigmatizzando l'eterogeneità delle disposizioni introdotte in sede di legge di conversione rispetto al contenuto, alla finalità e alla *ratio* complessiva dell'originario decreto-legge – in spregio, quindi, al principio di necessaria omogeneità ovvero di interrelazione funzionale tra norme di un decreto-legge e quelle della relativa legge di conversione – essendo la previsione di misure prevenzionali e punitive risultata del tutto estranea all'asserito obiettivo governativo del recupero dei tossicodipendenti recidivi.

Accanto ai summenzionati interventi di 'ortopedia' legislativa e giurisprudenziale, si sono tuttavia registrate nel corso degli ultimi anni anche delle prese di posizione più 'conservative' in materia, da parte sia della Corte costituzionale (la quale ha invero adottato un certo *self-restraint* su alcune scelte legislative, incidendo sul sistema più per il riscontro di violazioni formali che per una reale indagine sulla ragionevolezza o sull'adeguatezza sostanziale delle diverse opzioni di tutela), sia da parte del legislatore (che, pur tornando più volte sulla disciplina della materia, ha mantenuto intatte alcune scelte di fondo: si pensi alla punibilità *ex se* delle condotte di trasporto e coltivazione e alla persistente equiparazione *quoad poenam* dei diversi tipi di sostanze nell'ambito della fattispecie di lieve entità), lasciando tuttora irrisolti alcuni dei punti più critici della 'controriforma' del 2006 e denunciando la necessità e l'urgenza di una decisa rimediazione delle opzioni politico-criminali in tema

di stupefacenti, che coinvolga in un'ampia e ponderata discussione i diversi saperi e, anche sulla base dei riscontri empirici, sia in grado di rilegittimare gli eventuali margini di necessità ed efficacia del ricorso allo strumento penale in tale ambito.

2. *Il metodo di approvazione della legge 21 febbraio 2006, n. 49 e le dichiarazioni di illegittimità costituzionale.*

Come detto poc'anzi, dunque, con le sentenze nn. 32 del 2014 e 94 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la gran parte delle innovazioni al d.p.r. n. 309 del 1990 apportate con la riforma del 2006, riscontrando un vizio che, approssimativamente, abbiamo definito 'formale', relativo al metodo di approvazione della stessa.

In effetti, un primo aspetto problematico della legge cd. Fini-Giovanardi, sul quale sin da subito si erano appuntate le censure della dottrina, fino a prospettare un profilo di sospetta illegittimità costituzionale (e che pure, tuttavia, non aveva impedito che la stessa, per più di un settennio, ricevesse quotidiana applicazione nei tribunali senza essere sottoposta allo scrutinio del Giudice delle leggi<sup>29</sup>), riguardava le stesse modalità con le quali si era proceduto a riscrivere la disciplina in tema di stupefacenti.

La delicatezza della materia trattata, che chiama in causa visioni contrapposte dell'uomo nei suoi rapporti con la società<sup>30</sup>, la sua importanza sotto il profilo sociale e la complessità delle questioni politico-criminali sottese avrebbero certamente consigliato l'adozione di un intervento normativo *ad hoc*, tale da consentire un dibattito parlamentare (nonché in seno all'opinione

---

<sup>29</sup> Come rileva, opportunamente, L. ROMANO, *Art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: la parola alla Corte costituzionale. Osservazioni su Corte d'Appello di Roma, sez. III, ord. 28 gennaio 2013, Pres. Ed Est. Bettiol*, in *Dir. pen. cont.* 28 maggio 2013.

<sup>30</sup> Sull'ampio dibattito in materia, anche in una prospettiva metagiuridica, si vedano G. M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., specie i capitoli III e IV; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 20 ss.; per una recente indagine sociologica di taglio antiproibizionistico, si veda M. VERGA, *La droga espiatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano 2004, *passim*.

pubblica) concentrato sugli aspetti centrali della disciplina, ed in particolare sui limiti e sulla funzione che il diritto penale può assolvere in questo ambito<sup>31</sup>.

Invece, come si è detto, la riforma fu il prodotto della conversione in legge, a tre giorni dallo scioglimento delle Camere, di un decreto-legge dal contenuto quanto mai eterogeneo<sup>32</sup>: vettore di questo vero e proprio stravolgimento del Testo Unico era stato un emendamento molto denso, opportunamente ‘blindato’ con l’apposizione della questione di fiducia in sede di votazione finale, che aveva aggiunto ben ventitré articoli a quelli previsti dal decreto originario, ciascuno dei quali composto da più commi (con un “picco” di trentadue nell’art. 4-*vicies ter*)<sup>33</sup>.

Inoltre, nonostante l’ampiezza e la complessità dell’intervento, il legislatore non aveva avuto particolare premura neppure in relazione ai tempi di ‘lavorazione’, essendo trascorse meno di tre settimane dall’inizio della discussione finale in aula al Senato e la successiva definitiva approvazione del provvedimento alla Camera<sup>34</sup>, grazie ad un’accelerazione dell’*iter* dei dibattiti parlamentari e della *navette*.

La clamorosa eterogeneità delle materie contenute nel decreto (la garanzia della sicurezza e dei finanziamenti per le Olimpiadi del 2006, la funzionalità, in senso più generale, dell’Amministrazione dell’Interno, il trattamento dei tossicodipendenti recidivi) era stata peraltro stigmatizzata in sede di dibattito

---

<sup>31</sup> Cfr. in termini analoghi, sin da subito, A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., pp. 823-824.

<sup>32</sup> Sulle forti perplessità circa la legittimità dell’uso dei decreti-legge in materia penale, legate alla loro idoneità ad un impiego del diritto penale in chiave ‘contingente’ ed ‘emotiva’, v. *supra*, cap. I, § 3.3.

<sup>33</sup> Cfr. in tal senso, *ex aliis*, C. CUPELLI, *Il Teso Unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale. Osservazioni su Cass. pen., sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, Pres. Squassoni, Rel. Franco, Ric. Maniscalco*, in *Dir. pen. cont.* 9 luglio 2013 e in *Cass. pen.*, 2013, 10, pp. 3419 ss., che rileva come, nella situazione in esame, si siano combinati «due tra i fattori patologici che, minando le fondamenta della riserva di legge parlamentare e la sua credibilità, alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo: l’utilizzo non ortodosso degli atti aventi forza di legge (nell’occasione preso in esame esclusivamente sul versante del decreto legge) risulta aggravato dal ricorso, nella fase di conversione, ad un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto peraltro eterogeneo rispetto al decreto, che elide la discussione in aula sul testo da approvare e quindi vanifica la potenzialità garantista del confronto con le opposizioni parlamentari».

<sup>34</sup> La discussione in aula al Senato è iniziata il 19 e si è conclusa il 26 gennaio 2006; l’approvazione definitiva alla Camera è dell’8 febbraio 2006. Sul punto, v. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 235 e V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 96.

parlamentare<sup>35</sup>, nonché da parte del Comitato per la legislazione<sup>36</sup>, che avevano rilevato come essa si ponesse «in contrasto con l'esigenza di garantire la specificità e l'omogeneità dei contenuti normativi recati nei provvedimenti di urgenza anche nella fase di esame parlamentare».

Le ragioni straordinarie di necessità ed urgenza, poi, in presenza delle quali l'art. 77, 2° comma Cost. consente l'impiego del decreto-legge, se potevano dirsi sussistenti con riguardo alle disposizioni in tema di Olimpiadi invernali (art. 3 del d.l. 272/2005) e di funzionalità del Ministero dell'Interno (artt. 1 e 2), certamente non potevano ravvisarsi nella gran parte delle disposizioni del provvedimento dedicate alla disciplina degli stupefacenti (artt. da 4 a 4-*vicies ter*)<sup>37</sup>; forse potevano integrare tali requisiti alcune norme relative all'esecuzione della pena, ma si sarebbe trattato in ogni caso di un'«urgenza» (quella di evitare gli sciagurati, annunciati effetti di sovraffollamento delle carceri) provocata dal rigore repressivo dello stesso provvedimento in esame, unitamente alla legge sulla recidiva (l. n. 251 del 5 dicembre 2005, cd. ex Cirielli), approvata pochi mesi prima.

Nessuno aveva invece invocato (né poteva fondatamente farlo, del resto) le condizioni di necessità e urgenza con riferimento alle norme di diritto penale sostanziale, che pure costituivano il cuore del provvedimento.

La scelta della decretazione d'urgenza fu pertanto tacciata da più parti di illegittimità costituzionale, e non si spiegava altrimenti che con ovvie ragioni elettorali: del resto, come si disse subito efficacemente, il decreto-legge, a maggior ragione quando sulla sua conversione venga posta la fiducia, rappresenta «lo strumento tecnico perfetto per 'veicolare' provvedimenti penali funzionali a dimostrare la risolutezza e velocità di azione dei paladini del diritto penale come arma monotaglio»<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Si vedano, in particolare, gli interventi delle allora Onn. Livia Turco ed Anna Finocchiaro, nella seduta assembleare della Camera dei deputati n. 741 del 1° febbraio 2006, A.C. 6297, pp. 84 ss.

<sup>36</sup> Parere consultabile in A.C. 6297 all. A, pp. 2 ss.

<sup>37</sup> In ragione dell'assenza di tali condizioni, quali presupposti giustificativi del ricorso alla decretazione d'urgenza, nel caso di specie, si era prospettata l'illegittimità costituzionale del decreto-legge in esame, da parte di numerosi esponenti dell'opposizione, nel corso del dibattito parlamentare sul disegno di legge di conversione; v. in tal senso, in particolare, l'intervento dell'On. Pierluigi Mantini, nella seduta del 1° febbraio 2006 delle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, in sede referente, in A.C. 6297, p. 220.

<sup>38</sup> C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 236.

Tutto ciò rappresentava senza dubbio uno svuotamento sostanziale del principio di legalità (art. 25, 2° comma Cost.), vulnerato da modalità e tempi di approvazione di una legge che formalmente promanava dal Parlamento, ma che di fatto era espressione della sola volontà del Governo: con conseguenze assai gravi nella materia *de qua* (tra l'altro di altissima frequenza applicativa), che coinvolge questioni centrali nel rapporto individuo/stato.

Per tali ragioni – ed, invero, come detto, con un certo ‘ritardo’ in relazione alla quotidiana frequenza applicativa della legge praticamente in ogni ufficio giudiziario del Paese – nel 2013 furono sollevate da più parti<sup>39</sup> diverse questioni di legittimità costituzionale della riforma in questione.

Invero, molte delle succitate ordinanze di rimessione prospettavano dubbi di legittimità costituzionale ben più ampi di quelli attinenti al solo profilo ‘formale’, relativo al metodo di approvazione della riforma. A titolo esemplificativo, la questione sollevata dalla Corte d’Appello di Roma, sez. III, con ordinanza del 28 gennaio 2013<sup>40</sup>, rilevava la violazione dell’art. 77, commi 2 e 3 Cost., non solo per l’estraneità al nucleo originario del decreto legge degli emendamenti a quest’ultimo apportati in sede di conversione – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sull’art. 77, comma 2 Cost., che istituirebbe un «nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge [...] e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario» (così Corte costituzionale, sent. n. 22 del 2012) – ma altresì per l’assenza, nel caso di specie, delle condizioni in presenza delle quali sarebbe stato ammesso l’esercizio del potere governativo di decretazione, evidenziando «il mancato ricorrere, in particolare, del requisito dell’urgenza di riformare un sistema sanzionatorio in vigore da sedici anni, in difetto di eventi improvvisi e straordinari che [ponessero] l’esigenza di una modifica a mezzo decreto legge, e sul presupposto della non sanabilità del vizio attinente all’assenza delle prescritte condizioni ad opera della successiva legge di

---

<sup>39</sup> Tra le altre, tutte quasi coeve, si annoverano l’ordinanza della terza sezione della Cassazione (n. 227/2013), su cui si sarebbe poi espressa la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale; l’ordinanza promossa dalla Corte di appello di Roma, sez. III, il 28 gennaio 2013; Tribunale di Milano, ufficio GIP, ord. 8 novembre 2013; Tribunale di Vibo Valentia, ord. 5 luglio 2013; Corte di appello di Lecce, ord. 7 ottobre 2013; G.U.P. del Tribunale di Torino, ord. 22 luglio 2013.

<sup>40</sup> Su cui v. L. ROMANO, *Art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: la parola alla Corte costituzionale*, cit.

conversione»<sup>41</sup>. Inoltre, si muoveva nei confronti dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005 la censura di incompatibilità con il principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost., che avrebbe fatto divieto al legislatore di sanzionare con la medesima pena le condotte aventi ad oggetto le cd. droghe leggere e le cd. droghe pesanti, in ragione della modestia degli effetti negativi sull'organismo delle prime rispetto a quelli devastanti prodotte dalle seconde<sup>42</sup>. Infine, si ravvisava il contrasto del medesimo articolo con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione alla summenzionata decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004, che – a giudizio della Corte remittente - «distingue chiaramente e nettamente da un punto di vista sanzionatorio tra droghe leggere [...] e droghe pesanti che vengono indicate come “stupefacenti più dannosi per la salute”».

Tuttavia, come detto, la Corte costituzionale – coerentemente, del resto, con il più limitato oggetto della questione di legittimità posta al suo vaglio dalla sezione terza della Cassazione, riguardante la contrarietà degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a) n. 6 del d.l. in oggetto con il solo art. 77, comma 2 Cost., sotto il profilo, in via principale, dell'eterogeneità di tali norme, inserite nella legge di conversione, alle finalità e alla *ratio* dell'originario decreto legge e, in via subordinata, dell'evidente carenza del presupposto del caso straordinario di necessità ed urgenza – si è limitata a rilevare la presenza nella legge di riforma di tale vizio 'procedurale', accogliendo la prima di tali censure e ritenendo la seconda assorbita: con il che, come è stato detto<sup>43</sup>, se può aver deluso le aspettative dei più, ha però al contempo ribadito il suo orientamento teso a prendere maggiormente sul serio il sindacato sui presupposti che giustificano il ricorso al decreto legge ed in particolare sui contenuti e sull'omogeneità delle modifiche apportate in sede di conversione, rivalutando la portata garantista della riserva di legge, insidiata

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>42</sup> Si era lamentata, infatti, tra le altre cose, una scarsa considerazione dei dati offerti dalle scienze tossicologiche e dalle altre branche di settore, circa la differente lesività delle diverse tipologie di droghe e, dunque, una mancanza di aderenza all'empiria, quale primo germe di una legislazione irragionevole, come ricordano V. MANES-L. ROMANO, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, in *Riv. med. leg.* 2014, 2, pp. 363 ss. Tuttavia, in merito, v'è da rilevare il noto il *self-restraint* cui è improntato il sindacato della Corte costituzionale sul terreno della ragionevolezza, in particolare per quanto attiene alla proporzionalità nella dosimetria della pena, come ricorda L. ROMANO, *op. ult. cit.*, p.5.

<sup>43</sup> Cfr. V. MANES-L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., p. 216.

dall'irruzione di un 'pensiero debole' in tema di legalità penale<sup>44</sup> ed esprimendo un'istanza fondamentale di democrazia discorsiva, tanto più viva al cospetto di una 'questione sociale' così vertiginosa come quella concernente il problema delle tossicodipendenze e degli strumenti repressivi di contrasto al traffico di droga, oggetto di un autentico stravolgimento sistematico ad opera della legge Fini-Giovanardi<sup>45</sup>.

In effetti, giova ribadirlo ancora una volta, la Corte ha rilevato la profonda distonia di contenuto, finalità e *ratio* tra l'originario decreto legge che, all'art. 4, aveva previsto norme di tipo 'processuale' concernenti il soggetto 'tossicodipendente' e votate al suo 'recupero' – ripristinando il limite di pena di quattro anni per accedere alla misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova in casi particolari, nonché la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei tossicodipendenti recidivi con un programma terapeutico e socio-riabilitativo in atto – e le norme introdotte in sede di conversione (ed in particolare, gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, sottoposti al suo scrutinio), con le quali era stata sostanzialmente posta una nuova disciplina a regime sulle sostanze stupefacenti: norme di tipo 'sostanziale', concernenti 'chiunque ponga o abbia posto in essere condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti' e votate, viceversa, ad una sua 'stigmatizzazione'<sup>46</sup>. «Fattispecie diverse», in tutta evidenza, «per materia e per finalità», tali da non giustificare l'inibizione, attraverso il procedimento di conversione legislativa della decretazione d'urgenza – che richiede un «*iter* parlamentare semplificato e caratterizzato dal rispetto di tempi particolarmente rapidi» - di una «discussione specifica» e di «una congrua deliberazione» sui singoli aspetti della novellata materia, nonché ogni eventuale intervento sulla medesima.

«Benché contenute in soli due articoli», è la valutazione della Corte, «le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle

---

<sup>44</sup> In questi termini, C. CUPELLI, *Il Teso Unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale*, cit., il quale stigmatizza in merito l'impropria assimilazione tra rapporto di gerarchia e di competenza, da un lato, criteri di risoluzione delle antinomie normative, e riserva di legge, dall'altro, quale istituto di garanzia democratica.

<sup>45</sup> Così ancora V. MANES-L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., p. 216.

<sup>46</sup> Cfr. V. MANES-L. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 219 e U. NAZZARO, *L'illegittimità costituzionale dell'equiparazione tra droghe «leggere» e «pesanti» ai fini sanzionatori*, cit., pp. 871-872.

incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio, il fulcro della quale è costituito dalla parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette “pesanti” e di quelli aventi ad oggetto le droghe cosiddette “leggere”, fattispecie differenziate invece dalla precedente disciplina»; orbene, «una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.». Una istanza di ‘democrazia procedurale’, dunque, indubbiamente frustrata dall’adozione di un alluvionale provvedimento emergenziale, peraltro alterato da «un “maxiemendamento” del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di conversione, presentato direttamente nell’Assemblea del Senato e su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia».

La riscontrata assenza di ogni «nesso di interrelazione funzionale» tra le disposizioni impugnate e il contenuto dell’originario provvedimento governativo non ha lasciato, dunque, alcun dubbio alla Corte costituzionale circa l’illegittimità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge 49/2006 (che innovavano, rispettivamente, l’art. 73 e gli artt. 13 e 14 del Testo Unico), per contrasto con l’art. 77, comma 2 Cost.

La valenza ‘meramente’ procedurale del vizio riscontrato (talché le Camere avrebbero agito in sede di conversione “in carenza di potere”), come detto *supra* e come ribadito dallo stesso Giudice delle leggi, ha comportato quindi innanzitutto l’effetto che la declaratoria di illegittimità abbia colpito per intero le due disposizioni impugnate, inidonee, per come formatesi, ad innovare l’ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa; di conseguenza, dunque, si è verificata la reviviscenza della previgente disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.p.r. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006<sup>47</sup>: in particolare, sono da considerare

---

<sup>47</sup> Cfr. in merito M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all’origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, cit., pp. 1135 ss. La Corte, peraltro, per corroborare la tesi della reviviscenza, ha aggiunto, con un impegnativo quanto, forse, troppo disinvolto *obiter dictum*, che il ripristino dell’applicazione delle norme incriminatrici previste dalla versione antecedente alle modifiche del 2006 sarebbe confermato anche dalla presenza di obblighi sovranazionali di penalizzazione in materia di traffico illecito di stupefacenti (in particolare, con riferimento alla menzionata decisione quadro 2004/757/GAI): tuttavia, sulla giustiziabilità ‘interna’ di tali obblighi, a fronte di un eventuale ‘inadempimento statale sopravvenuto’, attraverso successive scelte di depenalizzazione, si continuano a nutrire forti dubbi, stanti i margini di libertà troppo angusti che residuerebbero in materia al legislatore nazionale: cfr. in merito, V. MANES-L. ROMANO, *L’illegittimità*

nuovamente vigenti l'art. 73 e gli artt. 13 e 14 T.U. Stup., nella loro formulazione originaria, riproponendosi la dicotomia sanzionatoria tra le sostanze proibite. Da ciò discende, per le condotte aventi ad oggetto le cd. droghe leggere, un trattamento sanzionatorio di gran lunga più mite rispetto alla previsione punitiva introdotta (mai validamente) attraverso la legge n. 49/2006 (pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché della reclusione da sei a venti anni e della multa), ma, per quelle aventi ad oggetto le cd. droghe pesanti, le sanzioni di risulta sono maggiormente severe in relazione al minimo edittale (di otto anni anziché di sei)<sup>48</sup>.

Il Giudice delle leggi ha sottolineato, tuttavia, che, secondo l'orientamento giurisprudenziale costituzionale, «gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di “configurare nuove norme penali”»: evenienza scongiurata, a giudizio della Corte, nel caso di specie, essendo stata la pronuncia finalizzata a rimuovere «gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore».

Viceversa, la Corte costituzionale ha preso espressamente posizione sulla circostanza che «nessuna incidenza sulle questioni sollevate [potessero] esplicitare le modifiche apportate all'art. 73, comma 5 d.p.r. n. 309 del 1990 dall'art. 2 d.l. 23 dicembre 2013, n. 46 [...] dal momento che le modifiche, intervenute *medio tempore* [...], sono tali da non influire sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente in ordine alla formazione della legge di conversione n. 49 del 2006, con riguardo a disposizioni differenti. Inoltre, gli effetti del [...] giudizio di legittimità costituzionale non riguardano in alcun modo la modifica disposta con il d.l. n. 146 del 2013, in quanto

---

costituzionale della legge cd. “Fini-Giovanardi”: *gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., pp. 221 ss.

<sup>48</sup> Talché, come vedremo, si sono di recente prospettate nuove questioni di legittimità costituzionale (Tribunale di Ferrara, ord. 18 novembre 2015; Tribunale di Rovereto, ord. 9 marzo 2016; Cass. sez. VI, ord. 12 gennaio 2017, n. 1418) in relazione al minimo edittale previsto per le droghe ‘pesanti’ dall'art. 73, comma primo, d.P.R. 309/1990, nel testo di legge risultante dalla sentenza n. 32/2014, per violazione del principio di riserva di legge e dei limiti al sindacato costituzionale delle norme penali di favore (quale era da considerarsi, senz'altro, in relazione al trattamento sanzionatorio di tali sostanze, la caducata Fini-Giovanardi).

stabilita con disposizione successiva a quella censurata e indipendente da quest'ultima»<sup>49</sup>.

Quanto ai problemi di diritto intertemporale (cui si è accennato nel § precedente e che saranno meglio analizzati nel corso della trattazione), invece, la Consulta ha laconicamente aggiunto come sia «compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento» della posizione giuridica dei singoli imputati, «tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 cod. pen.*, che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo». Analogamente, è stato rimesso al giudice comune il compito di «individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*», oggetto della pronuncia in esame.

Successivamente, con la sentenza n. 94 del 6 maggio 2016, la Corte costituzionale ha riproposto le considerazioni sviluppate nella precedente pronuncia, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-*quater* del decreto-legge n. 272 del 2005 come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49.

La norma dichiarata illegittima, inserita anch'essa nel provvedimento d'urgenza del governo mediante la legge di conversione, aveva, come anticipato, introdotto nel Testo Unico un art. 75-*bis*, mediante il quale erano state previste misure variamente afflittive (innominate nel *genus*) relativamente a soggetti autori delle condotte di cui al comma 1 del precedente art. 75 cioè, in sostanza, a coloro che 'detenessero' droga per farne "uso personale". In particolare, come si vedrà (*infra*, § 6), occorre che si trattasse di soggetti già condannati, anche non definitivamente, per reati contro la persona, contro il

---

<sup>49</sup> D'altronde, l'incostituzionalità dell'equiparazione sanzionatoria tra droghe 'pesanti' e 'leggere' nell'art. 73 è stata dichiarata, come detto, per un profilo formale e non sostanziale, relativo cioè alla irragionevolezza di aver parificato le pene, in ragione della loro differente pericolosità: e, ritenendo che quest'ultima valutazione rientri nella discrezionalità del legislatore, sottratta al suo sindacato, di recente la Corte costituzionale, con sent. 11 febbraio 2016, n. 23 (che si analizzerà meglio in seguito), ha dichiarato inammissibile la questione sollevata in merito al perdurante trattamento sanzionatorio unificato previsto per i fatti di lieve entità di cui al quinto comma dell'art. 73, in quanto il sollecitato intervento additivo in materia penale, in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, avrebbe interferito nella sfera di politica sanzionatoria riservata al legislatore e, pertanto, avrebbe violato il principio di separazione dei poteri.

patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni dello stesso Testo unico o dalle norme sulla circolazione stradale, o comunque sanzionati per violazioni della disciplina sugli stupefacenti o già destinatari di misura di prevenzione o di sicurezza. A queste condizioni, poteva essere applicata, per un massimo di due o quattro anni, un'ulteriore misura di restrizione della libertà, secondo l'elenco contenuto nel comma 1 dello stesso art. 75-bis.

Ebbene, tale disposizione, com'è evidente, in distonia con la *ratio* e l'oggetto dell'originario decreto legge, conteneva norme a carattere sostanziale, «del tutto svincolate da finalità di recupero del tossicodipendente, ma piuttosto orientate a finalità di prevenzione di pericoli per la sicurezza pubblica»: le quali, «pur contenute in un'unica disposizione», avevano «una portata sistematica e [coinvolgevano] istituti di estrema delicatezza, quali sono quelli delle misure di prevenzione atipiche e delle reazioni sanzionatorie alla loro violazione». Ciò che denotava, a giudizio della Corte, la palese estraneità delle disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge, in violazione, ancora una volta, dell'art. 77, secondo comma, Cost.

In tal modo, anche le speciali misure di cui all'art. 75-bis, indicate da molti Autori, accanto all'equiparazione *quoad poenam* delle condotte aventi ad oggetto le diverse sostanze, come l'autentica 'chiave di lettura' dell'intero intento (contro)riformistico del 2006, sono state – ancora una volta per il riscontro di vizi 'meramente' procedurali – rimosse dal nostro ordinamento.

### 3. Droghe 'pesanti' e droghe 'leggere'. Il trattamento sanzionatorio tra evidenze scientifiche e opzioni politico-criminali.

La caducazione del sistema tabellare introdotto dalla legge n. 49/2006 e il conseguente ritorno alla partizione vigente prima della riforma hanno dispiegato effetti in almeno due direzioni<sup>50</sup>: anzitutto, come si è visto, è riemersa la divaricazione sanzionatoria tra fattispecie aventi ad oggetto cd.

---

<sup>50</sup> Come rilevato da E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. pp. 54-55.

droghe leggere e fattispecie aventi ad oggetto cd. droghe pesanti, circostanza che ha da subito costretto i giudici ordinari ad una non agevole selezione della disciplina da applicare ai fatti verificatisi tra la conversione del decreto legge, il 21 febbraio 2006, e la pubblicazione della sentenza n. 32/2014<sup>51</sup>; in secondo luogo, la declaratoria di incostituzionalità ha posto nel nulla tutte le modifiche apportate alle tabelle (*id est*, al catalogo delle sostanze stupefacenti allegato al Testo Unico) dall'entrata in vigore della cd. legge Fini-Giovanardi in poi, conseguenza inevitabile, questa, della già menzionata natura 'legale' della nozione di stupefacente, nel senso che – come ribadito a più riprese dalla Cassazione<sup>52</sup> - «sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione solo le sostanze indicate nelle tabelle allegate al T.U. sugli stupefacenti», mentre essa non trova applicazione «ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge».

Si è così determinata la neutralizzazione di quella che era sicuramente la più incisiva delle tante innovazioni normative apportate dalla l. n. 49/2006, in quanto gravida di conseguenze significative sia sotto il profilo sanzionatorio sia sotto quello ideologico e culturale, costituita dalla diversa classificazione delle droghe, della quale vale forse la pena fare qualche breve cenno, per evidenziarne l'istanza 'politica' di fondo e per dare poi conto delle successive evoluzioni normative.

Con l'entrata in vigore della legge cd. Fini-Giovanardi, difatti, tutte le sostanze stupefacenti e psicotrope, nonché i principi attivi che non hanno alcun impiego terapeutico, erano stati raggruppati in un'unica tabella (tabella I), mentre in una seconda tabella (tabella II, suddivisa in cinque differenti sezioni, numerate dalla A alla E) erano contenuti i medicinali e i prodotti farmaceutici

---

<sup>51</sup> Per una prima ed efficace panoramica delle situazioni prospettabili, in particolare per i fatti di lieve entità, cfr. Cass. sez. III, sent. 3 luglio 2014, n. 28548, in *Guida dir.* 2014, 36, p. 89; per un'analisi più approfondita dei problemi di 'diritto intertemporale' e degli effetti che la sentenza della Corte costituzionale ha avuto sui procedimenti in corso e sulle condanne passate in giudicato, cfr. *infra*, § 7.

<sup>52</sup> *Ex aliis*, cfr. Cass., sez. IV, sent. 14 luglio 2011, n. 27771. Nello stesso senso, in precedenza, Cass., sez. I, sent. 17 maggio 2007, n. 19056, Barbieri, in *Guida dir.* 2007, n. 22, pp. 47 ss., con nota adesiva di G. AMATO, *Decisione in linea con il principio tabellare che necessita di aggiornamenti tempestivi*, *ivi*, pp. 49 ss., a tenore della quale «nel caso di vegetali contenenti "naturalmente" un principio attivo già inserito in una delle tabelle, può parlarsi di un loro inserimento negli elenchi predisposti solo quando anche tali vegetali – foglie, semi, eccetera – siano distintamente compresi in tali elenchi»; su queste basi tale pronuncia ha escluso che la vendita di *semi di rosa hawaiana* potesse integrare il reato di spaccio *ex art. 73*, evidenziando come gli stessi semi – pur contenenti il principio attivo dell'acido lisergico, inserito nella tabella I delle sostanze stupefacenti – non fossero allo stato inclusi a loro volta nelle tabelle.

potenzialmente in grado di indurre fenomeni di dipendenza nel soggetto che ne facesse uso<sup>53</sup>.

Da una parte, quindi, veniva confermato il sistema tabellare di identificazione e classificazione delle sostanze – *id est*, una nozione strettamente ‘legale’ degli stupefacenti, come detto – e, dall’altra, alle precedenti sei tabelle previste nel testo originario del d.p.r. n. 309/1990 veniva sostituita una partizione segnata da due tabelle soltanto, il *discrimen* fra le quali (con conseguenze rilevanti *quoad poenam*, come vedremo) essendo costituito non (più) dalla differente pericolosità della sostanza illecitamente detenuta, bensì dalla dignità ‘terapeutica’ riconosciuta o meno alla stessa<sup>54</sup>.

L’art. 13 T.U.Stup., come modificato dalla riforma in discorso, nel disciplinare il sistema di classificazione, prevedeva poi che il completamento e l’aggiornamento delle tabelle avvenisse mediante decreto del Ministero della Salute, sentiti il Consiglio superiore di Sanità e la Presidenza del consiglio dei Ministri – Dipartimento Nazionale per le politiche antidroga, alla luce di quanto previsto dagli accordi e convenzioni internazionali ovvero di nuove acquisizioni scientifiche<sup>55</sup>.

All’art. 14 T.U.Stup. venivano invece stabiliti nuovi criteri per la formazione delle tabelle, ossia il supporto tecnico-scientifico per identificare e classificare le molecole stupefacenti.

In realtà, come si notò in dottrina, i riferimenti per la identificazione delle diverse tipologie di sostanze (per lo meno di quelle contenute nella tabella I) erano di varia natura e, spesso, vaghi, ricorrendosi a volte all’origine botanica, altre volte alle strutture chimiche, altre volte ancora agli effetti sull’uomo; tanto da aver fatto dubitare della loro legittimità sotto il profilo del rispetto della riserva di legge (art. 25, 2° comma Cost.), laddove le indicazioni apparivano eccessivamente indeterminate, non identificando le sostanze ma solo i generici

---

<sup>53</sup> Si vedano, in proposito, i contributi di G. AMATO, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 73 ss.; G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5398 ss.; V. MANES, (sub) *art. 4-bis d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 326 ss.; R. FROLDI, *Problematiche tossicologico-forensi*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 179 ss.

<sup>54</sup> Come rilevato da G. FROLDI, *Problematiche tossicologico-forensi*, cit., p. 183.

<sup>55</sup> Per l’aggiornamento delle tabelle, peraltro, il Ministero della Salute, a differenza di quanto previsto dal precedente Testo Unico, non doveva più agire di concerto con il Ministero della Giustizia, né si rendeva più necessario il parere dell’Istituto Superiore di Sanità.

effetti<sup>56</sup>. Tra l'altro si offriva, come detto, la possibilità di inserire in tabella con semplice atto dell'esecutivo (pur sulla base di nuove acquisizioni scientifiche) qualsiasi sostanza o pianta, anche se la categoria di appartenenza non fosse specificamente prevista dal testo di legge.

Una ulteriore novità apportata dalla l. n. 49/2006 consisteva nel dato per cui gli elenchi delle sostanze stupefacenti e psicotrope inclusi nelle due tabelle erano stati direttamente allegati al T.U.Stup. aggiornato.

Fino alla riforma del 2006, come si è detto nel capitolo che precede, le sostanze soggette a controllo erano state ripartite in sei tabelle, approvate con D.M. 23 agosto 1977 e, successivamente, più volte modificate e integrate<sup>57</sup>.

Nelle tabelle I e III erano state ricomprese le droghe cd. pesanti, cioè quelle in grado di produrre effetti sul sistema nervoso centrale e di determinare dipendenza fisica o psichica nell'assuntore; nelle tabelle II e IV erano elencate, invece, le droghe cd. leggere, per le quali i pericoli di induzione di dipendenza fisica e psichica sono assai scarsi, e in ogni caso di intensità e gravità minori; nelle tabelle V e VI, infine, erano stati inseriti dei prodotti usati con finalità terapeutica, i quali, per il fatto di contenere talune delle sostanze di cui alle precedenti tabelle, potevano dare luogo al pericolo di abuso e alla possibilità di dipendenza e che, comunque, si ritenne opportuno sottoporre a controllo da parte dell'autorità (tra questi, gli ansiolitici, gli antidepressivi e gli psicostimolanti).

A partire dall'introduzione della riforma del 2006, invece, con l'inclusione di tutte le sostanze vietate che non trovassero alcun impiego terapeutico – e che, quindi, non potessero essere prescritte – in un'unica tabella (in cui, per intenderci, erano collocati indifferentemente l'oppio, le foglie di coca, la *cannabis indica* e le anfetamine), scompariva la differenziazione tra droghe

---

<sup>56</sup> V. MANES, *art. 4-bis d.l. 30.12.2005 n. 272*, cit., p. 328, dubita della valenza di mera specificazione 'tecnica' delle tabelle ministeriali, generalmente prese a modello – nella manualistica come nelle trattazioni più specifiche – di eterointegrazione compatibile con la riserva di legge.

<sup>57</sup> Sul sistema classificatorio antecedente alla riforma del 2006, si vedano E. FORTUNA, *Stupefacenti (diritto interno)*, cit., pp. 1189-1190 e A. GAMBERINI, *La repressione della produzione e del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, cit., pp. 67 ss. Per un utile raffronto tra i due sistemi, cfr. G. AMATO, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, cit., p. 73.

‘pesanti’ e droghe ‘leggere’, le quali, quindi, venivano del tutto parificate sotto il profilo sanzionatorio<sup>58</sup>.

Il testo originario dell’art. 73 T.U.Stup., infatti, prevedeva<sup>59</sup>, ai primi tre commi, tre ipotesi di reato aventi ad oggetto le sostanze stupefacenti e psicotrope elencate nelle tabelle I e III (droghe ‘pesanti’), mentre il comma 4 prevedeva tre ulteriori ipotesi di reato, richiamando le condotte descritte nei commi precedenti, ma indicando quale oggetto delle stesse le sostanze elencate nelle tabelle II e IV (droghe ‘leggere’): in pratica dette disposizioni descrivevano tre fattispecie diverse, ognuna delle quali si ‘sdoppiava’, a seconda che oggetto delle stesse fossero droghe pesanti o leggere (e prevedendo, in questo secondo caso, una cornice edittale di pena notevolmente inferiore)<sup>60</sup>.

Con la riforma del 2006, invece, a seguito della nuova classificazione, veniva prevista una medesima sanzione penale (la reclusione da sei a venti anni e la multa da euro 26.000 a euro 260.000) per le condotte di produzione, traffico e detenzione illeciti (art. 73, co. 1 e 1-bis lett. a T.U.Stup.) concernenti le più diverse droghe; dall’altro lato, veniva conservato un trattamento differenziato per le medesime condotte concernenti, però, sostanze cui veniva riconosciuta dignità terapeutica: le pene di cui al comma 1 erano infatti diminuite da un terzo alla metà qualora importazione, esportazione, acquisto e detenzione avessero ad oggetto «medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedano il quantitativo prescritto» (art. 73, co. 1-bis lett. b T.U.Stup.), ovvero si trattasse di produzione

---

<sup>58</sup> Peraltro, come rilevato da R. FROLDI, *Problematiche tossicologico-forensi*, cit., p. 181, per quanto riguardava le sostanze contenute nella tabella I, ancora una volta si era persa l’occasione per risolvere la problematica relativa alla cd. questione botanica della *cannabis*: nelle tabelle (come, del resto, nello stesso art. 14) si faceva infatti ancora riferimento alla «*cannabis indica*», una specie botanica in realtà inesistente, che non trova alcun supporto di carattere scientifico. Di fatto esiste una sola specie di pianta di canapa (*Cannabis sativa L.*) e la differenziazione tra la pianta da droga e quella da fibra è basata soltanto sulla diversa presenza del principio attivo stupefacente tetraidrocannabinolo (THC).

<sup>59</sup> Come si è detto *supra*, cap. II, § 5.

<sup>60</sup> Cfr. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5398-5399.

e traffico di medicinali, ricompresi nella tabella II (sezioni A, B e C)<sup>61</sup>, in assenza di autorizzazione (art. 73, co. 4 T.U.Stup.)<sup>62</sup>.

Tralasciando ora gli illeciti relativi ai medicinali e soffermandoci su quelli che avevano ad oggetto le sostanze di cui alla tabella I, non può non balzare agli occhi come sotto una medesima cornice edittale, dai margini amplissimi (abbassata nel minimo rispetto agli otto anni di reclusione previsti in origine per le droghe pesanti, ridotti con la Fini-Giovanardi a sei, che corrispondeva invece al massimo di pena precedentemente stabilito per le condotte aventi a oggetto le droghe leggere), si fosse inteso ricomprendere condotte connotate da un ben diverso disvalore, sol perché accomunate, come vedremo, dalla incompatibilità – legislativamente stabilita in astratto (art. 73, co. 1), ovvero giudizialmente accertata in concreto (art. 73, co. 1-*bis*) – con un uso «esclusivamente personale».

La stessa scelta “compensativa” di ridurre i minimi edittali rispetto all’originaria formulazione dell’art. 73, co. 1 – scelta che, come è evidente, privilegiava solo le condotte relative alle (ex) droghe ‘pesanti’<sup>63</sup> – era apparsa a taluno<sup>64</sup> indicativa della ‘cattiva coscienza’ del legislatore, consapevole della ridotta carica di offensività che le droghe ‘leggere’ in effetti presentano; divaricando ulteriormente il delta sanzionatorio, si concedeva poi un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità giudiziale, dando luogo ad incertezze applicative, nonché a decisioni arbitrarie, potenzialmente foriere di irragionevoli disparità di trattamento, in violazione del principio di uguaglianza *sub specie* ragionevolezza, di cui all’art 3, 1° comma Cost.

Le ragioni che il legislatore di tale (contro)riforma aveva addotto a giustificazione della parificazione di trattamento fra le diverse sostanze, peraltro, non erano apparse affatto convincenti, perché dotate di scarso rilievo

---

<sup>61</sup> Come si vede, i medicinali di cui alle restanti sezioni D ed E non rientravano invece nelle previsioni sanzionatorie, in ragione dei rischi minori di abuso e farmacodipendenza che essi presentano, per la loro composizione qualitativa e quantitativa e per le modalità del loro uso: cfr. su questo G. FROLDI, *Problematiche tossicologico-forensi*, cit., p. 182.

<sup>62</sup> A queste fattispecie, concernenti condotte originariamente illecite e/o non autorizzate (*rectius*, ‘clandestine’), si affiancano poi (tuttora, trattandosi di disposizione già presente nell’originario comma 2 dell’art. 73, peraltro recante un minimo edittale più elevato di quello introdotto con la riforma del 2006) violazioni concernenti condotte ‘a contesto lecito di base’, ossia commesse sul presupposto dell’autorizzazione amministrativa del Ministero della Salute (di cui all’art. 17), ma in violazione dei limiti ivi stabiliti.

<sup>63</sup> Cfr. G. AMATO, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, cit., p. 74.

<sup>64</sup> A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 840.

scientifico e, in quanto tali, furono messe seriamente in discussione dalla ampia letteratura in materia.

Non persuasiva sembrò, ad esempio, la tesi – sostenuta anche nella Relazione di accompagnamento al progetto di legge governativo<sup>65</sup> e tuttora portata avanti dai fautori della equiparazione sanzionatoria – secondo cui i cannabinoidi si sarebbero dovuti considerare quali “nuove droghe pesanti”, in quanto il principio attivo (THC) contenuto nei derivati della *cannabis* ormai in circolazione sarebbe sensibilmente aumentato: ad esempio, nella marijuana ora in commercio – rispetto a quella diffusa negli anni Sessanta/Settanta – si segnalerebbero dei picchi del 400% (secondo alcuni, il principio attivo sarebbe passato dal 2-3% al 16-18%, da cui, appunto, la definizione di “tesi del sedici per cento” con cui pure è conosciuta tale teoria)<sup>66</sup>, il che suggerirebbe di iscriverla fra le nuove droghe ‘pesanti’. Tuttavia tali dati non sembrano confortati dalle rilevazioni statistiche, che mediamente registrano un incremento minore di THC (con valori medi del 5-6%, e solo in rari casi dell’8-9%)<sup>67</sup> e, soprattutto, tanto variabile (a seconda della località di provenienza, del metodo di lavorazione, eccetera) e discontinuo da sfuggire a regole precise.

Come si è detto, poi, le droghe cd. pesanti ingenerano nel consumatore abituale effetti di progressiva tolleranza (nel senso che la stupefazione indotta dalla sostanza richiede la somministrazione in dosi sempre maggiori) e, soprattutto, di dipendenza (solo psichica, come per la cocaina, o insieme fisica e psichica, come avviene per l’eroina). Al contrario, come più volte ribadito dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, nonché dalla letteratura scientifica<sup>68</sup>, le droghe cd. leggere non determinano alcuno di questi effetti: tali

---

<sup>65</sup> Si veda la relazione di accompagnamento al ddl S.3716, consultabile in A.S. 3716, pp. 3 ss., in cui si sostiene che l’assimilazione tra droghe ‘pesanti’ e droghe ‘leggere’ fosse «dovuta all’esigenza di aderire alle più recenti ed accreditate conclusioni della scienza tossicologica secondo cui il principio attivo presente in alcune sostanze stupefacenti è incomparabilmente maggiore che in passato: ciò è stato apprezzato soprattutto con riguardo alla *cannabis*, rispetto alla quale, normalmente a motivo di diversificate modalità di coltivazione, il principio attivo (tetraidrocannabinolo o THC) è passato dallo 0,5/1,5 per cento che caratterizzava i derivati della *cannabis* negli anni ‘70/’80 a valori attuali pari al 20/25 per cento, con punte anche superiori».

<sup>66</sup> Descrivono, criticandola, tale tesi G. AMATO, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, cit., p. 74; V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 100-101; P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all’art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., p. 2102.

<sup>67</sup> Tali dati sono riportati da V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 22-23, in nota n. 12.

<sup>68</sup> E a noi ricordato da A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., pp. 837 ss.

sostanze provocano, infatti, una mera variazione (peraltro temporanea) del tracciato encefalogrammatico, inidonea a produrre alcun tipo di effetto patologico permanente sulle condizioni di salute psico-fisica dell'assuntore.

Anche a voler dare credito, quindi, ai dati statistici che avrebbero rivelato un aumento considerevole del principio attivo contenuto nei derivati della *cannabis* oggi disponibili sul mercato, il tipo di effetti provocato da tali droghe (e quindi la loro pericolosità per la salute individuale) resterebbe qualitativamente diverso, in quanto il tetraidrocannabinolo non potrebbe comunque incidere sul sistema nervoso centrale, perché privo della struttura chimica idonea a produrre tali effetti patologici.

Nemmeno appariva convincente la cd. teoria del 'pendio scivoloso' o delle 'droghe di passaggio'<sup>69</sup>, secondo la quale i consumatori di cannabinoidi sarebbero stati "naturalmente" destinati alla tossicodipendenza da droghe pesanti, in base ad un presunto effetto catalizzatore dell'assunzione dei primi, rispetto al passaggio alle seconde. In realtà, risultano allo stato indimostrate relazioni causali di tipo farmacologico, chimico, neurofisiologico o psicologico che avallino un tale automatismo<sup>70</sup>.

D'altronde, se è vero che la gran parte dei tossicodipendenti che usano sostanze pesanti hanno esordito con la 'canapa indiana', è altrettanto innegabile che non vale l'inverso, e cioè che non tutti i consumatori di cannabinoidi sono per ciò solo destinati alla tossicodipendenza<sup>71</sup>.

Ad un altro, ben diverso, 'pendio scivoloso' rischiava invece di condurre l'equiparazione sanzionatoria prevista dalla riforma del 2006, che, veicolando un messaggio di uguale dannosità sociale delle condotte relative a tutti i tipi di sostanze, finiva per essere foriera, paradossalmente, di potenziali effetti criminogeni, inducendo, da un lato, il consumatore di hashish, marijuana e loro

---

<sup>69</sup> Anch'esse oggetto di critica in V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, p. 101 e A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 839.

<sup>70</sup> Di diverso avviso sembrò essere, viceversa, la giurisprudenza di legittimità, che, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, reputò che la scelta favorevole all'assimilazione delle più diverse sostanze stupefacenti rientrasse nell'apprezzamento discrezionale del legislatore «basata sull'adesione ad una determinata opinione scientifica, cui ovviamente può opporsi, in modo legittimo, l'opinione opposta basata sulla non assimilabilità delle sostanze sotto il profilo della gravità degli effetti che queste sono in grado di determinare»: così, Cass. sez. VI, sent. 5 giugno 2008, n. 22643, in *Cass. pen.* 2009, 4, pp. 1664 ss., con nota di G. AMATO, *La "costituzionalità" della parificazione delle sostanze stupefacenti e gli effetti sull'apprezzamento del fatto di lieve entità*.

<sup>71</sup> Cfr., per un punto di vista esterno, G. BLUMIR, *Marijuana. Uno scandalo internazionale*, Torino 2002, pp. 27 ss. e 32 ss.

derivati a passare agli oppiacei e, dall'altro, il narcotraffico a spostarsi verso il mercato di tali droghe pesanti, in quanto più vantaggioso – ed ugualmente “rischioso” – di quello dei cannabinoidi<sup>72</sup>.

Ciò che apparve evidente a tutti, di fronte all'eterogeneità delle opinioni che quotidianamente si confrontano su questo campo, fu la natura squisitamente ideologico-culturale e di legittimazione politica dell'opzione prescelta dalla riforma in esame, che risultava ispirata ad una decisa “tolleranza zero” rispetto all'indifferenziato “universo delle droghe” ed alla diffusione di un'immagine del tossicodipendente (ma anche del semplice assuntore di stupefacenti) come pericolo per la società; un intento capace di imporsi sulla ragione scientifica e, del resto, esplicitato dallo stesso On. Giovanardi, secondo cui – come ebbe ad affermare all'epoca – «non c'è la droga leggera o pesante; c'è la droga...c'è una battaglia da combattere»<sup>73</sup>.

Si trattava di un messaggio, peraltro, smentito dagli stessi criteri adottati da quel medesimo legislatore, posto che anche gli esperti ministeriali, successivamente chiamati a comporre le tabelle in cui erano stabiliti i limiti di “quantità massima detenibile” (Qmd)<sup>74</sup>, ebbero opportunamente ad applicare alla “dose media singola” (intesa come «la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente e psicotropo») un “moltiplicatore variabile”<sup>75</sup> molto più

---

<sup>72</sup> Si veda, in tal senso, l'intervento dell'allora On. Giuliano Pisapia nella seduta del 1° febbraio 2006 delle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, in sede referente, in A.C. 6297, pp. 219-220.

<sup>73</sup> V. *supra*, § 1, nota n. 3. Cfr., in questo senso, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 262.

<sup>74</sup> Si tratta del fondamentale (v. *infra*, § 4.3) Decreto del Ministero della Salute 11 aprile 2006, pubblicato in GU n. 95 del 24 aprile 2006, recante «Indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale delle sostanze elencate nella tabella I del Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, ai sensi dell'art. 73, comma 1-bis», anch'esso poi travolto dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale che ha colpito le disposizioni su cui lo stesso si fondava, come ricorda E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. pp. 57 ss.

Per una descrizione analitica delle modalità di calcolo della Qmd, cfr. E. BERTOL, *Note di commento al testo aggiornato del d.p.r. n. 309/90 recante «Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»*, in *Riv. it. med. leg.* 2006, n. 3, pp. 511 ss. e 520 ss.

<sup>75</sup> Il moltiplicatore variabile, peraltro, non è apparso a molti criteri particolarmente felice, perché non intendeva richiamare soglie parametrate sul consumo “giornaliero” (ovvero, in ipotesi, “settimanale”), bensì la soglia di accumulo tollerato perché (ancora ritenuta) compatibile con un uso personale; cfr., sul punto, R. FROLDI, (sub) *art. 4-quinquies d.l.*

alto nei confronti delle (ex) droghe ‘leggere’ (20, per la *cannabis*, corrispondenti a quindici o venti “canne”), rispetto a quello utilizzato per altre sostanze ritenute più pericolose (come l’eroina, per la quale si scelse di utilizzare un moltiplicatore pari a 10, corrispondente a circa dieci dosi; o come cocaina, *ecstasy* ed anfetamine, per le quali si utilizzò un moltiplicatore uguale a 5, equivalenti a cinque dosi della prima e a cinque compresse delle seconde; ovvero come l’LSD, moltiplicatore 3, uguale a tre “francobolli”).

Resta da chiedersi alla tutela di quali beni giuridici fosse funzionale tale equiparazione di trattamento delle diverse sostanze. A più di un Autore<sup>76</sup> è sembrato che essa fosse strumentale ad una nuova ricognizione – e ad una nuova gerarchizzazione – degli interessi tutelati: le relative fattispecie apparivano vistosamente attratte in un’orbita plurioffensiva, dove il bene giuridico della ‘salute’ degli assuntori – bene di per sé capace di ancorare la meritevolezza di pena ad un nitido riferimento costituzionale (artt. 2 e 32 Cost.) – risultava quanto meno secondario o persino recessivo rispetto ad altre più immediate oggettività o mere *rationes* di tutela<sup>77</sup>.

Se, rispetto al bene ‘finale’ della salute, infatti, appare indubbia la differente dannosità di condotte che, pur costruite tutte sullo schema del ‘pericolo astratto’, ben diversamente a tale pericolo espongono la salute psico-fisica individuale, a seconda delle sostanze che hanno ad oggetto, va forse rintracciato altrove il comune denominatore che fosse asseritamente in grado di giustificare la loro parificazione.

Tra i vari interessi, emergeva con nettezza, tra le pieghe della riforma in discorso, l’‘ordine pubblico’, che, nelle sue indefinite potenzialità di realizzazione – e nelle sue persistenti ambiguità – ha fatto registrare un recente aggiornamento nel concetto di ‘sicurezza pubblica’<sup>78</sup> (un concetto che deve

---

30.12.2005 n. 272, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 365 ss. e p. 368, rilevando come, con il moltiplicatore variabile, «si è preferito azzerare la validità di un dato rigoroso (dose media singola efficace), moltiplicandolo per un fattore che non mostra evidenza scientifica specialmente se si guarda nell’ottica dell’uso esclusivamente personale».

<sup>76</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 254 ss.; A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 840; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 24 ss.

<sup>77</sup> Con riferimento ai beni giuridici “vaghi” e allo schema della plurioffensività, come precipue tecniche di aggiramento del principio di offensività, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 74 ss., 79 ss., 84 ss.

<sup>78</sup> Sul punto, in chiave critica, cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 246 ss. Sul concetto di ordine pubblico, si veda S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1990, pp. 1 ss., p. 5, che definisce l’ordine

indubbiamente la sua fortuna anche al forte ascendente mass-mediatico)<sup>79</sup>; ma non sembrava trascurare il legislatore della cd. Fini-Giovanardi persino istanze di tutela maggiormente eticizzate, come la ‘tranquillità’ e la ‘quiete pubblica’, la ‘serenità delle famiglie’, o persino l’‘educazione e il normale sviluppo delle giovani generazioni’, tutte peraltro apertamente confessate in sede politica.

Si tratta, evidentemente, di una concezione distante da una valorizzazione seria del principio di offensività, che aggira, di fatto, lo sforzo di rintracciare un plausibile fondamento costituzionale a base giustificativa dell’opzione penale, proiettando nel fuoco dell’offesa interessi incapaci di significative prestazioni selettive<sup>80</sup>.

Numerosi apparivano, dunque, i profili di illegittimità costituzionale della scelta di equiparare droghe ‘leggere’ e ‘pesanti’, alla luce di quanto esposto.

Nella prospettiva del giudizio di ragionevolezza (*ex art. 3, 1° comma Cost.*), considerato nella sua dimensione più consolidata e originaria della ragionevolezza-uguaglianza o ragionevolezza-proporzione, si valorizzò in dottrina un confronto di tali cornici edittali con *tertia comparationis* rinvenibili nel codice penale, mettendo a nudo il loro evidente contrasto con tale principio<sup>81</sup>.

Volendo assumere a punto di riferimento delitti che presentano una certa omogeneità di lesione coi beni personalistici, basti pensare, a titolo di esempio, che la pena detentiva minima prevista per lo spaccio di cannabinoidi (ma anche per una detenzione che venisse ritenuta incompatibile con un «uso esclusivamente personale») risultava il doppio di quella prevista per le lesioni personali gravi dolose (art. 583, co. 1 c.p.), eguagliando quella delle lesioni personali gravissime dolose (art. 583, co. 2 c.p.); risultando, poi, dodici volte più grave di quella prevista per l’omicidio colposo (art. 589 c.p.) e superiore anche a quella prevista per la violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.); e che il massimo superava quello previsto per l’omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) e quello previsto per il tentato omicidio volontario (art. 575 c.p., in

---

pubblico in senso ideale una sorta di «super-*ratio* di tutela del sistema penale», anzi che un oggetto di tutela.

<sup>79</sup> Al riguardo, cfr. le recenti riflessioni di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., pp. 521 ss.

<sup>80</sup> Così V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 105.

<sup>81</sup> Valorizzarono tale profilo di illegittimità costituzionale C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 254-255 e V. MANES, *art. 4-bis d.l. 30.12.2005, n. 272*, cit., pp. 332-333.

combinato con l'art. 56), risultando persino il doppio di quello comminato per la violenza sessuale (art. 609-*bis*).

Le asimmetrie si acutizzavano, poi, se si prendevano a parametro di raffronto i delitti contro l'ordine pubblico, dove non è dato rintracciare cornici edittali neppure lontanamente ragguagliabili.

D'altra parte, anche in ambito europeo, la più volte citata 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*», prevede, come detto – e come messo in luce anche da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, ma da quest'ultima mai vagliate sul punto<sup>82</sup> – che «per determinare il livello delle pene, si dovrebbe tener conto di elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti oggetto di traffico» (punto 5 dei Considerando). Poi, all'art. 4, comma 2, lett. b), la stessa richiede agli Stati membri di punire più severamente i reati che, tra l'altro, implicino «la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute».

Al di là dell'interpretazione che si intende dare, infatti, ai limiti edittali posti dalla decisione quadro – se essi, cioè, si limitino ancora una volta a fissare solo dei minimi di pena, relativi al massimo edittale (secondo il consolidato approccio cd. del *minimum maximum*), derogabili nel senso di un loro innalzamento, ovvero arrivino in questo caso a fissare delle soglie oltre le quali i legislatori nazionali non possono legittimamente spingersi – risulta evidente che il riscontro della violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., per contrasto con la richiamata decisione, di una scelta nel senso della parificazione *quoad poenam* dei due tipi di sostanze, dipenda dalla risposta che si ritenga di dover fornire all'interrogativo seguente: e cioè se i margini di manovra riconosciuti al

---

<sup>82</sup> *Ex aliis*, le già citate Corte d'Appello di Roma, sez. III, ord. 28 gennaio 2013, in *Dir. pen. cont.* 28 maggio 2013, con nota di L. ROMANO, *Art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: la parola alla Corte costituzionale*, e Tribunale di Milano, ufficio GIP, ord. 8 novembre 2013, in *Dir. pen. cont.* 14 gennaio 2014, con nota di G. CARBONE, *Una nuova questione di legittimità costituzionale sulla disciplina degli stupefacenti*. Viceversa, una precedente pronuncia della giurisprudenza di legittimità aveva sostenuto, reputando manifestamente infondata la dedotta illegittimità costituzionale del riformato art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 laddove parificava il trattamento penale per i vari tipi di droghe, per contrasto con la decisione quadro europea, che «in realtà non si desume alcuna specifica previsione di necessaria differenziazione di pena fra tipi di droghe in quanto il predetto art. 4 prevede un livello minimo di sanzioni per le droghe maggiormente dannose ma non impedisce che il medesimo trattamento venga riservato a qualsiasi sostanza catalogata come stupefacente»: cfr. Cass., sez. VI, sent. 29 aprile 2013, n. 18804, una posizione giudicata «di segno prettamente formalistico» da L. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 8.

legislatore nazionale siano tali da consentirgli addirittura di obliterare l'istanza di differenziazione di trattamento sanzionatorio ricavabile dalla normativa sovranazionale. Si tratta di una questione che mantiene vivo tutto il suo interesse, sol che si pensi che, se l'equiparazione sanzionatoria tra i due tipi di sostanze è stata elisa dall'intervento della Corte costituzionale in relazione all'ipotesi base di cui agli attuali commi 1 e 4 dell'art. 73 del Testo Unico, così non è stato, come vedremo di qui a breve, per la fattispecie (autonoma) di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5, che continua a prevedere un'unica cornice edittale di pena quale che sia la sostanza che ne è oggetto.

D'altronde, è sull'assunto di una dosimetria sanzionatoria che la fonte europea vorrebbe sagomata anche in considerazione della maggiore o minore dannosità dello stupefacente oggetto della condotta, che, in ambito domestico, autorevole dottrina<sup>83</sup> aveva evidenziato, sin dall'indomani dell'emanazione della nuova normativa antidroga italiana, la possibilità di assumere la decisione quadro in esame quantomeno come ulteriore parametro comparativo ai fini di un giudizio di ragionevolezza della vistosa eccedenza sanzionatoria che connotava le fattispecie concernenti le droghe leggere, se non addirittura come immediato referente positivo per una censura di illegittimità costituzionale *ex art. 117, co. 1, Cost.* Si sarebbe trattato, peraltro, di un referente normativo sicuramente significativo e idoneo a porsi come termine di comparazione utile, perché maggiormente slegato dalle contingenze politico-criminali e politiche *tout court* che talvolta assillano i legislatori nazionali.

Va quindi senza dubbio salutato con favore il risultato cui si è pervenuti a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014, la quale, dichiarando – sia pure per vizi attinenti al metodo di approvazione – l'illegittimità delle disposizioni della cd. Fini-Giovanardi che avevano (invalidamente) inciso su di essi, ha ripristinato, con effetto *ex tunc*, gli artt. 13, 14 e 73 del Testo Unico nella loro formulazione e portata precettiva originaria, facendo venir meno, quantomeno in relazione alle 'fattispecie-base', l'irragionevole equiparazione sanzionatoria delle condotte aventi ad oggetto i due diversi tipi di sostanze.

---

<sup>83</sup> In tal senso, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 258 ss.; ID., *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., pp. 128 ss.

Purtuttavia<sup>84</sup>, la nuova formulazione del quinto comma dell'art. 73 T.U. Stup., trasformata in fattispecie autonoma per effetto del d.l. n. 146/2013 e sopravvissuta alla scure della dichiarazione di incostituzionalità – in quanto, per espresso riconoscimento della Corte, essa doveva considerarsi priva di continuità con la precedente attenuante riformata nel 2006 (il rinvio operato alle fattispecie previste dai commi precedenti da parte del nuovo testo del comma 5 essendo da intendersi non recettizio) – continua a non distinguere tra i due tipi di stupefacenti e a riconnettervi, con un'evidente disarmonia, un'unica cornice sanzionatoria (ora, come visto, per effetto della l. 79/2014, della reclusione da sei mesi a quattro anni).

L'irragionevolezza della situazione 'di risulta' è evidente, laddove si pensi che i primi commi dell'art. 73 offrono un *tertium comparationis* interno allo stesso tessuto normativo in cui la previsione del 'fatto lieve' si trova inserita, registrandosi non solo l'equiparazione di fattispecie eterogenee attraverso un'unica tariffa punitiva, bensì anche l'assurdo accostamento a tale disciplina uniforme di un regime sanzionatorio differenziato rispetto a fattispecie più gravi ma ugualmente eterogenee tra loro.

Lo stesso richiamo ai poteri correttivi e alla savia ponderazione del singolo giudice<sup>85</sup> appare senz'altro fuorviante: la lieve entità del fatto può infatti dipendere, per espressa previsione di legge, non solo dalla qualità delle sostanze oggetto della condotta, ma anche dalla quantità di esse, ovvero dai mezzi, dalle modalità o dalle circostanze dell'azione, tutti fattori dei quali il giudice deve altresì tenere conto in sede di commisurazione della pena: talché non è affatto da escludere che questi valorizzi uno qualsiasi di questi altri profili per sospingere, anche in presenza di droghe cd. leggere, la pena verso

---

<sup>84</sup> Come messo in luce, tra gli altri, da A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, cit., pp. 83 ss., pp. 120 ss., nonché da A. M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, *ibidem*, pp. 153 ss.

<sup>85</sup> Pure evocata da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, tra le quali Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio 2014, n. 10514, la quale ha reputato legittima la scelta legislativa di «svalutare il rilievo della natura della sostanza stupefacente trattata a fronte di specifiche modalità del fatto criminoso tali da rilevarne la concreta ed obiettiva ridotta idoneità offensiva», garantendo la forbice edittale prevista dalla disposizione dei margini di flessibilità «tali da consegnare, nelle accorte mani del giudice di merito (*sic*), un largo spettro di soluzioni sanzionatorie, la cui ampiezza appare tale da consentirne, con un soddisfacente grado di duttilità, l'agevole adattamento al singolo episodio di vita». Critico verso tale conclusione A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, cit., pp. 123 ss.

l'alto. È evidente, invece, che unica vera garanzia di un'adeguata valorizzazione della diversa qualità delle sostanze, così come avviene ora (nuovamente) nei primi quattro commi dell'art. 73, idonea peraltro a scongiurare possibili disparità di trattamento, sia soltanto una distinzione già in astratto, sul piano della comminatoria legislativa.

Cionondimeno, recentemente, la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la legittimità di tale soluzione normativa<sup>86</sup> alla stregua del principio di uguaglianza *sub specie* ragionevolezza 'estrinseca' (in relazione alle fattispecie-base) ed omogeneità 'intrinseca' (per il «diverso spessore dell'interesse tutelato»), nonché del finalismo rieducativo della pena (sotto il profilo della mancata efficacia rieducativa di una pena irragionevole e sproporzionata) ed, infine, altresì per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in relazione ai parametri edittali fissati dalla succitata decisione quadro europea, ha, con sentenza 11 febbraio 2016, n. 23<sup>87</sup>, dichiarato inammissibile la questione sollevata, in quanto il sollecitato intervento additivo in materia penale, in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, avrebbe interferito nella sfera di politica sanzionatoria riservata al legislatore e, pertanto, avrebbe violato il principio di separazione dei poteri.

Peraltro, quanto al profilo della prospettata "irragionevolezza estrinseca", la Corte ha aggiunto – del tutto apoditticamente e, a parere di chi scrive, incomprensibilmente – che la stessa circostanza che l'art. 73, comma 5, alla luce delle recenti modifiche legislative, costituisca ora una fattispecie autonoma di reato e non più un'ipotesi circostanziale, farebbe venir meno «l'esigenza di mantenere una simmetria sanzionatoria tra fatti di lieve entità e quelli non lievi».

D'altro canto, secondo i giudici delle leggi, lo stesso dubbio di "ragionevolezza intrinseca" apparirebbe superato «a fronte di disposizioni che

---

<sup>86</sup> Dal Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria, con ord. 5 febbraio 2015, in *Dir. pen. cont.* 29 giugno 2015, con nota di L. ROMANO, *Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti*. In precedenza, su un'analoga ordinanza del Tribunale di Nola (8 maggio 2014), in *Dir. pen. cont.* 3 ottobre 2014, con nota di L. ROMANO, *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di 'spaccio' di lieve entità*, la Corte costituzionale, con ord. n. 53/2015, aveva disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente perché valutasse la perdurante rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, tenuto conto della novella legislativa (l. 79/2014) nel frattempo intervenuta a mitigare la pena edittale.

<sup>87</sup> Cfr. Corte cost., sent. 13 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 23, in *Dir. pen. cont.* 7 marzo 2016, con nota di C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*.

– come quella in giudizio – lasciano al giudice un margine di valutazione sufficientemente ampio da permettergli di graduare proporzionalmente la pena anche in ragione della natura della sostanza».

Quanto al mancato rispetto, quale parametro interposto, della fonte comunitaria summenzionata, la Corte ha affermato invece che essa, «lungi dal determinare precisi intervalli di pena per le diverse ipotesi di reato in tema di stupefacenti, si limita ad esigere che il legislatore nazionale fissi i massimi edittali al di sopra di determinate soglie minime, derogabili solo *in pejus*, secondo il cosiddetto “principio del minimo del massimo”», aggiungendo che «nessuna indicazione può, dunque, evincersi dalla disposizione europea richiamata, ai fini della differenziazione [...] del trattamento sanzionatorio dei fatti di lieve entità, in base al tipo di sostanza implicata».

Al di là della – forse inevitabile – conclusione nel senso dell’inammissibilità della questione, in assenza di una soluzione ‘a rime obbligate’, non potendo in effetti fungere i compassi edittali differenziati degli illeciti di non lieve entità da validi *tertia comparationis*, gli *obiter* enunciati dalla Corte e sopra richiamati non convincono affatto, in ragione di tutto quanto detto in precedenza, e non valgono a rendere meno auspicabile ed urgente un intervento del legislatore che rimetta mano alla materia, nel senso di una maggiore ragionevolezza e proporzionalità, nonché di un più rigoroso rispetto del principio di legalità *sub specie* determinatezza.

Invero, l’unica valenza senz’altro favorevole di un’eventuale scelta di parificare il trattamento per droghe ‘pesanti’ e droghe ‘leggere’, e della conseguente emersione di un medesimo bene giuridico, potrebbe registrarsi sul terreno del concorso di reati<sup>88</sup>, risultando in un contesto di tal tipo non più giustificabile l’orientamento consolidato incline a ravvisare, nel caso di attività di spaccio avente ad oggetto sostanze di specie diverse, due autonome ipotesi di reato, avvinte dalla continuazione, «trattandosi di distinte azioni tipiche a diversa oggettività giuridica, con differente trattamento sanzionatorio, non alternative tra loro né inquadrabili in un rapporto di assorbimento tra un *maius* e un *minus*»<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Come rilevava, sotto il vigore della Fini-Giovanardi fra gli altri, G. AMATO, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, cit., p. 74.

<sup>89</sup> Così, ad esempio, Cass., sez VI, sent. 16 aprile 2003, n. 35637, Poppi, in *Cass. pen.* 2004, pp. 1034 ss.

In effetti, sotto il vigore della riforma del 2006, alcune decisioni di merito avevano preso atto della diversa soluzione prospettabile in seguito alla scelta di parificazione delle sostanze, rilevando come «non [potesse] più ritenersi che le condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti di specie diverse [integrassero] distinte ed autonome ipotesi di reato», posto che «il nuovo testo dell'art. 73 d.p.r. 309/1990 disciplina[va] unitariamente (anche quanto al trattamento sanzionatorio) le condotte aventi ad oggetto le varie droghe, all'interno della medesima disposizione, palesando inequivocabilmente che una condotta avente ad oggetto droghe diverse offende omogeneamente (pur se più intensamente) i beni protetti». Conseguentemente, doveva considerarsi «azione unica» la detenzione per finalità illecite posta in essere (pur avendo ad oggetto droghe diverse) in un medesimo contesto spazio-temporale<sup>90</sup>.

In seguito alla caducazione delle disposizioni introdotte nel 2006 ed al ripristino delle precedenti tabelle (con relative cornici sanzionatorie), tuttavia, la giurisprudenza è tornata ben presto a sposare il suo orientamento tradizionale, affermando che le condotte delittuose aventi ad oggetto sostanze stupefacenti di diversa natura ('leggere' e 'pesanti'), alla luce della sentenza n. 32/2014, non possono più essere considerate come unitarie, risultando viceversa applicabile la disciplina del reato continuato<sup>91</sup>.

In relazione alle droghe cd. pesanti ed al trattamento sanzionatorio dalle stesse ricevuto in seguito alla pronuncia del Giudice delle leggi, poi – che ha ripristinato la pena della reclusione da 8 a 20 anni, prevista dall'originario Testo Unico, in luogo della più ampia cornice (da 6 a 20 anni) introdotta indifferentemente per tutti i tipi di sostanza dalla Fini-Giovanardi – si registrano due recentissime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale da parte di alcuni giudici di merito<sup>92</sup>, con le quali sono stati sollevati dubbi di legittimità dell'art. 73, comma primo, d.p.r. n. 309/1990, nella parte in cui

---

<sup>90</sup> In questi termini, Trib. Napoli, sent. 27 marzo 2006, inedita. La riporta V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 29-30.

<sup>91</sup> In questo senso, ad esempio, da subito, Corte d'Appello di Venezia, sent. 14 aprile 2014, Pres. Perdibon, Est. Miazzi. Analogamente, dà per scontata la pluralità di reati la nota sent. delle SS. UU. 28 maggio 2015, n. 22471 sul trattamento sanzionatorio del reato continuato per fatti aventi ad oggetto droghe sia pesanti che leggere.

<sup>92</sup> Si tratta delle già citate Trib. Ferrara, ord. 18 novembre 2015; Trib. Rovereto, ord. 9 marzo 2016, tutte in *Dir. pen. cont.* 24 marzo 2017, con nota di C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? Tre questioni all'esame della consulta*, il quale individua, opportunamente, nella pena di quattro anni di reclusione – *id est* il massimo editale di pena per i fatti di lieve entità – non tanto un *tertium comparationis*, bensì l'unico riferimento normativo in grado di garantire una soluzione 'a rime obbligate'.

prevede il minimo edittale di pena pari a otto anni di reclusione ed € 25.822 di multa per i fatti, di non lieve entità, aventi ad oggetto droghe pesanti. Detta disposizione sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., rilevandosi che il trattamento sanzionatorio attualmente previsto da tale norma risulta irragionevole e non fondato su validi presupposti in termini di disvalore del fatto, dal momento che ad un disvalore solo leggermente maggiore rispetto a quello di un fatto astrattamente inquadrabile nella fattispecie di lieve entità, di cui all'art. 73 c. 5 del Testo Unico, corrisponde una pena almeno doppia rispetto a quella irrogabile nel caso di fatto lieve. La pena sancita dalla cornice edittale di cui all'art. 73, comma 1, T.U. Stup., in quanto sproporzionata rispetto alla gravità del reato che è destinata a sanzionare, risulterebbe inoltre violare l'art. 27, comma 3 Cost., nella parte in cui impone che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato.

Ancora più recentemente, la stessa giurisprudenza di legittimità<sup>93</sup> ha avanzato un analogo dubbio di costituzionalità della medesima disposizione, come 'reintrodotta' con la sentenza 32/2014, in relazione al minimo edittale di pena, ma per sospetto contrasto innanzitutto con l'art. 25 comma 2 Cost., *sub specie* di principio di riserva di legge, giacché il limite inferiore dell'intervallo edittale risulta pari a otto anni di reclusione «a seguito di una declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale generale dal contenuto favorevole»: è infatti indubbio che, con riferimento alle condotte aventi ad oggetto droghe cd. pesanti, la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale abbia spiegato effetti *in malam partem*, quanto al limite minimo della cornice edittale, molto probabilmente ben oltre gli 'autolimiti' che lo stesso Giudice delle leggi, in coerenza con l'art. 25, comma 2 Cost., si è sempre posto in relazione ad un sindacato di tal tipo, limitato ad uno scrutinio delle norme penali cd. di favore e delle ipotesi di eccesso o difetto di delega legislativa, venendo con ciò a configurarsi una lesione della discrezionalità del legislatore e una violazione del principio di separazione dei poteri. Nella prospettiva sostenuta dalla ordinanza della Corte di cassazione, dunque, «il principio di riserva di legge fissato nell'art. 25, comma secondo [...] deve essere affermato in tutta la sua pienezza, o comunque prevalere sul vizio procedurale costituzionalmente rilevante, allorché si tratti dell'esercizio della funzione legislativa da parte del

---

<sup>93</sup> Cass., sez. VI, ord. 12 gennaio 2017, n. 1418, *ibidem*.

Parlamento, cioè dell'organo investito secondo Costituzione del potere di introdurre le norme penali nel sistema giuridico».

Quanto, infine, alle vicende relative al cd. sistema tabellare, a seguito della pronuncia della n. 32/2014 – in parte, invero, già ripercorse *supra*, al § 1 – la stessa Corte costituzionale, come detto, ha stabilito che la legge n. 49/2006 dovesse essere considerata come mai entrata in vigore: talché le disposizioni in essa contenute, gli atti da essa “dipendenti” e ogni provvedimento modificativo o integrativo sono rimasti, perciò, *ab origine*, travolti.

Com'è evidente, il problema più delicato ha riguardato il regime delle condotte aventi ad oggetto sostanze che, al momento dell'entrata in vigore della cd. Fini-Giovanardi, non erano ancora state inserite nelle apposite tabelle e, dunque, non potevano essere tecnicamente considerate “stupefacenti o psicotrope”, conformemente alla nozione ‘legale’ delle stesse vigente, come anticipato, nel nostro ordinamento: in relazione alle stesse, stante il vero e proprio rapporto di presupposizione esistente tra le previsioni caducate e i decreti di completamento delle tabelle (tanto più a seguito dell'allegazione delle stesse al corpo del Testo Unico, operato con la stessa l. 49/2006), si deve ritenere certamente verificato un fenomeno di *abolitio*, per sopravvenuta inesistenza (giuridica) dell'oggetto materiale<sup>94</sup>. È appena il caso di precisare che tale ‘detabellizzazione’ spieghi i suoi effetti anche in relazione ai procedimenti definiti con sentenza di condanna irrevocabile, con possibilità per il condannato di chiedere la revoca della stessa.

Ma gli effetti caducatori della sentenza della Corte hanno riguardato altresì il Decreto del Ministero della salute 11 aprile 2006, è a dire l'atto secondario contenente i limiti soglia di QMD emanato proprio sulla base della legge dichiarata costituzionalmente illegittima (e, più precisamente, dell'art. 73, comma 1-*bis* del Testo Unico).

Per queste ragioni, il governo intervenne con un decreto legge (d.l. n. 36/2014) a prevedere, tra le altre cose, che gli atti amministrativi adottati ai sensi del T.U. Stup. sino alla pubblicazione della sentenza n. 32/2014 “continuassero” a produrre effetti. Ciò nel dichiarato intento di «assicurare la continuità della sottoposizione al controllo del Ministero della Salute delle

---

<sup>94</sup> In questi termini, E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. p. 56.

[sostanze aggiunte dopo l'entrata in vigore della legge n. 49/2006] e il rispetto delle convenzioni internazionali in base alle quali erano state aggiornate le relative tabelle», come enunciato nel Preambolo del decreto stesso. Tuttavia, la volontà governativa di 'sanare' l'invalidità degli atti travolti dalla sentenza della Corte non può non fare i conti col divieto di applicazione retroattiva delle fattispecie incriminatrici, non derogabile – *ça va sans dire* – nemmeno allorché uno o più degli elementi tipici delle stesse siano 'integrati' col ricorso a norme extrapenali, quali sono da considerare i decreti contenenti le tabelle.

Né appare convincente la tesi, pure sostenuta in dottrina<sup>95</sup>, secondo cui la norma governativa in esame mirava a derogare o comunque rimodulare l'efficacia temporale della pronuncia n. 32/2014, sul presupposto che l'incidenza delle sentenze costituzionali di accoglimento anche sui rapporti giuridici esauriti, in materia penale, troverebbe fondamento in due fonti di rango primario (art. 30, comma 4, legge 11 marzo 1953, n. 87 e art. 673 c.p.p.), per cui non sarebbe stato da escludere che il legislatore, con atto di pari livello, operando un bilanciamento tra collidenti interessi di rilevanza costituzionale, avesse inteso porre a questa regola un limite 'eccezionale', in modo da «evitare una frattura tra il “prima” e il “dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 riguardo agli effetti degli atti amministrativi adottati ai sensi del testo unico stupefacenti». Tale argomentazione non convince, infatti, in ragione non solo del fatto che il testo dichiarato incostituzionale – sul quale si sarebbero fondati l'approvazione e l'aggiornamento delle tabelle – non è in realtà mai validamente entrato in vigore, come ha sostenuto la stessa Corte; ma altresì per il valore “tendenzialmente assoluto” che al principio di retroattività *in mitius* è ormai riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, talché le pur possibili deroghe dovrebbero trovare, per essere ragionevoli, giustificazione in un contrapposto interesse di superiore rilievo costituzionale. Ebbene, nel caso di specie, rispetto al *favor libertatis* da riconoscere ai soggetti (incostituzionalmente) condannati, qualunque oggettività giuridica – dalla 'salute pubblica', non certo spendibile in chiave postuma per giustificare il mantenimento di condanne pronunciate in forza di un'incriminazione invalida, alla 'esigenza di certezza giuridica', invocabile qui *contra reum* per

---

<sup>95</sup> M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all'origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, cit., pp. 1153 ss.

soverchiare e non per garantire la libertà personale – non possa che risultare recessiva<sup>96</sup>.

Più opportunamente, quindi, nella legge di conversione del decreto, la n. 79/2014<sup>97</sup>, tra le altre modifiche in merito<sup>98</sup>, ha ritenuto di sostituire il termine “riprendono” a quello precedentemente utilizzato – “continuano” – in relazione alla produzione di effetti degli atti amministrativi adottati nel vigore della Fini-Giovanardi, a voler fugare ogni dubbio circa la non retroattività dell’intervento normativo in questione. V’è appena da aggiungere che, tra gli atti amministrativi in discorso, rientra senz’altro anche il decreto che fissa i quantitativi massimi detenibili, il quale, proprio con l’introduzione del comma 1-bis nel corpo dell’art. 75 T.U.Stup., trova ora una nuova base normativa.

Da ultimo, a fugare ogni dubbio circa la portata non retroattiva della (re)introduzione delle tabelle – e relativi aggiornamenti – in esame, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, che, con sentenza n. 29316/2015, De Costanzo<sup>99</sup>, hanno risolutamente escluso la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall’entrata in vigore della riforma del 2006 e fino all’entrata in vigore del decreto legge n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all’entrata in vigore del d.p.r. 309/1990 nel testo novellato dalla richiamata legge n. 49/2006, ostando irrimediabilmente all’applicabilità di qualunque soluzione alternativa il disposto dell’art. 25, comma 2 Cost.

---

<sup>96</sup> In questo senso, E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. pp. 62 ss.

<sup>97</sup> Su cui v. L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e “sviste”*, cit.

<sup>98</sup> Tra cui v’è da menzionare la soppressione nella vigente tabella II della qualificazione della *cannabis* come “*indica*”, con lo scopo di risolvere, finalmente, la summenzionata cd. questione botanica della *cannabis* e che, in ogni caso, non autorizzerebbe a formulare giudizi in ordine ad una conseguente estensione dell’area di rilevanza penale anche a condotte aventi ad oggetto “*cannabis* diversa dall’*indica*”, posto che si è sempre ritenuto pacificamente che tale locuzione sia stata in passato utilizzata in senso ‘elementare’, per indicare la pianta di *cannabis* contenente sostanza psicoattiva.

<sup>99</sup> Cfr. Cass. S.U., sent. 9 luglio 2015, n. 29316, De Costanzo, in *Dir. pen. cont.* 1 agosto 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Le sezioni unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*.

4. *Le fattispecie penali. Condotte di rilevanza penale 'intrinseca' e condotte penalmente rilevanti se destinate ad un uso non (esclusivamente?) personale.*

Sin dalla sua entrata in vigore, nel 1990, il Testo Unico ha sempre previsto, come si è detto nel capitolo precedente, la rilevanza penale *ex se* di alcune condotte, a prescindere dalla loro proiezione finalistica, in quanto ritenute 'oggettivamente' ed 'intrinsecamente' caratterizzate dalla finalità di uso non esclusivamente personale; la dimostrazione di quest'ultima, diviene invece il *discrimen*, tanto più a seguito dell'abrogazione, col *referendum* del 1993, del criterio della dose media giornaliera, tra la rilevanza penale e la rilevanza meramente amministrativa di un'altra serie, più ristretta, di condotte, ritenute dal legislatore compatibili con la destinazione all'autoconsumo personale del loro autore.

Nella sua formulazione originaria, antecedente alle modifiche intervenute con la cd. legge Fini-Giovanardi, l'art. 73 del Testo Unico, al comma 1, elencava una serie di ben ventidue condotte, configuranti il delitto di 'produzione e traffico illecito', cui erano poi riconnesse sanzioni diversificate (commi 1 e 4) a seconda della collocazione della sostanza, rispettivamente, nelle tabelle I e III, ovvero nelle tabelle II e IV. Con tale articolo si sanciva, quindi, la punibilità delle condotte di coltivazione, produzione, fabbricazione, impiego, commercio all'ingrosso, distribuzione, importazione, esportazione, passaggio in transito, estrazione, raffinazione, vendita, offerta o messa in vendita, cessione ricevimento a qualsiasi titolo, commercio, acquisto, trasporto, procacciamento ad altri, invio, spedizione in transito, consegna per qualunque scopo, detenzione comunque illecita.

Il successivo art. 75, poi, 'ritagliava' all'interno del suddetto elenco un novero di condotte (di importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo e detenzione) alle quali, se destinate ad un 'uso personale', assegnava una rilevanza sul piano meramente amministrativo, riconnettendovi le relative sanzioni (anch'esse differenziate a seconda della qualità della sostanza che ne fosse oggetto) e sancendone, viceversa, l'irrilevanza penale.

Con l'introduzione della riforma del 2006, il novellato art. 73 distingueva invece, in due differenti commi (co. 1 e 1-bis, lett. a), le condotte aventi ad

oggetto le sostanze stupefacenti o psicotrope contenute nella tabella I (comprendente tutti i tipi di sostanze comunque illecite) prevista dall'art. 14<sup>100</sup>.

Al comma 1, si prevedeva quindi una serie di diciassette condotte per le quali non erano richiamati criteri per la dimostrazione della destinazione a terzi, essendo ritenute – per così dire – *ex se* incompatibili con un uso esclusivamente personale (o in ogni caso, come la coltivazione, ritenute comunque offensive rispetto ad oggettività giuridiche superindividuali, tali che la loro destinazione all'autoconsumo del loro autore non valeva – e non vale, tuttora – a scriminarle)<sup>101</sup>.

Dall'originario comma 1 erano state 'scorporate' le attività di ricevere, acquistare, esportare, importare, detenere, che venivano così tipizzate nel comma 1-*bis*: quest'ultimo estendeva, alla lett. a), la comminatoria edittale di cui al comma 1 a tali condotte, ritenute di per sé compatibili con un uso esclusivamente personale, ma che, sulla base di una serie di indici probatori controvertibili (sulla cui natura e valenza probatoria la dottrina e la giurisprudenza si erano, invero, divise)<sup>102</sup>, peraltro ora tipizzati dal legislatore, apparissero – in concreto – al giudice destinate, almeno in parte, a terzi.

Tale destinazione a terzi si poneva, ancora una volta, del tutto analogamente a quanto avveniva nel sistema *ante* riforma (e tuttavia con una diversa formulazione normativa, che pure diede luogo, come vedremo, a non pochi problemi interpretativi) quale discriminare, per tali attività, fra l'illiceità penale (art. 73, co. 1-*bis*, lett.a) e l'illiceità meramente amministrativa (l'art. 75, co. 1 essendo, appunto, costruito, nel testo riformato, 'in negativo' rispetto alla formulazione del co. 1-*bis* in questione).

L'art. 73, co. 1-*bis*, lett. a) sanzionava, dunque, con la pena prevista all'art. 73, co. 1, la condotta di chi «importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene sostanze psicotrope che, per quantità, in particolare se superiori ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del consiglio dei Ministri – Dipartimento nazionale per le politiche antidroga,

---

<sup>100</sup> Si veda, in proposito, G. AMATO, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 75 ss.

<sup>101</sup> Per una analitica descrizione dei tratti caratteristici e distintivi di ciascuna condotta, si vedano G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5402 ss. e P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., pp. 2101-2102.

<sup>102</sup> V. *infra*, § 4.3.

ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per le altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale».

A seguito della declaratoria di illegittimità dell'art. 4-*bis* d.l. 272/2005, con sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014, l'art. 73 T.U. Stup. tornava, come detto più volte, a rivivere nella sua primigenia formulazione. Ad essere travolta, per quanto qui d'interesse, non fu solo la tipizzazione degli indici – di matrice giurisprudenziale e quindi, dopotutto, consolidati nelle prassi interpretative – di destinazione della sostanza a terzi, di cui al comma 1-*bis* del novellato art. 73; ma altresì qualsiasi esplicitazione della finalizzazione dell'uso personale delle sostanze oggetto della condotta di detenzione (e quelle assimilate) quale *discrimen* per una rilevanza meramente amministrativa delle stesse, a causa di un 'difetto di coordinamento', nella normativa di risulta, tra l'art. 73, 'risorto' nella sua versione originaria, e l'art. 75, 'rimasto in vita' così come novellato e, quindi, formulato in negativo ("fuori delle ipotesi di cui all'art. 73, comma 1-*bis*") rispetto ad una norma non più (o meglio, mai entrata validamente) in vigore.

Al riguardo, qualcuno è persino giunto a sospettare che tra i *side-effects* della pronuncia potesse esserci anche la messa in discussione della non punibilità del consumo personale<sup>103</sup>. Per vero, come è stato argutamente osservato, la difficoltà evidente di ulteriormente distinguere tra condotte di detenzione finalizzate allo 'spaccio' e condotte di detenzione votate al consumo personale avrebbe ben potuto incoraggiare anche ipotesi ricostruttive alternative, come quella, diametralmente opposta, della liceità *tout court* di

---

<sup>103</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta*, cit.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Avellino, 26 marzo 2014, ufficio G.U.P., in *Dir. pen. cont.* 20 maggio 2014, in cui è dato leggere che «la caducazione del comma 1-*bis* dell'art. 73, al quale fa espresso riferimento l'art. 75, sembrerebbe aver determinato una caducazione 'a cascata' di quest'ultima norma; invero, nel solco del compito affidato dalla Corte Costituzionale al giudice comune [...], va evidenziato che l'art. 75, nella formulazione introdotta dalla L. 49/2006, non fa riferimento alla destinazione ad uso personale – alla quale, invece, faceva riferimento il caducato comma 1-*bis* dell'art. 73 –, limitandosi a sanzionare amministrativamente le condotte poste in essere "fuori delle ipotesi di cui all'art. 73, comma 1-*bis*". Ebbene, la caducazione 'a cascata' dell'art. 75 comma 1 deriverebbe dalla sopravvenuta mancanza di oggetto, contenendo la norma un rinvio a disposizione caducata; tuttavia, l'effetto indiretto di una tale caducazione 'a cascata' sarebbe quello di determinare l'estensione delle incriminazioni previste dall'art. 73 comma 1 – venute meno le limitazioni di cui al comma 1-*bis* (che nella formulazione post L. 49/2006 delimitava la destinazione al consumo personale), e non essendo vigente l'art. 75 nella versione precedente alla L. 49/2006 (che delimitava, nel precedente sistema, la fattispecie dell'uso personale) –, che attrarrebbero nel perimetro di tipicità anche le condotte finalizzate ad uso meramente personale delle sostanze».

tutte le condotte di detenzione (e assimilate) di sostanze stupefacenti<sup>104</sup>, sol che si pensi che lo stesso art. 73, comma 1, nella sua ripristinata versione originaria, simmetricamente, fa richiamo a sua volta – in negativo – all’art. 75, per cui avrebbe visto pregiudicata anch’esso la propria portata precettiva e, dunque, la propria valenza incriminatrice una volta venuta meno la possibilità di individuare le ipotesi di cui all’art. 75 e, per differenza, quelle rientranti nel proprio perimetro applicativo.

In quel contesto di vicendevoles e ‘cieco’ rinvio tra gli artt. 73 e 75 del Testo Unico si è quindi inserita la legge n. 79/2014, di conversione del d.l. n. 32/2014, la quale ha opportunamente ripristinato la formulazione originaria del primo comma dell’art. 75 – che ora contiene nuovamente un autonomo richiamo alla finalità di uso personale al fine di connettere sanzioni (meramente) amministrative alle condotte detentive (e assimilate) – oltre ad avere, come vedremo, reinserto (non senza qualche ambiguità espressiva) gli indici di destinazione ad uso ‘esclusivamente’ personale della sostanza nel corpo dell’art. 75, al comma 1-*bis*.

#### *4.1. (segue) Trasporto e coltivazione. Aspetti problematici.*

Nei plurimi interventi legislativi intervenuti in materia di stupefacenti sin dall’entrata in vigore del d.p.r. 309/1990, di cui si è dato ampiamente atto nel corso della trattazione, il legislatore, a volte sollecitato dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, pur nell’ambito di un orientamento di fondo costante, di tipo proibizionista, ha spesso mutato indirizzi e orientamenti politico-criminali su alcuni snodi, a volte cruciali, della disciplina *de qua*.

Cionondimeno, se c’è una scelta che è sembrata assolutamente granitica nel corso degli anni ed impermeabile ad ogni ‘passaggio di fase’ e a qualsiasi *restyling* del travagliato Testo Unico, è stata la mancata inclusione, tra le attività compatibili con la destinazione ad uso esclusivamente personale – e di cui va, quindi, dimostrata in concreto la finalità di “spaccio” –, delle condotte

---

<sup>104</sup> Per un riferimento a tale suggestione, cfr. V. MANES-L. ROMANO, *L’incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all’interprete il compito di ricomporre le macerie*, cit., pp. 363 ss.

di ‘trasporto’ e ‘coltivazione’<sup>105</sup>, e, viceversa, il loro inserimento fra quelle *ex se* penalmente rilevanti.

Si tratta, tuttavia, in entrambi i casi di condotte per le quali una presunzione assoluta di destinazione allo spaccio appare irragionevole, per cui da più parti<sup>106</sup> si è prospettata nel tempo l’illegittimità di una tale, rigorosa disciplina, sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto ad attività ad esse assimilabili, come l’importazione, l’esportazione o la stessa detenzione, in violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), nonché sotto il profilo del contrasto col principio di offensività.

Quanto al trasporto, si tratta di una condotta che ben può inserirsi tra acquisto o ricezione e successivo consumo personale, connotandosi come detenzione, per così dire, ‘dinamica’.

E di tale evenienza il legislatore è tanto consapevole da avere previsto, nell’ambito dell’illecito amministrativo (relativo, fra l’altro, alla detenzione per uso esclusivamente personale) il ritiro della patente di guida ove, «al momento dell’accertamento, l’interessato abbia la diretta e immediata disponibilità di veicoli a motore» (art. 75, co. 3 T.U.Stup.): a dimostrazione che ben si può detenere trasportando, e trasportare detenendo<sup>107</sup>.

Sul piano del rapporto tra norme, la detenzione (nella forma del trasporto su veicoli a motore nella propria diretta disponibilità) può considerarsi speciale, e dunque prevalente, *ex art. 9 l. n. 689/1981*, sulla più generale norma penale che punisce il trasporto. Il problema, tuttavia, resta aperto in tutti gli altri casi, ove il trasporto, strumentale al consumo personale, avvenga con mezzi diversi dai

---

<sup>105</sup> In relazione a quest’ultima, anzi, tale scelta ha trovato una recente rilegittimazione in una pronuncia del Giudice delle leggi, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 75 d.p.r. 309/90 nella parte in cui non annovera la coltivazione per uso personale tra le condotte passibili di mera sanzione amministrativa: cfr. Corte Costituzionale, sent. 20 maggio 2016, n. 109, in *Dir. pen. cont.* 30 maggio 2016, con nota di L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale* (rectius: *la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa*).

<sup>106</sup> Cfr., fra gli altri, all’indomani dell’introduzione della legge Fini-Giovanardi, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 241 ss.; V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 117; ID., *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, “uso di gruppo”, “fatto di lieve entità”, recidiva*, nota a Trib. Rovereto, sent. 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.* 2007, n. 7/8, pp. 3035 ss.; G. AMATO, *Coltivazione di sostanze stupefacenti: è possibile una soluzione «alternativa» a quella «di rigore» adottata dalle sezioni unite?*, commento a Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *Foro it.* 2008, XII, pp. 620 ss. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d’insieme alla nuova normativa*, cit., pp. 9-10, ritengono che l’inserimento di trasporto e coltivazione fra le condotte sempre penalmente rilevanti costituisca un “residuo” di lavorazione di una tecnica legislativa compulsiva e logorroica.

<sup>107</sup> Cfr. V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., p. 48.

veicoli a motore, o comunque con veicoli che non rientrano nella disponibilità del detentore dello stupefacente.

Al riguardo, l'unico criterio utile sembra quello votato a limitare la configurabilità della condotta di trasporto a quelle ipotesi in cui l'utilizzo di un mezzo (automobile, autoarticolato, eccetera) non sia occasionale, ma sia *necessitato* dal quantitativo della sostanza, da destinare evidentemente a terzi, e di considerare i restanti casi come mera detenzione<sup>108</sup>.

Diversamente, se il trasporto fosse sempre penalmente rilevante, si indurrebbero paradossalmente coloro che si recano dagli spacciatori ad acquistare lo stupefacente per uso personale a consumarlo "tutto e subito" *in loco*, anziché a trasportarlo al proprio domicilio per una consumazione frazionata nel tempo, con evidente maggior pregiudizio per la loro salute<sup>109</sup>.

Si ribadisce, poi, l'irragionevole disparità di trattamento, in particolare rispetto alle condotte di importazione e, persino, di esportazione (inserite, si ripete, nel co. 1-*bis* dell'art. 73), che del trasporto costituiscono sicuramente delle *species*, e che possono segnalare tutt'al più una pericolosità maggiore, mai minore rispetto ad esso.

Per quanto riguarda la condotta di coltivazione, la scelta del legislatore, reiterata nel tempo e senz'altro consapevole<sup>110</sup>, di attribuirle sempre una rilevanza penale, sembra smentire quell'orientamento giurisprudenziale,

---

<sup>108</sup> Questa sembra, peraltro, l'interpretazione adottata in una pronuncia intervenuta all'indomani dell'approvazione della riforma del 2006, laddove è stata ravvisata, nell'ipotesi concreta, la condotta di detenzione, anche se il soggetto, al momento dell'accertamento, si trovava alla guida di un autoveicolo (in particolare, di un *camper*), ossia in una situazione di possibile compresenza di entrambi i profili (trasporto e detenzione): cfr. Trib. Rovereto, sent. 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.* 2007, n. 7/8, pp. 3025 ss., con nota di V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti*, cit., pp. 3035 ss. Tale orientamento, peraltro, è stato poi confermato da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, tra cui Cass. sez. III, sent. 8 luglio 2013, n. 28919, in cui si è affermato che «qualora il soggetto detenga la droga per uso personale e contestualmente la porti con sé, il trasporto resta assorbito nella condotta di detenzione a fini individuali», con percorso argomentativo ritenuto «pienamente rispondente a logica ed oltretutto coerente con le stesse intenzioni del legislatore, che intende punire il trasporto in quanto tale solo se finalizzato ad una futura attività di cessione o di illecita detenzione a tali fini».

<sup>109</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 242.

<sup>110</sup> Così G. AMATO, *Così la coltivazione «casalinga» è sempre punibile*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, nel box a pp. 80-81; nello stesso senso, E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie nel sistema penale*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18504, pres. Zecca, rel. Serrao, in *Dir. pen. cont.* 12 dicembre 2014 e L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*.

minoritario e prevalentemente seguito da giudici di merito<sup>111</sup>, pur tuttavia assai convincente, che, all'indomani dell'entrata in vigore del d.p.r. 309/1990, aveva considerato applicabile anche in tale ipotesi il canone ermeneutico – di rango costituzionale – dell'offensività (o il suo antecedente dogmatico, l'art. 49 cpv.), per ritenere penalmente irrilevanti i casi di coltivazione cd. domestica di un esiguo numero di piante, specie allorquando si accertasse che la quantità di principio attivo nelle stesse contenute, pure idoneo ad esplicare effetti droganti, non fosse tuttavia particolarmente elevato<sup>112</sup>. Solo la cd. coltivazione in senso 'tecnico-agrario' o 'imprenditoriale', qualitativamente e quantitativamente diversa, sarebbe stata oggetto della previsione normativa che ne sanciva la punibilità *tout court*, in quanto ragionevolmente si poteva ritenere una sua destinazione al mercato, mentre la cd. coltivazione 'domestica' sarebbe stata perseguibile solo a livello amministrativo, rientrando nella più ampia condotta di "comunque detenere".

Viceversa, l'insistenza del legislatore nell'estromettere la coltivazione dal novero delle condotte di cui fosse necessario provare in concreto il fine di 'spaccio' sembra, piuttosto, aderire alla tesi maggioritaria, e fatta propria anche da una importante pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 360/1995)<sup>113</sup>, la quale, nel qualificare come arbitraria tale distinzione in effetti 'preterlegislativa' se non apertamente *contra legem*, aveva affermato che la condotta di coltivazione sarebbe intrinsecamente più grave rispetto a quella di mera detenzione, perché comunque in grado di aumentare il quantitativo di droga circolante, sì da meritare un trattamento sanzionatorio diverso e più

---

<sup>111</sup> Ma fatto proprio, ad es., da Cass. sez. VI, sent. 12 luglio 1994, n. 3353, Gabriele, in *Foro it.* 1995, II, pp. 663 ss., con nota adesiva di G. AMATO, che prospettò la distinzione – concettuale e nel conseguente trattamento sanzionatorio – tra la coltivazione «in senso tecnico-agrario», quale espressamente presa in considerazione e penalmente sanzionata dal d.p.r. 309/1990 (artt. 26-28 e 73), e l'attività di coltivazione «domestica»; questa, perseguibile solo a livello amministrativo, concernerebbe la messa a dimora da parte di un tossicodipendente «in vasi detenuti nella propria abitazione di alcune piantine di sostanze stupefacenti o psicotrope». L'altra ipotesi, penalmente rilevante, invece, veniva correlata alla disponibilità di un terreno e ad una serie di attività agrarie (preparazione del terreno, semina, governo dello sviluppo delle piante, ubicazione dei locali destinati alla custodia del prodotto, ecc.), come tali ritenute incompatibili con la destinazione all'uso personale del prodotto e dimostrative, invece, di una destinazione finale – anche solo parziale – al mercato. In tal senso, poi, tra le altre, Cass. sez. IV, sent. 6 giugno 2000, n. 3337, Fioroni, in *Cass. pen.* 2001, n. 10, pp. 2529 ss.; Trib. Roma, sez. IV, sent. 9 dicembre 2002, Morelli, in *Cass. pen.* 2003, n. 12, pp. 2809 ss., con nota adesiva di G. AMATO.

<sup>112</sup> Per una rassegna delle più importanti pronunce in tal senso, v. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5444 ss.

<sup>113</sup> Corte cost., sent. 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.* 1995, pp. 2668 ss. La sentenza è pubblicata anche in *Cass. pen.* 1995, pp. 2820, con nota di G. AMATO, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*.

grave. Secondo la Corte delle leggi, poi, nella coltivazione mancherebbe il «nesso di immediatezza con l'uso personale», nesso che caratterizzerebbe, invece, condotte come la detenzione, l'acquisto e l'importazione, antecedenti ultimi dell'assunzione, attorno alla quale vi sarebbe una sorta di «cintura protettiva» (per evitare l'assoggettabilità del consumo, di fatto, a sanzione penale), alla quale, a giudizio della Corte, la coltivazione sarebbe giustificatamente esterna. Inoltre, sostenne la Corte, nel caso della coltivazione, non si potrebbe apprezzare *ex ante* con sufficiente grado di certezza la quantità di prodotto ricavabile dal ciclo più o meno ampio di essa, non essendo conseguentemente possibili affidabili conclusioni circa la destinazione di quanto coltivato solo ad uso personale, piuttosto che allo spaccio<sup>114</sup>.

Tuttavia, la stessa sentenza n. 360/1995 – pur ribadendo la natura di pericolo presunto della fattispecie *de qua*, e la relativa legittimità – sottolineò comunque che spettava al giudice verificare se la specifica condotta di coltivazione oggetto della contestazione risultasse effettivamente e concretamente pericolosa, cioè idonea a ledere o porre in pericolo il bene tutelato: facendo leva sulla figura del reato impossibile (*ex art. 49 cpv. c.p.*) ovvero riconoscendo il difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio, si sarebbe quindi allineata la figura criminosa in questione al canone cd. di offensività 'in concreto', nel momento interpretativo e applicativo.

Ciò che la Corte si tenne ben lungi dal fare, tuttavia, fu di indicare all'interprete dei criteri più sicuri ed univoci per qualificare una determinata condotta di coltivazione come concretamente offensiva o meno: ciò che, a parere di chi scrive, non sarebbe stato affatto precluso al Giudice delle leggi e che, viceversa, rientra appieno tra le sue prerogative, soprattutto allorquando si trovi al cospetto di orientamenti tutt'altro che granitici, non in grado, dunque, di assurgere a 'diritto vivente'.

Parte della dottrina<sup>115</sup> ritenne così, anche all'indomani dell'introduzione della cd. Fini-Giovanardi (che persisteva nella scelta dell'incriminazione *tout*

---

<sup>114</sup> In questo senso, *ex pluribus*, Cass. sez. IV, sent. 16 gennaio 2002, n. 1583, De Novellis, in *Cass. pen.* 2003, n. 10, pp. 546 ss.; più di recente, Cass. sez. IV, sent. 15 novembre 2005, n. 150, Coco, in *Cass. pen.* 2006, n. 11, pp. 3767 ss., con osservazioni critiche di G. AMATO: in questa pronuncia la Corte ha ritenuto irrilevanti, ai fini dell'esclusione della rilevanza penale della condotta di coltivazione, tanto la destinazione ad uso personale della sostanza estraibile, quanto il grado di maturazione (si trattava di detenzione di semi) raggiunto dalla pianta.

<sup>115</sup> Cfr. G. AMATO, *Così la coltivazione «casalinga» è sempre punibile*, cit., p. 81; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 49 ss.; G. GIORGIO,

*court*), che fossero ancora spendibili gli argomenti che facevano capo al concetto di coltivazione ‘domestica’, per escludere la punibilità di chi coltivasse quanto meno un numero circoscritto di piante di sostanza, pur dotata di effetto drogante, non intendendo fare commercio della coltivazione o del suo risultato, ma volendo soddisfare un suo bisogno personale (consumo voluttuario o curativo, uso di studio, eccetera).

In questo senso si espressero anche alcune prime pronunce del giudice di legittimità<sup>116</sup>, che, attribuendo dignità alla richiamata nozione di coltivazione ‘domestica’, ritennero che essa ricadesse, pur dopo la novella del 2006, nel concetto, di genere e di chiusura, della detenzione, rispetto alla quale, quindi, occorreva verificare se, nella vicenda concreta, essa fosse destinata ad un uso esclusivamente personale del ricavato.

In particolare si sottolineava come tale nozione, lungi dal risolversi in un *vulnus* alla impostazione di rigore della normativa sanzionatoria, evitava il risultato irragionevole di punire sempre e comunque il modesto coltivatore in proprio di quantitativi irrisori, destinati a soddisfare il suo fabbisogno personale, anche in situazioni nelle quali pacifica sarebbe stata l’irrelevanza penale della condotta quando quel medesimo soggetto fosse stato – ‘esaurita’ l’attività di coltivazione – sorpreso a detenere il ricavato di tale attività<sup>117</sup>.

Si precisava, poi, che per aversi coltivazione ‘domestica’ non era certamente necessario che l’attività fosse svolta all’interno di un’abitazione o su un terrazzo limitrofo; nulla avrebbe potuto escludere, infatti, che la piantagione fosse effettuata in un giardino o in un terreno agricolo, essenziale essendo che si vertesse in ipotesi di piantagione oltremodo contenuta come dimensioni, tale da consentire il ricavato di quantitativi modesti di sostanza, perché si potesse

---

*La coltivazione di sostanze stupefacenti: sempre punibile?*, commento a Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *Foro it.* 2008, X, pp. 489 ss.

<sup>116</sup> Cfr. soprattutto Cass. sez. VI, sent. 18 gennaio 2007, n. 17983, Notaro, in *Cass. pen.* 2007, n. 11, pp. 4287 ss., con nota adesiva di G. AMATO, *Finalmente la “coltivazione domestica” è riconosciuta dalla Cassazione*, *ivi*, pp. 4302 ss., sentenza ‘capofila’ in tal senso, nella quale la Corte annullava senza rinvio la sentenza di condanna pronunciata in una vicenda in cui l’imputato aveva coltivato nel proprio fondo cinque piante di marijuana. L’indirizzo era stato poi confermato da Cass. sez. VI, sent. 11 ottobre 2007, n. 40362, Mantovani, in *Guida dir.* 2007, n. 45, pp. 107 ss., con nota di G. AMATO, *Va verificato che il fine ornamentale non nasconda un’attività di spaccio*, *ivi*, pp. 108 ss., con cui si rigettò il ricorso avverso la sentenza di assoluzione pronunciata nei confronti di un soggetto che era stato sorpreso a coltivare cinque piante di canapa indiana, una delle quali immersa in una vasca piena d’acqua, destinate, secondo l’assunto difensivo, ad adornare l’interno di vasetti di vetro che, riempiti di paraffina e muniti di stoppino, venivano messi in commercio come lumini.

<sup>117</sup> Cfr. G. AMATO, *Finalmente la “coltivazione domestica” è riconosciuta dalla Cassazione*, *cit.*, pp. 4304-4305.

accedere ad una valutazione positiva circa la destinazione ad uso esclusivamente personale.

Solo pochi mesi dopo, tuttavia, una successiva pronuncia<sup>118</sup> già determinò un primo *overruling*, ripristinando l'opposto principio, accolto nell'indirizzo prevalente, per il quale la condotta di coltivazione – senza possibili distinzioni a seconda della dimensione 'domestica' ovvero 'imprenditoriale' – sarebbe stata punibile in quanto conforme alla fattispecie, che configurava un reato di pericolo presunto (fondato sulla intrinseca «maggiore pericolosità ed offensività» della condotta), e che sarebbe risultata impermeabile ad argomentazioni sostanzialistiche volte a sancire l'irrelevanza penale dell'ipotesi concreta in ragione dell'esiguo numero di piante coltivato (ovvero del grado di tossicità delle stesse).

Invero, una conclusione così *tranchant* avrebbe dovuto quantomeno confrontarsi con quanto sostenuto dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 360/1995, che, pur nella ricordata prospettiva di rigore in cui si collocava, aveva lasciato uno spiraglio alla valutazione della concreta idoneità della condotta a ledere, o almeno a porre concretamente in pericolo, il bene della salute dei singoli<sup>119</sup>.

In questa vera e propria *querelle* giurisprudenziale, intervennero quindi le Sezioni Unite, con due coeve ed identiche decisioni (che costituiscono, allo stato, l'ultimo arresto delle stesse sul punto), con le quali esse sposarono la tesi meno conforme al principio di offensività<sup>120</sup>, sottolineando che (anche) dopo la novella del 2006 fosse «punibile ogni attività di coltivazione non autorizzata di piante da cui possano estrarsi sostanze stupefacenti», senza alcuna distinzione tra quella 'agraria' e quella 'domestica', nozione, quest'ultima, sulla cui arbitrarietà la Suprema Corte si espresse con nettezza<sup>121</sup>: infatti, si sostenne che la coltivazione di stupefacenti non a caso non fosse

---

<sup>118</sup> Cass. sez. IV, sent. 28 novembre 2007, n. 871, in *Guida dir.* 2008, n. 9, pp. 62 ss., con nota critica di G. AMATO.

<sup>119</sup> Si veda, in questo senso, V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., p. 51.

<sup>120</sup> Si tratta di Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28605, Valletta, in *Foro it.* 2008, X, pp. 489 ss., con nota di G. GIORGIO, *La coltivazione di sostanze stupefacenti: sempre punibile?*, e di Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28606, Di Salvia, in *Guida dir.* 2008, n. 31, pp. 86 ss., con nota di G. AMATO, *Va riequilibrata la risposta sanzionatoria onde evitare conseguenze irragionevoli*.

<sup>121</sup> Cfr. anche G. AMATO, *Coltivazione di sostanze stupefacenti: è possibile una soluzione «alternativa» a quella «di rigore» adottata dalle sezioni unite?*, cit., p. 621, secondo cui non poteva più farsi richiamo, dopo tale pronuncia, alla nozione di coltivazione 'domestica'.

compresa tra le varie ipotesi previste dal comma 1-*bis* dell'art. 73 T.U.Stup.; peraltro, solo la coltivazione «per scopi scientifici, sperimentali e didattici» era espressamente prevista dall'art. 27 T.U.Stup., e solo come autorizzabile a beneficio di specifici enti (istituti universitari, laboratori aventi fini istituzionali e di ricerca). Ancora, richiamando le affermazioni della sent. n. 360/1995 della Corte costituzionale, venne ribadita la (ritenuta) specifica pericolosità sociale della coltivazione, che – a differenza della detenzione – determina sempre un aumento della quantità di sostanza stupefacente circolante, anche se destinata, per la sua modesta entità, a soddisfare le esigenze di natura personale del coltivatore.

L'unico argomento utilizzabile per pervenire ad una esenzione da pena, secondo le Sezioni Unite, sarebbe stato ancora una volta quello fondato sull'art. 49 cpv. c.p.: l'inoffensività della condotta criminosa, la sua inidoneità a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, tuttavia, sarebbe stata configurabile soltanto allorché «la sostanza ricavabile dalla coltivazione non [fosse] idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile».

Si trattava senz'altro di una conclusione di estremo rigore, nella parte in cui escludeva la non punibilità, *ex art. 49 cpv. c.p.*, della coltivazione di modestissimi quantitativi di sostanza stupefacente, destinati a soddisfare (ragionevolmente ed esclusivamente) le esigenze di «auto-consumo» del coltivatore<sup>122</sup>.

Sulla base di un apprezzamento pieno del bene giuridico tutelato dalla norma, individuato nella salute individuale e pubblica, si sostenne così<sup>123</sup> che, anche nella (limitata) prospettiva, individuata dalla Suprema Corte, della valorizzazione del solo art. 49 cpv., fosse irragionevole considerare meritevole di sanzione penale la coltivazione avente ad oggetto quantitativi di sostanza che, pur non inidonei *tout court* a produrre effetto stupefacente, fossero tuttavia oggettivamente modesti e inequivocamente destinati all'uso personale del coltivatore.

---

<sup>122</sup> Si vedano, in tal senso, le penetranti osservazioni di G. GIORGIO, *La coltivazione di sostanze stupefacenti: sempre punibile?*, cit., pp. 492-493, il quale ritiene che, tra l'altro, sia opinabile sostenere *tout court* (come fa la sentenza delle Sezioni Unite, ripetendo pedissequamente le affermazioni di Corte cost., sent. n. 360/1995) che ancora oggi sia sempre impossibile determinare *ex ante* la potenzialità della sostanza drogante ricavabile dalla coltivazione, sì da non poter differenziare il trattamento sulla base del quantitativo di principio attivo estraibile.

<sup>123</sup> Cfr. G. AMATO, *Coltivazione di sostanze stupefacenti: è possibile una soluzione «alternativa» a quella «di rigore» adottata dalle sezioni unite?*, cit., pp. 621-622.

Anche il riferimento all'influenza dell'attività incriminata sul «mercato illecito della droga» non sembrò pertinente rispetto ad una condotta così minimale, sotto il profilo del quantitativo della sostanza stupefacente che ne costituissero l'oggetto, da non potersene far discendere alcuna incidenza realmente significativa.

Diversamente opinando, il trattamento sanzionatorio della coltivazione avrebbe meritato senza dubbio una censura di incostituzionalità, sia sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto a condotte ad essa assimilabili (detenzione, importazione, esportazione), sia sotto quello della manifesta irragionevolezza di una risposta penale inevitabile pur in presenza di una condotta concretamente inoffensiva dei beni tutelati<sup>124</sup>, e, quindi, quantomeno ai sensi dei principi desumibili dagli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3 e 27, co. 3 Cost.

È interessante notare, peraltro, come molte pronunce successive delle sezioni semplici della giurisprudenza di legittimità non si siano affatto allineate a questo *dictum* delle Sezioni Unite<sup>125</sup>, per cui, accanto a decisioni che hanno seguito a ritenere l'inoffensività della condotta soltanto in assenza della efficacia drogante della sostanza, ovvero hanno ritenuto sufficiente ai fini della punibilità della stessa la mera conformità della pianta coltivata al tipo botanico previsto dalle tabelle ministeriali e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente<sup>126</sup>, se ne segnalano almeno altrettante (peraltro coeve e spesso nell'ambito della medesima sezione) che, valorizzando maggiormente il principio di 'offensività in concreto' – per lo meno per come delineato dalla Consulta – hanno sostenuto, ad esempio, che «la condotta di coltivazione deve ritenersi

---

<sup>124</sup> È quanto auspica V. MANES, *art. 4-bis d.l. 30.12.2005 n. 272*, cit., pp. 342-343.

<sup>125</sup> Come osservato, tra gli altri, da E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie nel sistema penale*, cit., pp. 9 ss. ed E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit., pp. 75-76. Più recentemente, cfr. C. BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, nota a Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 49476; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2548; Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3037; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 5254, in *Dir. pen. cont.* 23 maggio 2016. Per un'ampia rassegna degli orientamenti sviluppati in materia dalla giurisprudenza di legittimità, si veda la relazione di orientamento a cura del Massimario della Cassazione (redatta da Matilde Brancaccio), rel. n. 36 del 7 giugno 2016, dal titolo *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante da stupefacenti*, consultabile su [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_Penale\\_c36\\_16.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Penale_c36_16.pdf).

<sup>126</sup> *Ex pluribus*, da ultimo, Cass. sez. IV, sent. 20 settembre 2013, n. 43184; Cass. sez. IV, sent. 5 aprile 2013, n. 29891; sent. sez. VI, sent. 9 gennaio 2014, n. 6753; Cass. sez. IV, sent. 27 ottobre 2015, n. 44136; Cass. sez. VI, sent. 22 gennaio 2016, n. 3037.

inoffensiva quando dimostri tale levità da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza. Ovvero, a fronte della realizzazione della condotta tipica, che è la coltivazione di una pianta conforme al 'tipo botanico' e che abbia, se matura, raggiunto la soglia di capacità drogante minima, il giudice potrà e dovrà valutare se la condotta stessa sia del tutto inidonea alla realizzazione dell'offensività in concreto. L'ambito di tale inoffensività è, ragionevolmente, quello del 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»<sup>127</sup>.

Secondo tale orientamento, dunque, la coltivazione sarebbe inoffensiva anche laddove sussistesse la capacità drogante della sostanza, ma questa fosse minima (nel caso in cui, ovviamente, la condotta fosse destinata a soddisfare le esigenze di autoconsumo del coltivatore); in ogni caso, si pone l'accento sulla necessità che, ai fini della punibilità, sussista comunque un'effettiva ed attuale capacità drogante del prodotto della coltivazione rilevabile nell'immediatezza, contestandosi la proiezione nel futuro della verifica di offensività sulla base di un giudizio prognostico di idoneità della coltivazione a giungere a maturazione, secondo il tipo botanico.

Nel frattempo, peraltro, era stata opportunamente sollevata di nuovo, da parte di una corte di merito<sup>128</sup> la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del Testo Unico, nella parte in cui esclude tra le condotte suscettibili di sola sanzione amministrativa, qualora finalizzate al solo uso personale dello stupefacente, la condotta di coltivazione di piante da *cannabis*, in relazione ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e offensività.

Purtuttavia, ancora una volta il Giudice delle leggi, con sent. n. 109/2016<sup>129</sup>, ribadendo il proprio precedente orientamento, ha sostenuto che, in relazione ai

---

<sup>127</sup> In questo senso, Cass. sez. IV, sent. 21 gennaio 2016, n. 2548 e Cass. sez. IV, sent. 9 febbraio 2016, n. 5254. Ma già in precedenza, v. *ex multis* Cass. sez. IV, sent. 28 giugno 2011, n. 351, con nota di M. PELAZZA, *Coltivazione domestica di canapa indiana: una pronuncia assolutoria della Cassazione dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Dir. pen. cont.* 18 ottobre 2011; Cass. sez. VI, sent. 30 luglio 2014, n. 33835.

<sup>128</sup> Corte d'Appello di Brescia, sez. I penale, ord. 10 marzo 2015, con nota di L. ROMANO, *Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.p.r. n. 309 del 1990, nella parte in cui non annovera la coltivazione finalizzata all'uso personale tra le condotte passibili di mera sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. cont.* 11 giugno 2015.

<sup>129</sup> Corte cost., sent. 9 marzo - 20 maggio 2016, n. 109, in *Dir. pen. cont.* 30 maggio 2016, con nota di L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della*

beni giuridici tutelati dalla disciplina che ne sancisce la punibilità – individuati nella salute pubblica, nella sicurezza e nell’ordine pubblico, nonché nella serenità ed il normale sviluppo delle giovani generazioni<sup>130</sup> - la condotta di coltivazione risulterebbe maggiormente pericolosa rispetto alle altre contemplate nel succitato art. 75, in quanto, sebbene logicamente compatibile anch’essa con la finalità di uso personale, essa sarebbe in grado di accrescere la quantità di stupefacente esistente e circolante, agevolandone così indirettamente la diffusione.

In proposito, osserva peraltro la Corte come, a differenza delle altre condotte ‘produttive’, la coltivazione non richiede neppure la disponibilità di ‘materie prime’ soggette a rigido controllo, ma normalmente solo dei semi e che, inoltre, la stessa presenta l’ulteriore peculiarità di dare luogo ad un processo produttivo in grado di ‘autoalimentarsi’ e di espandersi, potenzialmente senza alcun limite predefinito, tramite la riproduzione dei vegetali.

Tale attitudine ad innescare un meccanismo di creazione di nuove disponibilità di droga, quantitativamente non predeterminate, renderebbe a giudizio della Consulta non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la salute pubblica, oltre che per la sicurezza pubblica e per l’ordine pubblico, quantomeno in rapporto all’attentato ad essi recato «dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza».

La punibilità *tout court* della condotta in esame riceve quindi una nuova (ri)legittimazione, con argomentazioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle già utilizzate con la sentenza del 1995. La sentenza si chiude, peraltro, con il prevedibile e consueto richiamo al canone dell’offensività ‘in concreto’, che convoca il giudice, al momento di applicazione delle pertinenti disposizioni, a verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all’agente, risulti per avventura assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice, con conseguente esclusione della punibilità dell’imputato. Ancora una volta, tuttavia, la Corte si

---

*coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa), cit.*

<sup>130</sup> Per un vaglio critico di tali oggettività giuridiche, in relazione al concetto tradizionale di bene giuridico, cfr. *infra*, § 9.

esime dall'indicare all'interprete criteri univoci al fine di stabilire la sussistenza o meno di tale 'offensività', la quale, peraltro, nell'ottica plurioffensiva così dilatata enunciata dalla pronuncia, finisce per risultare poco più che una mera *petitio principii* incapace di reali prestazioni selettive.

In una prospettiva *de lege ferenda*, sarebbe auspicabile una riformulazione del precetto, che, allo stato, si presenta come un'anticipazione della soglia di punibilità eccessiva anche da un punto di vista intraneo all'ottica di rigore del legislatore, volta a valorizzare al massimo il modello del pericolo astratto, che si giustifica solo con l'estromissione, dal fuoco degli interessi, della salute individuale del consumatore (l'unico bene dotato di un solido ancoraggio costituzionale) e con l'emersione, in sua vece, di inafferrabili oggettività ultraindividuali e strumentali, assai distanti da una nozione classica – e costituzionalmente fondata – di bene giuridico; mentre il rinvio costante all'interprete e alla concezione 'sua propria' del bene giuridico, in assenza di indicazioni ulteriori, è destinata senz'altro a perpetuare le attuali disarmonie applicative, rendendo assai concreto il rischio di *breakfast sentencing*.

Nel senso di una diversa regolazione della materia, ad esempio, era stato, il 24 luglio 2009, presentato alla Camera dei deputati un progetto di legge di iniziativa parlamentare (prima firmataria l'On. Rita Bernardini) in materia di «depenalizzazione della coltivazione domestica di piante dalle quali possono essere estratte sostanze stupefacenti o psicotrope»<sup>131</sup>, volto all'inserimento della condotta di coltivazione nell'art. 73, co. 1-*bis*, sì da escluderne la punibilità (sanzionandola solo in via amministrativa) qualora essa abbia ad oggetto sostanze destinate «ad un uso esclusivamente personale». Più radicalmente, di recente, nell'ambito di una complessiva liceizzazione e regolamentazione delle condotte aventi ad oggetto le cd. droghe leggere, è stata presentata alla Camera una proposta di legge di iniziativa parlamentare<sup>132</sup> che, quanto alla condotta in questione, prevede all'art. 1 la possibilità di coltivare piante di *cannabis*, in forma personale o associata, nel limite di cinque, per uso personale – anche voluttuario – e senza necessità di previa autorizzazione, ma con la sola comunicazione all'Ufficio regionale dei monopoli di Stato territorialmente competente.

---

<sup>131</sup> Consultabile in A.C. 2641 della XVI legislatura, pp. 1 ss.

<sup>132</sup> Consultabile su <http://www.cannabislegale.org/wp-content/uploads/2015/08/proposta-di-legge-legalizzazione-cannabis-intergruppo.pdf>.

#### 4.2. (segue) Consumo di gruppo: uso «non esclusivamente personale»?

In parte sopite dalla caducazione dell'art. 73, comma 1-*bis* T.U. Stup., introdotto dalla legge cd. Fini-Giovanardi, in parte già ridimensionate da un autorevole intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, sono le preoccupazioni che la riforma del 2006 aveva destato in merito alla punibilità o meno dell'uso di gruppo di sostanze stupefacenti.

Di uso di gruppo si parla tecnicamente sia nel caso di cd. mandato ad acquistare, in cui l'acquirente, effettuato l'acquisto su mandato e con i mezzi economici degli appartenenti al gruppo, provveda poi all'immediata consegna dello stupefacente, sia nel caso del cd. uso collettivo, in cui la sostanza sia detenuta da uno degli appartenenti al gruppo per conto di tutti.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale, risalente ad una nota sentenza delle Sezioni Unite<sup>133</sup>, aveva ascritto all'ambito esclusivamente amministrativo la codetenzione per uso di gruppo, qualificata o meno dal mandato ad acquistare, escludendone quindi la rilevanza penale<sup>134</sup>.

Tuttavia, con la riforma del 2006, si era ricorso all'impiego, nella formulazione dell'art. 73, co. 1-*bis* lett. a) T.U. Stup., della locuzione «uso *non esclusivamente personale*», quale elemento costitutivo della fattispecie *de qua* e quale *discrimen*, quindi, tra l'illiceità penale e l'illiceità meramente amministrativa della condotta di detenzione (e assimilate).

In particolare, stante l'esplicito riferimento al carattere 'esclusivo' che doveva connotare l'uso personale delle sostanze, parve a taluno che il legislatore intendesse annettere all'area di rilevanza penale anche la cd. codetenzione per 'uso di gruppo'<sup>135</sup>. La locuzione, invero ambigua, utilizzata dalla novella, sembrava infatti voler smentire il precedente orientamento

---

<sup>133</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 28 maggio-18 luglio 1997, n. 4, Iacolare, in *Cass. pen.* 1998, n. 15, pp. 399 ss.

<sup>134</sup> Successivamente, tale orientamento era stato ribadito, *ex aliis*, da Cass. sez. IV, 5 maggio 2005, Rossi, in *Guida dir.* 2005, n. 40, pp. 78 ss., ma specificando rigorosi criteri di prova volti a limitare l'ipotesi di codetenzione non sanzionabile penalmente ai casi in cui l'acquirente fosse egli stesso assuntore e fosse certa sin dall'inizio l'identità dei componenti del gruppo che avevano dato il 'mandato all'acquisto', necessariamente esplicito e con relativa 'predisposizione dei mezzi finanziari occorrenti'.

<sup>135</sup> In tal senso, v. G. AMATO, *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, box p. 79; A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 833; G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5416 ss.; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 241; D. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, nota a Cass. sez. VI, sent. 5 aprile 2006, n. 15184, Cavanna, in *Cass. pen.* 2007, n. 5, pp. 2135 ss., 2138.

giurisprudenziale, come del resto apertamente riconosciuto anche in sede politica<sup>136</sup>.

Da ciò, l'affermarsi di un'interpretazione per cui a seguito della riforma avrebbe assunto «rilevanza qualsiasi detenzione destinata ad un uso promiscuo, ad un uso cioè che ammetta anche un sia pur parziale consumo ad opera di terzi»<sup>137</sup>, talché non poteva più farsi rientrare nell'ipotesi di consumo esclusivamente personale l'uso di gruppo, né nel caso in cui un gruppo di soggetti desse mandato ad uno di essi di acquistare dello stupefacente, né in quello in cui due o più soggetti acquistassero congiuntamente sostanza stupefacente destinata ad essere consumata collettivamente<sup>138</sup>.

Tale conclusione, sicuramente fedele alla lettera della legge, era apparsa tuttavia a taluno<sup>139</sup> di eccessivo rigore, sì che si era prospettato che ancora dopo la riforma si dovesse escludere la rilevanza penale, almeno nel caso in cui all'acquisto della sostanza seguisse l'immediata consegna ai vari componenti del gruppo, perché in questa ipotesi appariva ancora spendibile l'argomento sulla base del quale la giurisprudenza di legittimità riteneva di escludere il verificarsi di una cessione (o di una condotta di procurare ad altri), e cioè che, nell'ipotesi in esame, *ab origine* ci si sarebbe trovati di fronte ad un'ideale attribuzione a ciascun componente del gruppo della sostanza.

Del resto, una restrizione dell'area di esenzione penale non avrebbe potuto essere affidata ad un fragile ed equivoco dato di natura testuale e reputarsi scaturire, in definitiva, dall'inserzione di un avverbio prima assente, sicché i dubbi sollevati dalla modifica dell'espressione normativa si sarebbero dovuti fugare, in omaggio al principio di *favor rei*, considerando immutata la

---

<sup>136</sup> Si veda l'intervento dell'On. Pecorella nella seduta assembleare della Camera dei deputati n. 741 del 1° febbraio 2006, A.C. 6297, pp. 75-76.

<sup>137</sup> Così, una delle prime applicazioni giurisprudenziali post-riforma in cui, sia pure a livello di *obiter dictum*, si era presa posizione sul problema: Trib. Rovereto, sent. 5 dicembre 2006, cit., p. 3029, con commento di V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti*, cit., p. 3036, che ritenne ne risultasse irrigidita una trama repressiva già di estremo e a tratti irragionevole rigore, ma che la lettera della legge suggerisse in effetti proprio questa interpretazione.

<sup>138</sup> In questo senso, cfr. Cass. sez. IV, sent. 9 ottobre 2012, n. 4560; Cass. sez. III, sent. 20 aprile 2011, n. 35706, in *Dir. pen. cont.* 11 gennaio 2012, con nota critica di A.C. TOMBESI, *Sull'uso collettivo di sostanze stupefacenti: si consolida il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*; Cass. sez. III, sent. 13 gennaio 2011, n. 7971; Cass. sez. II, sent. 6 maggio 2009, n. 23574.

<sup>139</sup> Cfr. P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., p. 1207.

situazione pregressa e confermata, dunque, la soluzione della rilevanza solo amministrativa del consumo di gruppo già abbracciata dalle Sezioni Unite<sup>140</sup>.

A dirimere il contrasto interpretativo, sono quindi intervenute nel 2013 le Sezioni Unite<sup>141</sup>, prendendo posizione a favore della tesi della perdurante irrilevanza penale del consumo di gruppo,

In particolare, le Sezioni Unite hanno giudicato che l'aggiunta dell'avverbio «esclusivamente» non consentiva di ritenere superata la conclusione, consolidata nel diritto vivente all'epoca della novella, secondo cui l'uso di gruppo avrebbe integrato un'ipotesi di uso personale e ciò per il fatto che la modifica normativa non avrebbe scalfito i due assunti a sostegno della stessa, in virtù dei quali l'uso personale è configurabile allorché non vi sia cessione di stupefacente a terzi e una cessione a terzi, ancorché parziale, non sia ravvisabile nell'uso di gruppo. Né sarebbe valso ad irrobustire la scarsa pregnanza dell'argomento letterale il riferimento ai lavori parlamentari dai quali, secondo l'opposta opzione interpretativa, sarebbe emersa l'intenzione del legislatore storico di inasprire la reazione punitiva per le condotte di spaccio, ad essa al contempo assoggettando tutte quelle non direttamente ed immediatamente collegate con l'uso personale, tra cui l'acquisto e la detenzione per un uso di gruppo. Da un lato, infatti, sarebbe stato possibile avanzare dubbi circa l'univocità della predetta intenzione, vista la notevole ristrettezza della discussione parlamentare, e, dall'altro, si rilevava che tale presunta intenzione non avesse ricevuto adeguata e coerente traduzione normativa, stante la mitigazione della risposta punitiva riservata alle condotte aventi ad oggetto droghe *ex-pesanti*. Peraltro, la necessità di dover evincere la nuova incriminazione da un dato testuale così poco chiaro e da una volontà non univocamente esplicitata sarebbe stata indicativa di una fattispecie tipizzata in maniera non ossequiosa dei principi di tassatività e determinatezza, in contrasto con il divieto di analogia *in malam partem*.

Ciò posto, la Corte metteva poi in chiaro le condizioni in presenza delle quali fosse dato ravvisare un consumo collettivo, individuandole – ancora una volta in sintonia con i precedenti approdi giurisprudenziali – nel fatto che

---

<sup>140</sup> Così, Cass. sez. III, sent. 11 dicembre 2012, n. 224, Cass. sez. VI, sent. n. 27 febbraio 2012, n. 17396, Cass. sez. VI, sent. 12 gennaio 2012, n. 3513, Cass. sez. VI, sent. n. 27 aprile 2011, n. 21375, Cass. sez. VI, sent. 26 gennaio 2011, n. 8366.

<sup>141</sup> Cass. SS. UU., sent. 10 giugno 2013, n. 25401, in *Dir. pen. cont.* 23 giugno 2013, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sul consumo di gruppo di sostanze stupefacenti*.

l'acquirente fosse uno degli assuntori; che l'acquisto avvenisse sin dall'inizio per conto degli altri componenti il gruppo, al cui uso personale la sostanza era destinata; che fosse certa sin dall'inizio l'identità di tali altri soggetti i quali avessero per di più in un qualunque modo manifestato la volontà sia di procurarsi la sostanza per mezzo di uno dei compartecipi sia di concorrere ai mezzi finanziari occorrenti all'acquisto: talché non sarebbe dato parlare di uso di gruppo allorché il soggetto avesse ceduto per il consumo comune sostanza di cui egli era autonomamente in possesso per averla acquistata senza alcun mandato degli altri, ovvero laddove egli avesse acquistato su mandato di terzi ma senza essere a sua volta assuntore, ovvero ancora avesse ceduto parte della droga a soggetti estranei al gruppo di mandanti.

Da ultimo, v'è da registrare che, venuto meno, per effetto della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, il comma 1-*bis* dell'art. 73 e ripristinata, con legge n. 79/2014 (di conversione, con modifiche, del d.l. 36/2014), la precedente formulazione dell'art. 75 che individua nell'«uso personale», senza ulteriori specificazioni, la finalità al cui ricorrere è prevista la non punibilità – se non sul piano meramente amministrativo – della condotta di detenzione (e assimilate), il timore di una perdurante rilevanza penale dell'uso di gruppo sembrerebbero fugati. Tuttavia, inopinatamente, lo stesso legislatore della l. 79/2014, nell'introdurre (come vedremo) al comma 1-*bis* dell'art. 75 gli indici probatori funzionali all'accertamento di tale finalità, per ben due volte fa riferimento ad un «uso *esclusivamente* personale», con un'oscillazione linguistica che non sembra tuttavia significativa per l'interprete odierno (in ragione proprio del precedente arresto delle Sezioni Unite)<sup>142</sup>, ma che certamente sarebbe stato meglio evitare, onde scongiurare nuove 'fughe in avanti' della giurisprudenza.

---

<sup>142</sup> Cfr. in questo senso F. VIGANÒ, *Convertito il d.l. n. 146/2013 sull'emergenza carceri. Il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, cit. ed E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit., pp. 71-72.

4.3.(segue) Destinazione ad «uso non esclusivamente personale» e tipizzazione degli indici probatori dalla legge 49/2006 alla legge 79/2014.

Uno dei profili di maggiore interesse relativi alla riforma del 2006<sup>143</sup> fu sicuramente costituito dalla tipizzazione legislativa – introdotta dal novello comma 1-*bis* lett. a) dell’art. 73 T.U.Stup., relativamente alle attività considerate non *ex se* penalmente rilevanti – dei più importanti criteri indiziari di destinazione «ad uso non esclusivamente personale», che la giurisprudenza successiva al *referendum* del 1993 aveva utilizzato fino ad allora per affermare la rilevanza penale delle condotte di cui all’art. 73 T.U.Stup. nella sua formulazione originaria.

Infatti, com’è noto, a seguito del *referendum* del 18 e 19 aprile 1993, essendo venuto meno il criterio della ‘dose media giornaliera’ quale elemento costitutivo della fattispecie di illecita detenzione, il *discrimen* fra la illiceità penale e quella meramente amministrativa di tale condotta era dato dalla sussistenza o meno del fine di ‘spaccio’. Pertanto, la giurisprudenza formatasi su tale testo aveva elaborato una serie di indici probatori di tale destinazione<sup>144</sup>: in particolare, oltre che dal dato quantitativo, erano desunti elementi indiziari da circostanze soggettive e oggettive dell’azione: tra le prime, ad esempio, la “qualità soggettiva del detentore”, tossicodipendente o meno, il “giudizio di compatibilità tra le condizioni economiche dello stesso e la detenzione della droga”, l’assenza di attività lavorativa del detentore; tra le seconde, il frazionamento delle dosi e/o le “modalità di custodia” della droga, il ritrovamento di sostanze stupefacenti di diversa natura, o di notevoli quantitativi di sostanza da taglio, ovvero di “contabilità” attestante il commercio illecito.

Con la riforma del 2006, quindi, il neointrodotta comma 1-*bis* dell’art. 73 T.U.Stup., alla lett. a), sanciva la punibilità (con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da 26mila a 260mila euro) delle condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo, detenzione illecite di «sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore

---

<sup>143</sup> La «vera novità della riforma», secondo G. AMATO, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, cit., p. 75.

<sup>144</sup> Per una rassegna dei diversi indici di elaborazione giurisprudenziale, si vedano G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5415 ss.; E. MARESCA, *L’uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, cit., pp. 4 ss.

ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, emanato di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del consiglio dei ministri – Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, [apparissero] destinate ad un uso non esclusivamente personale».

La scelta della normativizzazione espressa di tali indici venne ritenuta, di per sé, condivisibile dalla dottrina<sup>145</sup>, trovando una precisa giustificazione nell'esigenza di stabilire sicuri punti di riferimento per una prassi che – nell'incertezza dei criteri alla volta utilizzati – aveva condotto ad una intollerabile disparità di trattamento tra orientamenti rigoristici e orientamenti, all'opposto, indulgenzialisti.

L'uso della locuzione «appaiono destinate», tuttavia, non era sembrato felice<sup>146</sup>, in quanto sarebbe chiaramente contrario al principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, 1° comma Cost.), oltre che a quelli di offensività e determinatezza, “punire l'apparenza” e non già una condotta effettivamente destinata ad un uso non esclusivamente personale. Sarebbe spettato quindi al giudice, ovviamente, accertare l'eventuale scarto tra ‘essere’ e ‘apparire’ e giudicare, come doveroso, conformemente alla realtà della destinazione dello stupefacente.

I soggetti destinatari delle indicazioni in questione erano ovviamente diversi: innanzi tutto, gli agenti di pubblica sicurezza, in fase di indagine, per orientare il primo inquadramento della condotta nel contesto dell'illecito penale ovvero dell'illecito amministrativo; poi, il pubblico ministero, per valutare la sussistenza di un quadro indiziario idoneo a supportare l'esercizio dell'azione penale (e/o l'eventuale convalida dell'arresto e la richiesta di misure cautelari) ovvero per richiedere l'archiviazione; infine, il giudice, per pronunciare la decisione finale sulla eventuale responsabilità penale dell'imputato<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Si vedano, in questo senso, G. AMATO, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, cit., p. 76; D. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, cit., p. 2136; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 34-35.

<sup>146</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 240-241; D. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, cit., p. 2138; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., p. 38.

<sup>147</sup> Cfr. G. AMATO, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, cit., pp. 76-77.

La questione più controversa relativamente alla norma di cui si discute era quella che concerneva l'inquadramento dogmatico degli indici, con particolare riferimento al dato 'quantitativo' del superamento delle soglie stabilite con decreto del Ministro della salute<sup>148</sup>; con conseguenze fondamentali in tema di dolo e, soprattutto, rispetto alla compatibilità di tale opzione normativa con i principi di riserva di legge, ragionevolezza, offensività e tutela del diritto di difesa.

Secondo un primo orientamento<sup>149</sup>, l'art. 73, co. 1-*bis* lett. a) avrebbe configurato una fattispecie suscettibile di realizzazione secondo modalità alternative: la detenzione di stupefacenti la cui destinazione a terzi potesse evincersi dalle modalità di presentazione della sostanza ovvero da altre circostanze dell'azione; e l'ipotesi di detenzione di sostanze stupefacenti contenenti una percentuale di principio attivo superiore alla quantità massima detenibile (Qmd) prevista nel decreto. Si sosteneva, quindi, che, mentre i primi due parametri avrebbero realizzato dei criteri probatori, rispetto ai quali l'imputato avrebbe avuto l'onere dell'allegazione contraria, il criterio quantitativo (il superamento della Qmd) avrebbe integrato un elemento costitutivo della fattispecie – *rectius*, una condizione obiettiva di punibilità intrinseca, concorrente in quanto tale a determinare il complessivo contenuto di disvalore del fatto –, con funzione costitutiva e non meramente indiziaria, del requisito della destinazione a fini non esclusivamente personali<sup>150</sup>, e che, conseguentemente, sarebbe dovuto essere imputabile quantomeno a titolo di colpa.

Da tale ricostruzione si faceva derivare l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, co. 1-*bis* T.U.Stup., per violazione del principio di riserva di legge (art. 25, 2° comma Cost.), nella misura in cui esso rimetteva all'Esecutivo la determinazione di un elemento costitutivo della fattispecie, e non già di un

---

<sup>148</sup> Si tratta del Decreto del Ministro della Salute 11 aprile 2006, cit., sul quale v. *supra*, § 3.

<sup>149</sup> Cfr. A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., pp. 832 e ss. e 839 ss.

<sup>150</sup> Si argomentò, fra l'altro, dalle dichiarazioni dell'On. Pecorella nella seduta del 1° febbraio 2006 delle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, in sede referente, in A.C. 6297, pp. 219 ss., nonché dall'opinione espressa dall'On. Mantovano, in seduta assembleare n. 744 del 3 febbraio 2006 alla Camera dei deputati, A.C. 6297, p. 34. Questi, in particolare, sostenne che «Se la quantità di principio attivo supera il limite indicato nelle tabelle che saranno varate dal Ministero della Salute, vi è oggettivamente un ingresso nell'area dell'illiceità penale. [...] Resta salva ogni valutazione sull'elemento psicologico del reato e, quindi, sulla piena consapevolezza di detenere sostanze superiori a quelle indicate nella tabella; ma questo è un discorso che vale per qualsiasi tipo di reato e per il suo elemento psicologico».

aspetto tecnico meramente integrativo del precetto penale. Peraltro, a differenza del previgente art. 73, che conteneva criteri specificamente determinati atti ad orientare e limitare le scelte dell'Esecutivo, nel nuovo art. 73, co. 1-*bis* sarebbe mancata quella 'sufficiente determinazione legislativa' atta a far ritenere l'eterointegrazione normativa di natura strettamente tecnica<sup>151</sup>.

Da altri<sup>152</sup> si era obiettato che, prima di approdare ad evidenti esiti di incostituzionalità, sulla base di opzioni dogmatiche non autorizzate dal dato normativo, occorre chiedersi se non si dovesse accedere alla diversa ipotesi interpretativa, che qualificava come criteri probatori quelli indicati dalla lett. a) del comma 1-*bis*.

In effetti, l'opinione della gran parte della dottrina<sup>153</sup>, poi accolta, come vedremo, in giurisprudenza, è stata nel senso di ritenere il superamento delle soglie-limite un mero criterio probatorio della destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, quest'ultima restando l'elemento costitutivo della fattispecie, di cui spettava all'accusa fornire la prova<sup>154</sup>.

Si argomentava, *a contrario*, dalla diversa formulazione della fattispecie contenuta nel disegno di legge governativo<sup>155</sup> S 2953, ove il superamento dei

---

<sup>151</sup> Questa era stata l'argomentazione con cui Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333, cit., pp. 2646 ss., aveva salvato la disciplina previgente da una censura di illegittimità sotto il profilo della riserva di legge.

<sup>152</sup> Cfr. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., p. 7.

<sup>153</sup> In tal senso, G. AMATO, *Soglie presuntive per individuare l'illecito*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 78 ss.; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 238; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 36 ss.; D. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, cit., pp. 2138 ss.; E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, cit., pp. 3 ss.; E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit. pp. 49 ss.

<sup>154</sup> In questo senso, una delle prime applicazioni della giurisprudenza di merito: Trib. Napoli, sent. 29 maggio 2006, Coladangelo e altri, in *Cass. pen.* 2006, n. 12, pp. 4181 ss., con nota di G. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio»*, *ivi*, pp. 4185 ss., la quale, nella parte motiva, afferma: «La destinazione allo spaccio – e solo questa – rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie. Ne deriva che tale specifica finalità dell'illecita detenzione deve essere provata dalla pubblica accusa, non potendosi far carico all'imputato dell'obbligo di provare la diversa destinazione, al solo uso personale, della sostanza stupefacente posseduta»; in termini assolutamente sovrapponibili, peraltro, cfr., da ultimo, GUP Trib. Napoli, 29 febbraio 2014, n. 179.

<sup>155</sup> La fattispecie contenuta nel ddl governativo S 2953 recitava : «Chiunque importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene : a) sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope che risultano in quantità superiore a quella indicata nella tabella I allegata al presente testo unico *ovvero* che, per modalità di presentazione, con riguardo al peso lordo complessivo, al confezionamento frazionato o ad altre circostanze dell'azione, appaiono destinate a terzi o comunque ad un uso non esclusivamente individuale».

limiti tabellari costituiva un dato già di per sé rilevante, autonomo dalle altre circostanze tipizzate, alle quali sole si riferiva la locuzione «appaiono destinate»<sup>156</sup>.

Ancora, ciò risultava evidente dal raffronto con la contigua fattispecie di detenzione di medicinali eccedenti i quantitativi prescrivibili, ove il superamento della soglia integrava inequivocabilmente il reato di cui all'art. 73 co. 1-*bis* lett. b), a prescindere da ulteriori requisiti.

Per la gran parte delle sostanze stupefacenti indicate nelle tabelle, poi, non era stato fissato alcun limite massimo di sostanze detenibili, senza che tale omissione incidesse sulla immediata applicabilità della disposizione in esame, laddove vi fosse prova della destinazione allo spaccio della detenzione di tali sostanze<sup>157</sup>.

Questa interpretazione risultò peraltro confortata dalle prime applicazioni giurisprudenziali di merito<sup>158</sup>, che ritennero irrilevante il mero superamento dei limiti ai fini dell'ingresso nell'area di rilevanza penale, dovendo tale elemento essere valutato insieme alle altre circostanze, e ciò argomentando proprio sulla base del confronto tra lett. a) e lett. b) dell'art. 73, co. 1-*bis*, dove non appariva dubbio che il superamento delle soglie quantitative desse luogo invece al fatto punibile.

A questo punto, il problema pareva spostarsi sul ruolo che i limiti-soglia erano destinati a rivestire nel contesto del quadro indiziario, dovendosi stabilire, in particolare, se, rispetto alla dimostrazione che la sostanza detenuta (o comunque oggetto delle condotte che il comma 1-*bis* riteneva non 'oggettivamente' caratterizzate dalla destinazione a terzi) fosse destinata ad un «uso non esclusivamente personale», il superamento della soglia di quantità massima detenibile potesse costituire un elemento semplicemente indiziario, ovvero un elemento connotato da una valenza autenticamente presuntiva (e persino di presunzione assoluta, come voleva la norma proposta nell'originario

---

<sup>156</sup> Cfr. G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5410.

<sup>157</sup> Così C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 239.

<sup>158</sup> *Ex aliis*, cfr. Trib. Milano, sent. 18 maggio 2006 – sez. direttissime, in *Giur. merito* 2007, n. 1, pp. 93 ss., che ha ritenuto non provato «oltre ogni ragionevole dubbio» che la detenzione dello stupefacente sequestrato fosse destinata allo spaccio, posto che il soggetto, pur fermato con un quantitativo di hashish superiore ai limiti, oltre che con due dosi di cocaina e denaro contante per 720 euro, era assunto e acquirente abituale di droga, e aveva una propria fonte di reddito (essendo regolarmente assunto) che ben giustificava il possesso di somme di danaro.

progetto governativo<sup>159</sup>), ossia una condizione non necessaria, ma sempre sufficiente a decretare la rilevanza penale del fatto.

Ci sentiamo, innanzi tutto, di escludere preliminarmente quest'ultima ipotesi<sup>160</sup>, con il conforto di gran parte delle pronunce giurisprudenziali in merito, che hanno escluso, alla luce del diritto di difesa (art. 24 Cost.), del principio del libero convincimento del giudice (art. 101, 2° comma Cost.) e della regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» richiesta ai fini della condanna (art. 533 co. 1 c.p.p.), che potessero prospettarsi meccanismi presuntivi di prova legale *contra reum*<sup>161</sup>.

A questo proposito, va sottolineato che il livello piuttosto elevato delle quantità massime detenibili che era stato individuato dalla Commissione ministeriale – essendo stato esso calibrato su un soggetto tollerante e dipendente<sup>162</sup> – non poteva certo rafforzare la tesi che assegnava comunque valore di presunzione assoluta di criminalità delle condotte al loro superamento. E si avvertì, in dottrina<sup>163</sup>, del pericolo di 'eterogenesi dei fini' in cui sarebbe potuto incorrere un loro innalzamento – come era avvenuto durante la (breve) vigenza del D.M. 4 agosto 2006<sup>164</sup>, poi annullato dal giudice amministrativo per eccesso di potere<sup>165</sup>, con il quale si era duplicato il 'moltiplicatore variabile' (da 20 a 40) per stabilire la Qmd dei derivati della *cannabis* –, rischiando di avvalorare la valenza presuntiva *contra reum*, con

---

<sup>159</sup> Ci si riferisce qui al progetto presentato alla *IV Conferenza nazionale sui problemi connessi alla diffusione delle sostanze stupefacenti e psicotrope* (Palermo, 5-7 dicembre 2005).

<sup>160</sup> Del resto, lo stesso On. Giovanardi, nella discussione alla Camera, seduta del 3 febbraio 2006, A.C. 6297, p. 34, affermò che: «Da una certa soglia in poi c'è la presunzione di spaccio (naturalmente, *salvo prova contraria*)».

<sup>161</sup> Ci riferiamo, in particolare, a Cass. sez. IV, sent. 21 maggio 2008, n. 22643; Cass. sez. VI, sent. 21 novembre 2013, n. 2652 ha, ad esempio, rinviato la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 1 d.p.r. 309/1990 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.

<sup>162</sup> Sul punto, cfr. G. AMATO, *Parametri di fonte amministrativa contro le metamorfosi del mercato*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 24 ss., 27.

<sup>163</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 113-114 e A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., p. 7.

<sup>164</sup> Si tratta del decreto del Ministero della Salute 4 agosto 2006, pubblicato in *Guida dir.* 2006, n. 46, pp. 14 ss., con commento di G. AMATO, *La modifica al parametro della quantità non genera automatismi di giudizio*.

<sup>165</sup> TAR Lazio (sez. III-*quater*), sent. 14-21 marzo 2007, n. 2487, in *Guida dir.* 2007, n. 14, pp. 93 ss., che ritenne eccessiva la discrezionalità (oltre, quindi, il mero esercizio di discrezionalità tecnica) con cui l'Esecutivo aveva provveduto, in assenza di approfondimenti specifici sugli effetti delle sostanze e con una motivazione carente, ad innalzare il livello di Qmd dei cannabinoidi.

pericolosi quanto ingiustificati automatismi; nel senso che, a fronte di una prevedibile presunzione di rilevanza penale della condotta in caso di superamento delle soglie, apparisse invece meramente indicativo ed irrilevante il mancato superamento delle stesse, se altri indizi rendevano plausibile la detenzione a fini non esclusivamente personali.

Parte della dottrina<sup>166</sup> quindi sostenne che il dato quantitativo avrebbe avuto una valenza «fortemente indiziante», integrante una sorta di presunzione relativa (*iuris tantum*) di responsabilità, rispetto alla quale si sarebbe verificato, se non una vera e propria inversione dell'onere della prova – in quanto, si sostenne, anche in sede penale varrebbe la regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c. –, quantomeno un onere di allegazione di elementi giustificativi particolarmente rigoroso in capo all'interessato<sup>167</sup>.

Si affermava, infatti, che in presenza di quantitativi superiori ai limiti di principio attivo indicati nel D.M., ben difficilmente il soggetto avrebbe potuto sostenere, con buon esito, che trattavasi di droga detenuta con finalità di 'riserva' e di 'accumulo' per il proprio futuro uso personale; mentre, in presenza di quantitativi inferiori o prossimi alla suddetta soglia, non potendo il referente quantitativo essere da solo idoneo a risolvere il problema della prova della destinazione a terzi, esso avrebbe dovuto essere supportato da uno, o da più d'uno, degli altri eventuali elementi indiziari ricavabili dalle specifiche modalità della vicenda<sup>168</sup>.

In realtà, il tenore letterale del dettato legislativo non consentiva questa interpretazione: anzi, il necessario raccordo con i principi, così come valorizzati dalla gran parte delle pronunce giurisprudenziali dianzi citate, portava a negare che a questo come agli altri parametri indiziari potesse riconoscersi alcuna valenza di presunzione (né *iuris et de iure*, né *iuris tantum*), e a ritenere piuttosto che lo stesso dovesse essere sempre valutato nel contesto degli ulteriori dati fattuali, fino a risolvere, «al di là di ogni ragionevole

---

<sup>166</sup> Cfr. G. AMATO, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, cit., p. 76; ID., *Soglie presuntive per individuare l'illecito*, cit., p. 78.

<sup>167</sup> In giurisprudenza, per una tesi in tal senso cfr. Cass. sent. 4 maggio 2011, n. 21799, in *Guida dir.* 2011, 33-34, pp. 74 ss.

<sup>168</sup> Di presunzione relativa, comportante una vera e propria inversione dell'onere probatorio, con l'integrazione del reato in mancanza di prova contraria, parla invece P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., p. 2105.

dubbio», eventuali indicazioni divergenti o contrastanti sulla destinazione illecita (sia *in bonam* che *in malam partem*)<sup>169</sup>.

In particolare, fra questi dati, una considerazione avrebbero meritato le condizioni soggettive dell'autore, che il legislatore pareva avere viceversa estromesso dal novero degli elementi indiziari da valutare ai fini della dimostrazione della destinazione ad uso non esclusivamente personale, in quanto eccentrici rispetto alla categoria, a prima vista oggettivistica, delle «circostanze dell'azione»<sup>170</sup>.

In realtà, una simile conclusione non sembra potesse ricavarsi dall'esegesi letterale della norma e, in ogni caso, non sarebbe stata compatibile con il principio di difesa (art. 24 Cost.) e con quello del libero convincimento del giudice (art. 101, 2° comma Cost.), che non consentono limitazioni alla regola di giudizio in materia penale, per cui deve necessariamente concludersi per la non esaustività degli indici che il legislatore aveva tipizzato alla lett. a) del comma 1-*bis*, e per la idoneità dei criteri soggettivi a guidare l'apprezzamento del giudice: sarebbe stato infatti difficile credere che questi potesse trascurare un dato, come la condizione di assunto abituale, dipendente e tollerante, che

---

<sup>169</sup> In giurisprudenza, cfr. in questo senso Cass. sez. VI, sent. 11 febbraio 2013, n. 6571, nella quale si affermò: «Il superamento dei limiti tabellari non dà [...] luogo ad alcuna presunzione, neanche relativa, nel senso che, superato il limite delle tabelle, sia l'imputato a dover offrire la prova insuperabile della destinazione ad uso personale. Nella norma non vi è alcuna finalità di invertire le regole in tema della prova della responsabilità penale: tale prova, secondo i criteri ordinari, dovrà essere fornita dall'accusa, che potrà certamente valorizzare, ma nello specifico contesto fattuale, i parametri citati quali indizi». Allo stesso modo, Cass. sez. IV, sent. 20 settembre 2013, n. 43184 affermava che anche l'ipotesi sottosoglia non potesse dirsi univoca rispetto all'irrelevanza penale della condotta. Considerava invece il superamento dei limiti condizione sempre necessaria, ma non sufficiente, a fondare un giudizio di responsabilità penale V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 114-115, affermando che: «Lo spessore delle conseguenze sanzionatorie (la pena 'draconiana' che minaccia la reclusione fino a vent'anni) dovrebbe imporre di registrare il contenuto di lesività del fatto al livello più alto, esigendo sempre come requisito necessario il superamento dei limiti-soglia; ed imponendo, quantomeno, di ritenere questo dato non sufficiente, qualora diversi indizi fondino comunque un dubbio "ragionevole" sul possibile uso esclusivamente personale della sostanza detenuta».

<sup>170</sup> Cfr. G. AMATO, *Soglie presuntive per individuare l'illecito*, cit., p. 83, il quale ritenne che la scelta del legislatore di prendere in considerazione solo parametri di natura squisitamente oggettiva e di non valutare lo stato di tossicodipendenza del detentore ai fini dell'esclusione della rilevanza penale fosse voluta, in considerazione della non infrequente ipotesi del tossicodipendente che sia anche spacciatore. Tuttavia, secondo l'Autore, la qualità soggettiva di tossicodipendente era un elemento che sarebbe potuto «essere usato, in un'ottica difensiva, per giustificare il possesso di quantitativi di droga superiori ai limiti massimi consentiti di principio attivo o di peso lordo non insignificante, laddove detto possesso non [fosse] qualificato anche dalla presenza degli altri parametri indiziari». Sostiene l'insufficienza dei criteri legislativamente indicati e la necessità di valorizzare anche parametri cd. soggettivi E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, cit., pp. 5 ss.

spesso risulta autenticamente dirimente per inquadrare la condotta nell'ambito sanzionatorio di relativa spettanza<sup>171</sup>.

Chiaramente, un diritto penale del fatto (quale emerge dagli artt. 2, 3, 13, 25, 2° co., 27, 1° e 3° co.) impone di valutare le condizioni soggettive dell'autore solamente *pro reo*, vale a dire ai fini dell'esclusione dell'illiceità penale, non potendosi certo risolvere tale considerazione in una penalizzazione dello stile di vita o del modo d'essere del soggetto.

In sostanza, l'impressione è che la norma in discorso apportava dopotutto all'ordinamento un contenuto innovativo piuttosto marginale, agli antipodi rispetto al messaggio inviato all'opinione pubblica<sup>172</sup>. Il vero *novum* normativo, salvo a voler avallare indebite interpretazioni che avrebbero senz'altro comportato l'illegittimità costituzionale della disposizione, sembra potersi rintracciare nel fatto che il giudice, pur potendo e dovendo apprezzare tutte le emergenze complessive della vicenda, non potesse trascurare (ed era tenuto, quindi, a valutare) i criteri indiziari normativizzati dal legislatore.

Tuttavia, una volta venuto a cadere il comma 1-*bis* dell'art. 73, per effetto della scure della Corte costituzionale, con la sentenza 32/2014, il legislatore ha ritenuto, tornando sulla disciplina in materia con la summenzionata legge n. 79/2014 (di conversione, con modifiche, del d.l. 36/2014), di reintrodurre i criteri atti a selezionare le condotte detentive destinate ad uso esclusivamente personale, inserendo un nuovo comma 1-*bis* all'interno, questa volta, del novellato art. 75 del Testo Unico.

Il legislatore ha optato, in questo caso<sup>173</sup>, per la riduzione dei criteri, passando dai precedenti tre agli attuali due.

Viene, quindi, innanzitutto recuperato il parametro quantitativo, per cui – conformemente alla previgente normativa, seppur in prospettiva 'rovesciata' – è possibile inferire la destinazione 'esclusivamente' personale dello stupefacente qualora la quantità della sostanza «non sia superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il

---

<sup>171</sup> Cfr. Trib. Napoli, sent. 29 maggio 2006, cit., p. 4184, e il relativo commento di G. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti*, cit., pp. 4190-4192 e 4195-4196. In questo senso anche V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 45 ss.

<sup>172</sup> In questo senso, si vedano G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5414 e G. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, cit., p. 2147.

<sup>173</sup> Come rileva E. MAZZANTI, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, cit., pp. 72-73.

Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche antidroga» (e, con ciò, il legislatore fornisce altresì una rilegittimazione ai decreti ministeriali fissanti limiti-soglia di QMD, rimasti privi di base normativa a seguito della sentenza della Consulta). Il secondo parametro – che viene legato al primo dalla congiuntiva «nonché», invece della disgiuntiva «ovvero», il che pare imporre con più forza all'interprete una valutazione globale e sinergica degli stessi<sup>174</sup> - è costituito dalle «modalità di presentazione della sostanza», che si specifica (alternativamente: ritorna in questo caso la congiunzione disgiuntiva) nel peso lordo complessivo, nel confezionamento frazionato ovvero nelle altre circostanze dell'azione, da cui risulti che le sostanze sono destinate ad un uso esclusivamente personale: le “altre circostanze dell'azione” perdono quindi la loro autonomia e ‘degradano’ – in modo, invero, lessicalmente e logicamente discutibile – a sottocriterio delle modalità di presentazione dello stupefacente, ma la portata innovativa di tale modifica appare a chi scrive pressoché nulla.

Piuttosto, quanto al dato ‘ponderale’, v'è da rilevare la mancata riproposizione della locuzione “in particolare”, che, tuttavia, si ritiene, non vale a modificare la portata meramente indiziaria del parametro; la formulazione ora adottata, poi, a differenza di quella caducata, dal punto di vista grammaticale non assegna espressamente ai decreti la finalità di indicare la quantità di sostanza massima ritenuta compatibile con un uso meramente personale, né tantomeno indica i criteri generali ai quali il Ministro della salute dovrà attenersi per fissare i QMD delle sostanze, per cui sono stati avanzati da qualche Autore<sup>175</sup> dubbi di illegittimità *ex art.* 25, comma 2 Cost., giacché, pur ammessa la valenza meramente probatoria degli indici *de quibus*, la mancata

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 72. Viceversa, F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73, cit.*, paventa nell'uso della congiuntiva «nonché» un rischio opposto, generato dalla prospettiva ‘inversa’ col quale è stato concepito tale comma 1-*bis*, essendo i criteri volti ora non – più – a dimostrare la destinazione ad uso non esclusivamente personale della detenzione, ma, al contrario, proprio la destinazione ad uso esclusivamente personale: talché parrebbe ora che questa prova presupponga *sia* il mancato superamento dei limiti massimi indicati dal decreto ministeriale, *sia* l'insussistenza di circostanze dalle quali *comunque* appaia che la quantità di sostanza, pur se non superiore ai limiti massimi, sia destinata a uso non esclusivamente personale.

<sup>175</sup> F. VIGANÒ, *op. ult. cit.* Cfr. anche V. MANES-L. ROMANO, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, cit., pp. 363 ss., i quali rilevano che la stessa caratterizzazione dei quantitativi in esame come quantitativi di principio attivo, oggi come ieri, resta affidata ad una mera deduzione.

enunciazione dei criteri attribuirebbe all'autorità amministrativa un potere troppo ampio, ben oltre la discrezionalità di carattere meramente 'tecnico'.

*4.4. (segue) Il fatto di lieve entità (art. 73, co. 5): le vicende normative e il lavoro di pubblica utilità (art. 73, co. 5-bis e 5-ter).*

La disciplina che, negli ultimi anni, ha subito il maggior numero di interventi legislativi, alcuni dei quali decisamente incisivi, è risultata senz'altro quella del 'fatto di lieve entità', di cui al quinto comma dell'art. 73 T.U.Stup. Le vicende normative che hanno interessato tale istituto si sono già evinte da quanto esposto finora nel corso della trattazione, ma vale la pena ripercorrerne le tappe, al fine di delineare nel complesso la disciplina che attualmente lo governa.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 73, comma 5 d.p.r. 309/1990 era una disposizione mediante la quale l'ordinamento introduceva una risposta sanzionatoria più attenuata, allorché i fatti delittuosi previsti dall'art. 73 fossero di lieve entità, «per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze».

L'art. 4-bis l. 49/2006 (cd. Fini-Giovanardi) completava quindi il suo intervento sulla disciplina penale sanzionatoria degli stupefacenti con una significativa modifica relativa proprio alla (allora) circostanza attenuante in questione, ritenuta da alcuni Autori uno dei contrappesi della draconiana – e sproporzionata – scelta repressiva adottata dalla riforma<sup>176</sup>.

La modifica normativa non aveva riguardato, tuttavia, i presupposti dell'attenuante, ma aveva inciso sull'entità della sanzione, che diventava ora unica (reclusione da uno a sei anni e multa da euro 3mila a euro 26mila), mentre originariamente, in ragione della differenziazione del trattamento sanzionatorio tra droghe cd. pesanti e droghe cd. leggere, era distinta a seconda

---

<sup>176</sup> Cfr. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., pp. 10 ss.

che il fatto riguardasse sostanze stupefacenti e psicotrope di cui alle tabelle I e III ovvero II e IV dell'art. 14<sup>177</sup>.

La vera novità dovuta alla riforma consisteva però nell'introduzione del comma 5-*bis* nel corpo dell'art. 73, che consente – tuttora, essendo stato lo stesso ripristinato, dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dalla quale pure era stato travolto, dall'intervento del d.l. 36/2014 –, nell'ipotesi in cui sussista il fatto di lieve entità, l'accesso ad una ben diversa tipologia sanzionatoria, il lavoro sostitutivo, come radicale alternativa – in presenza di talune condizioni – rispetto alla sanzione custodiale (e alla sanzione pecuniaria), quale che ne sia la tariffa concretamente inflitta (fino ad un massimo, attualmente, di quattro anni, che è, appunto, il tetto ora previsto per la fattispecie in questione)<sup>178</sup>.

Più in particolare, tale sanzione sostitutiva (prevista, in via generale, dall'art. 53 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 in tema di competenza generale del giudice di pace), può essere discrezionalmente concessa dal giudice (su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero), con la sentenza di condanna o di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p., qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, se ravvisa sussistente l'ipotesi di cui al comma 5 e – in origine – «limitatamente ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assunto di sostanze psicotrope».

Si prevede, inoltre, che, in deroga a quanto disposto dal d. lgs. n. 274/2000, il lavoro di pubblica utilità avesse una durata corrispondente a quella della sanzione irrogata. Tale sanzione, inoltre, può sostituire la pena edittale per non più di due volte.

Come si vede, il legislatore del 2006 subordinava l'applicazione del lavoro di pubblica utilità ad una serie di condizioni: che l'imputato fosse tossicodipendente o assunto di sostanze stupefacenti; che facesse richiesta di essere ammesso al lavoro di pubblica utilità; che fosse condannato per il reato di cui all'art. 73, co. 5 T.U.Stup.; che non dovesse beneficiare della

---

<sup>177</sup> Sul punto, cfr. G. AMATO, *Lavoro al posto del carcere per il fatto lieve*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 84 ss.; G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., pp. 5426 ss.

<sup>178</sup> Cfr. V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 52 ss.

sospensione condizionale della pena; che, infine, non avesse già svolto due volte il lavoro di pubblica utilità<sup>179</sup>.

Sicuramente da apprezzare è stata la scelta di estendere il beneficio anche a chi non sia «tossicodipendente», ma semplice «assuntore di sostanze stupefacenti», soprattutto alla luce dell'indubbio aggravamento che derivava dalla coeva assimilazione, *quoad poenam*, delle droghe leggere a quelle pesanti. Si trattava, infatti, della prima ipotesi normativa in cui tale qualità soggettiva assumeva un rilievo ai fini del funzionamento della disciplina in commento<sup>180</sup>.

Il concetto di 'assuntore' di sostanze stupefacenti, noto in tossicologia, ma ignoto in ambito giuridico, pare debba ritenersi distinto da quello di 'consumatore occasionale', poiché il primo è persona dedita per consuetudine all'uso di sostanze stupefacenti, pur non avendo maturato una dipendenza da queste, mentre il consumatore occasionale è chi le utilizza in via del tutto sporadica ed eccezionale. Se questa definizione è esatta, segue che il consumatore occasionale è escluso dal novero dei soggetti che possono fruire del beneficio di cui all'art. 73, co. 5-*bis*<sup>181</sup>.

Per quanto restrittiva, questa interpretazione è apparsa quella più rispondente alla *ratio* della norma, che è quella di favorire il recupero dei soggetti che commettono reati minori in materia di stupefacenti, quando è provata la sussistenza di un legame tra la commissione di questi reati e l'uso, patologico o no, delle predette sostanze.

Se questo è vero, tuttavia, appare irragionevole, alla luce del principio rieducativo di cui all'art. 27, 3° co. Cost., escludere dalla concedibilità del beneficio il consumatore occasionale, il quale sarebbe destinato ad entrare inevitabilmente nel circuito carcerario, essendogli precluse opportunità di risocializzazione presumibilmente più efficaci.

Peraltro, aveva destato molte critiche in dottrina la scelta di limitare la concessione del beneficio ai casi in cui l'autore si fosse reso responsabile di uno dei reati di cui all'art. 73, non trovando lo stesso applicazione, invece, rispetto a reati diversi, ma pur sempre riconducibili alla condizione di

---

<sup>179</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 244-245 e P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., pp. 2108 ss.

<sup>180</sup> Come rileva G. AMATO, *Lavoro al posto del carcere per il fatto lieve*, cit., p. 84.

<sup>181</sup> È l'interpretazione offerta da P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., p. 2110.

«tossicodipendente» o mero «assuntore» di sostanze stupefacenti del soggetto<sup>182</sup>. Tale ultima perplessità deve dirsi, in parte, superata, dal momento che – come si è avuto modo di vedere – con il decreto cd. svuotacarceri n. 78/2013 si è introdotto nel corpo dell'art. 73 un nuovo comma 5-ter, con il quale si è limitatamente ampliato l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità, estendendolo al condannato tossicodipendente o assuntore abituale di stupefacenti, anche per reati diversi da quelli previsti dall'art. 73 co. 5 (con l'eccezione dei delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. e dei reati contro la persona), purché si tratti di reati commessi “in relazione” alla condizione di dipendenza o di assunzione abituale. Tuttavia, a seguito degli emendamenti operati in sede di conversione (con legge 94/2013), l'area di operatività di questa ‘nuova forma’ di lavoro di pubblica utilità risulta piuttosto esigua, posto che la sostituzione può essere operata solo per pene fino ad un anno di detenzione ed opera solo nell'ipotesi in cui il reato diverso da quello di cui all'art. 73 co. 5 sia stato «commesso per una sola volta»<sup>183</sup>.

In relazione all'‘ipotesi-base’, prevista dall'art. 73 comma 5-bis, viceversa, come detto, il beneficio in questione è concedibile per non più di due volte, con una scelta che pure la dottrina ha ritenuto non brillasse per coerenza con le asserite finalità di recupero, rispetto ad una categoria *naturaliter* recidivante quale quella del tossicodipendente.

Un'ulteriore considerazione critica ha riguardato la discrezionalità con la quale il giudice può decidere se concedere o meno la sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità: tale beneficio, infatti, non costituisce – a giudizio pressoché unanime della dottrina<sup>184</sup> – un diritto dell'imputato, essendo rimessa la relativa applicazione all'apprezzamento discrezionale del giudice. Ciò, unitamente all'assoluta indeterminatezza di contorni con cui si è formulata la norma di cui al comma 5-bis, non può non far sorgere forti dubbi di

---

<sup>182</sup> Si tratta di una critica espressa da G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5427, che ritenne tale soluzione difficilmente giustificabile rispetto alla *ratio* dell'innovazione normativa.

<sup>183</sup> Peralto, A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il ‘decreto carceri’ 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.* 15 settembre 2013, rileva come tale ultima espressione non sia proprio cristallina, in quanto parrebbe significare che la sanzione sostitutiva può essere applicata anche più di una volta, purché il soggetto commetta reati diversi l'uno dall'altro, mentre non può essere applicata a chi commetta per due volte lo stesso reato: questa, in effetti, l'unica lettura compatibile con il dato testuale, anche se forse – aggiunge l'Autrice – sarebbe stato più rispondente agli scopi preventivi che ispirano la disposizione ‘emendativa’ ammettere il condannato tossicodipendente ad una sola sostituzione, a prescindere dal tipo di reato commesso.

<sup>184</sup> Cfr., fra gli altri, G. AMATO, *Lavoro al posto del carcere per il fatto lieve*, cit., p. 86.

legittimità: la ragionevolezza, infatti, come ha più volte indicato la Corte costituzionale, va di pari passo con la cifra di tassatività e determinatezza del tipo, perché una norma carente sotto tali profili, e sostanzialmente rimessa alla concretizzazione del giudice, apre ad una intrinseca disparità di trattamento; e il difetto è evidentemente amplificato quanto più all'indeterminatezza del precetto, come in questo caso, corrisponda una indeterminatezza delle conseguenze sanzionatorie<sup>185</sup>.

Nella ipotesi di cui al comma 5-*bis*, infatti, il complessivo diaframma editale, con un doppio passaggio, scandito da una tipizzazione legislativa quanto mai indeterminata e aperta, si inarca da un massimo di venti anni ad un'ipotesi minima che permette di non conoscere il carcere anche se non sussistono i requisiti per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena; una escursione di tale portata, da far ritenere a taluni Autori – ancor prima della modifica normativa intervenuta nel 2013 e secondo una valutazione ‘sostanzialistica’, che valorizzava l’impatto radicalmente diverso a livello commisurativo – che la fattispecie di lieve entità avesse assunto natura di reato autonomo<sup>186</sup>, piuttosto che di mera ipotesi circostanziale, come invece avrebbero suggerito gli indici formali normalmente assunti a corretti criteri di inquadramento (ad esempio, la formulazione del precetto *per relationem*, la peculiare scelta lessicale – «lieve entità» – condivisa con altre ipotesi pacificamente riconosciute circostanziali, eccetera).

La tesi ‘autonomistica’, tuttavia, appariva ancora dogmaticamente debole. Peraltro, i vincoli imposti al bilanciamento delle circostanze (art. 69 c.p.), con

---

<sup>185</sup> In questo senso, A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., p. 10 e V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 119.

<sup>186</sup> Si tratta dell'opinione, ad esempio, di P. GUGLIELMI, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, cit., p. 2108, che argomentava a partire dal dato per cui uno degli elementi su cui l'orientamento che ravvisava un'ipotesi circostanziale era fondato, era proprio la previsione di una pena ridotta, ma modulata su quella di cui al comma 1 dell'art. 73. Peraltro si auspicava un ripensamento intorno alla natura di tale fattispecie, anche in relazione agli effetti iniqui e paralizzanti che avrebbe potuto produrre il nuovo sistema di bilanciamento delle attenuanti con la recidiva, nelle ipotesi di cui all'art. 99, co. 4 c.p.

In giurisprudenza, tale tesi era stata sostenuta da Trib. Napoli, sent. 4 ottobre 2006, giud. monocr., inedita, ma citata da V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., p. 53, in nota n. 74; in tale sentenza si affermava che «la previsione normativa di cui al comma 5 dell'art. 73 d.p.r. 309/1990, come di recente modificata, va considerata ipotesi autonoma di reato, e non mera circostanza ad effetto speciale, in ragione dell'enorme divergenza esistente tra le pene previste dal legislatore al primo comma e quelle, appunto, del quinto comma, divergenza che consente di ritenere che il legislatore abbia considerato le due ipotesi come di natura diversa, poiché connotate da diverso disvalore sociale e producenti un differente allarme sociale».

riferimento alle ipotesi di concorso con l'aggravante di cui all'art. 99, co. 4 c.p. (come modificato dall'art. 3 l. n. 251/2005, cd. "ex Cirielli", che al comma 4 di detto articolo aveva previsto un divieto di prevalenza delle attenuanti rispetto alla recidiva reiterata), condussero ben presto ad effetti paralizzanti dell'applicabilità dell'attenuante in questione – e del relativo beneficio – per una categoria strutturalmente recidivante come quella dello 'spacciatore', solo in parte mitigati dalla ritenuta – nel frattempo, dalla Corte costituzionale<sup>187</sup> – facoltatività dell'applicazione della recidiva reiterata.

Un'altra questione, che aveva stretta attinenza con quest'ultima, riguardava la sufficienza della configurabilità 'in astratto' dell'attenuante per potersi accedere alla sanzione sostitutiva, ovvero la necessità a tal fine di una sua prevalenza 'in concreto' nel giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* Se in favore di quest'ultima lettura<sup>188</sup> sembravano militare esigenze generalpreventive, che, almeno quando le aggravanti ritenute prevalenti contribuissero a delineare il complessivo disvalore del reato, non potevano dirsi affievolite dalla entità 'lieve' del fatto, dall'altro lato una simile impostazione non poteva che risultare assolutistica ed innescare automatismi che finivano per sacrificare la finalità rieducativa<sup>189</sup>.

Ad attenuare, parzialmente, le problematiche che la configurazione circostanziale del fatto lieve comportava, in particolare in relazione alla regola posta dall'art. 69, comma 4 c.p., intervenne la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 251/2012<sup>190</sup>, che ne dichiarò la illegittimità nella parte in cui prevedeva il divieto di subvalenza della recidiva di cui all'art. 99, comma 4 c.p. rispetto, appunto, alla circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 T.U.Stup, proprio sulla scorta degli esiti manifestamente irragionevoli cui poteva condurre la sua applicazione, data l'enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base di cui al(l'allora) primo comma: talché, anche in caso di ritenuta equivalenza, il massimo edittale allora previsto per l'attenuante (6 anni di reclusione, peraltro, come visto, sostituibili con una sanzione non detentiva) diventava il minimo della pena da irrogare. Il Giudice delle leggi mise in

---

<sup>187</sup> Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. e proc.* 2008, n. 3, pp. 328 ss.

<sup>188</sup> Sostenuta, ad esempio, da G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5427.

<sup>189</sup> Per questo orientamento, si veda V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 58-59.

<sup>190</sup> Corte costituzionale 15 novembre 2012, n. 251, in *Dir. pen. cont.* 16 novembre 2012.

evidenza come ciò contrastasse con i principi di proporzione e di offensività – quest’ultimo «chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale» -, nonché col finalismo rieducativo della pena, dal momento che le disposizioni di cui al primo e al quinto comma dell’art. 73 del d.p.r. 309 del 1990 «rispecchiano due situazioni enormemente diverse dal punto di vista criminologico», in quanto «al comma 1 è prevista la condotta del grande trafficante, che dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di sostanze stupefacenti senza mai esporsi in luoghi pubblici», laddove al comma 5 è contemplata «la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo ‘sulla strada’ la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti».

L’intervento davvero innovativo in materia, tuttavia, si ebbe con l’art. 2, comma 1, lett. a) del d.l. 146/2013, mosso peraltro da analoghe preoccupazioni – la sottrazione, questa volta definitiva, al giudizio di comparazione fra circostanze, come è dato leggere nell’univoca relazione di accompagnamento del decreto legge – con il quale si è riscritto il quinto comma dell’art. 73, prevedendo che «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell’azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3000 a euro 26000».

Come si evidenziò da subito in dottrina<sup>191</sup> e in giurisprudenza<sup>192</sup>, la novella legislativa introduceva una vera e propria figura autonoma di reato. Di particolare interesse sono le considerazioni che, in tal senso, sono svolte dalle prime pronunce della Suprema Corte che si occuparono del problema: nel senso di una configurazione autonoma della fattispecie di lieve entità avrebbe militato, innanzitutto, un dato di ordine letterale, costituito dalla clausola

---

<sup>191</sup> Cfr., *ex aliis*, A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, cit.; M. GAMBARDELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32/2014*, in *archiviopenale.it*, 1/2014; A. LEOPIZZI, *Minima poenalia. Stupefacenti: questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, in *Giust. pen.* 2014, pp. 129 ss., pp. 141 ss.

<sup>192</sup> Tra le prime pronunce a prendere atto del *novum* normativo, Cass. sez. VI, sent. 8 gennaio – 26 marzo 2014, n. 14288, Cassanelli; Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio - 5 marzo 2014, n. 10514, Verderamo; Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio – 14 marzo, n. 13903, Spampinato.

espressa di sussidiarietà con cui esordisce ora il novellato articolo, che appare testualmente e logicamente compatibile solo con il carattere autonomo della previsione; ulteriori elementi testuali sono poi la locuzione tradizionalmente utilizzata nella delineazione di fattispecie tipiche «chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo» e l'introduzione del trattamento sanzionatorio non più mediante l'espressione "si applicano le pene" bensì con quella "è punito con le pene"; chiara poi la rubrica dell'art. 2, d.l. 146/2013 ("Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità"), nonché l'*intentio legis*, essendo noto che il decreto in questione era stato adottato allo scopo di ridurre il sovraffollamento carcerario, anche in conseguenza della sentenza "Torreggiani" della Corte EDU.

Si evita, pertanto, in tal modo, in radice la possibilità di dare ingresso al fatto di lieve entità nel giudizio di bilanciamento tra circostanze, con effetti anche in punto di termini di prescrizione *ex art. 157 c.p.* e di durata massima della custodia cautelare *ex art. 303 c.p.p.*

La pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014, come si è detto, pur travolgendo per intero l'art. 73 T.U.Stup., come modificato dalla riforma del 2006 – e quindi anche il comma 5, così come formulato a seguito della stessa, essendosi fatta 'rivivere', sino alla sua sostituzione con d.l. 146/2013, la previgente disciplina originaria del d.p.r. 309/1990 – non ha avuto, come la stessa Consulta si è affrettata a chiarire in motivazione, alcuna incidenza sulle modifiche apportate a tale disposizione dall'ultimo intervento normativo, dal momento che le stesse, intervenute *medio tempore*, «sono tali da non influire sullo specifico vizio procedurale» rilevato e sono state stabilite «con disposizione successiva a quella [...] censurata e indipendente da quest'ultima». Il rinvio operato dall'art. 73, comma 5 alle disposizioni precedenti, del resto, afferma la Corte, va inteso come rinvio "formale-dinamico" o "mobile" e non "materiale-statico", posto che, in tal modo, «si presta a fungere da elemento di raccordo con qualsiasi contenuto venga ad assumere l'art. 73».

Il rapido avvicinarsi di tali modifiche normative ha generato inevitabili problemi di diritto intertemporale, relativi all'individuazione della normativa applicabile ai singoli casi concreti *ratione temporis*, che le prime pronunce in

merito hanno tentato di risolvere<sup>193</sup> (e la cui soluzione, del resto, era stata demandata all'interprete dalla stessa Corte costituzionale).

In seguito, come già segnalato, la legge 79/2014, di conversione con modifiche del d.l. 36/2014, ha ulteriormente inciso sulla fattispecie in esame, riformulando la cornice edittale prevista per la pena detentiva, che è attualmente della reclusione da sei mesi a quattro anni. In sostanza, come è stato notato<sup>194</sup>, il trattamento sanzionatorio si attesta su quella che era la pena prevista dalla versione originaria del T.U.Stup., che, per le droghe cd. leggere, stabiliva proprio questi limiti edittali. Il legislatore ha inoltre reintrodotta il comma 5-*bis* di tale articolo, venuto meno per effetto della sentenza della Corte costituzionale, comportando, per conseguenza, il ripristino anche del comma 5-*ter*, il quale – rimasto privo del suo referente normativo, costituito, appunto, dal precedente comma 5-*bis* – era stato colpito da quella che era stata definita una caducazione ‘a cascata’.

Resta da rilevare il – già ampiamente trattato – profilo di irragionevolezza che tuttora connota la fattispecie in esame<sup>195</sup>, ‘armata’ dal legislatore con un'unica cornice edittale di pena quale che sia il tipo di sostanza stupefacente che ne sia oggetto, anche in seguito alla diversificazione del quadro sanzionatorio che invece ha interessato le ‘ipotesi-base’ (*rectius*, le ipotesi ‘non lievi’) dopo la sentenza della Consulta 32/2014. Circa la diversa, quantomeno opinabile, soluzione offerta dalla Corte costituzionale con la recente pronuncia n. 23/2016, non resta che rinviare al precedente § 3.

---

<sup>193</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Dalla Cassazione un piccolo vademecum per il giudice di fronte al rompicapo creato dal d.l. 146/2013 e dalla sent. n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, nota a Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio - 14 marzo 2014, n. 13903, Spampinato, in *Dir. pen. cont.* 1 aprile 2014. Tale ultima pronuncia ha rilevato che l'ipotesi circostanziale potrebbe essere ancora considerata, in relazione al *tempus commissi delicti*, ‘norma più favorevole’ laddove, considerata prevalente in un giudizio di bilanciamento con circostanze aggravanti, valga in questo caso ad eliderne completamente l'operatività. Sul tema, cfr. anche S. DE FLAMMINEIS, *La disciplina del fatto lieve in materia di stupefacenti alla luce delle ultime sentenze della Cassazione*, in *archiviopenale.it*, 1/2014.

<sup>194</sup> A.M. PIOTTO, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, cit., p. 147.

<sup>195</sup> Si veda, in tal senso, per tutti, A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, cit., pp. 120 ss.

5. *L'illecito amministrativo e le relative sanzioni (art. 75).*

Il sistema sanzionatorio penale di cui all'art. 73 T.U.Stup. è integrato da quello amministrativo, configurato nell'art. 75 e, fino alla recente declaratoria di incostituzionalità che, come detto, ha interessato l'art. 4-*quater* del d.l. 272/2005 (Corte cost., sent. 94/2016), nell'art. 75-*bis*.

Ai fini del configurarsi della violazione amministrativa di cui all'art. 75 T.U.Stup., il legislatore della riforma cd. Fini-Giovanardi aveva preferito eliminare (con l'art. 4-*ter* l. 49/2006) il preesistente riferimento normativo all'«uso personale», privilegiando una definizione 'in negativo' («fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 73, comma 1-*bis*»)<sup>196</sup>.

Com'è noto, a seguito della caducazione del comma 1-*bis* dell'art. 73 per effetto della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale – la quale, viceversa, non aveva riguardato la nuova formulazione dell'art. 75 ad opera dell'art. 4-*ter* del decreto – si era ritenuto in dottrina che fosse scomparso del tutto qualsiasi riferimento all'irrilevanza penale della detenzione (e delle condotte ad essa assimilate) finalizzata al consumo personale e, per ciò che qui riguarda, che fosse rimasto privo di presupposti applicativi l'arsenale di sanzioni amministrative predisposto dallo stesso art. 75.

Per la verità, come si è visto, accanto all'ipotesi di una 'iperpenalizzazione' coinvolgente anche il consumo personale, il rinvio 'cieco' che a sua volta l'art. 73, così come ripristinato, fa all'art. 75 avrebbe reso forse altrettanto plausibile l'opposta soluzione interpretativa di una radicale 'liceizzazione' di tutte le condotte in discorso, finalizzate o meno all'uso personale.

Ad ogni modo, la legge 79/2014 è intervenuta in merito, ripristinando in sostanza, con l'art. 24-*quater*, l'originaria formulazione del primo comma dell'art. 75 T.U.Stup., ivi compresa la differenziazione del quadro sanzionatorio in relazione alla diversa qualità delle sostanze per quanto riguarda (anche) gli illeciti amministrativi: il primo alinea di tale disposizione recita quindi ora: «Chiunque, per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze

---

<sup>196</sup> Cfr. F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. INSOLERA, cit., pp. 161 ss.; ID., (sub) *art. 4-ter/4-quater d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 335 ss.; G. AMATO, *Spuntano sospensione e ritiro della patente*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 90 ss.

stupefacenti o psicotrope è sottoposto, per un periodo da due mesi a un anno, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle I e III previste dall'articolo 14, e per un periodo da uno a tre mesi, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso articolo, a una o più delle seguenti sanzioni amministrative».

Così come nella sua versione originaria, dunque, l'art. 75 attualmente 'ritaglia' all'interno dell'area di illiceità penale (art. 73) un novero di condotte (relative alle sostanze stupefacenti o psicotrope vietate) – importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione (quelle, cioè, non *ex se* ritenute indicative di una destinazione a terzi) – qualificandole come meri illeciti amministrativi, allorquando le circostanze della vicenda non consentano di ritenere dimostrata la destinazione della sostanza a un uso non (esclusivamente) personale del trasgressore.

Peraltro, come anticipato, in questo *restyling* dell'art. 75<sup>197</sup> è stato introdotto – non senza una dissimmetria probabilmente non foriera di effetti nefasti e che tuttavia sarebbe stato preferibile evitare, che riqualifica l'uso personale come 'esclusivo' – un nuovo comma 1-*bis*, con il quale si ripristinano, alla lett. a), gli indici sintomatici (o, il che è lo stesso, criteri indiziari), questa volta, della «destinazione ad uso esclusivamente personale» delle sostanze oggetto delle condotte censurate.

Un'ulteriore dissimmetria riguarda poi la lett. b) di tale comma 1-*bis*, il quale continua a fare riferimento ai «medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali [che] non eccedano il quantitativo prescritto», sebbene la norma 'incriminatrice' di cui al comma 1 sia stata 'amputata' della parte in cui annetteva alla sfera di rilevanza amministrativa anche le condotte aventi ad oggetto detti medicinali, «fuori delle condizioni di cui all'art. 72, comma 2», ossia senza la regolare prescrizione medica (per carenza totale ovvero per insufficienza della stessa in relazione ai quantitativi). Talché, non essendo consentito inferire la rilevanza amministrativa delle condotte concernenti medicinali dalle purtuttavia prescritte modalità di accertamento del loro uso personale – tanto più che, precetto a parte, l'apparato sanzionatorio stesso del comma 1 risulta calibrato

---

<sup>197</sup> L'espressione è di L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e "sviste"*, cit., p. 5.

in base all'appartenenza della sostanza alle tabelle I e III, piuttosto che II e IV – si deve concludere per l'irrilevanza, allo stato, sul piano amministrativo, della detenzione (e condotte assimilate) aventi ad oggetto medicinali<sup>198</sup>.

Tornando alle modifiche apportate alla disciplina degli illeciti amministrativi dall'art. 4-ter della legge Fini-Giovanardi, si è rilevato che in realtà, al di là della formulazione del precetto e di alcuni marginali innesti, l'ambito di applicazione delle sanzioni amministrative non è risultato granché mutato nella sostanza da tale intervento di riforma<sup>199</sup>.

Il comparto sanzionatorio di cui all'art. 75 è rimasto quello originario: la sospensione della patente di guida; la sospensione della licenza di porto d'armi; la sospensione del passaporto e di ogni altro documento equipollente; la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo ai cittadini extracomunitari. La novella del 2006 ha altresì previsto il divieto di conseguire le rispettive autorizzazioni durante il periodo di applicazione delle misure stesse (quanto alla patente di guida, la legge 94/2009 ha invero esteso il divieto di conseguimento ad un periodo di tre anni).

In sostanza, come si vede, erano state riproposte le diverse incapacitazioni amministrative già precedentemente previste (ed applicabili anche congiuntamente), ma la durata era stata estesa da un minimo di un mese ad un massimo di un anno per le condotte aventi ad oggetto qualsiasi tipo di sostanza, a fronte della precedente normativa che prevedeva un periodo minimo di due mesi ed uno massimo di quattro; attualmente, come visto, le cornici sanzionatorie sono state differenziate (da due mesi a un anno per le droghe cd. pesanti e da uno a tre mesi per le droghe cd. leggere), ma si registra in ogni caso un ampliamento del carico complessivo – sebbene sia stata ridotta, anche in questo campo, la discrezionalità in fase commisurativa – di cui probabilmente non si sentiva il bisogno, stante il dubbio persistente sull'opportunità e la stessa legittimità di misure limitative o persino autenticamente 'punitive' per comportamenti di autodanneggiamento e,

---

<sup>198</sup> In questo senso, ci pare, V. MANES-L. ROMANO, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, cit., pp. 363 ss., nonché L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e "sviste"*, cit., pp. 9 ss.

<sup>199</sup> Così F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., p. 162.

dunque, privi di dannosità sociale, la cui sottoposizione a tutela tradisce sempre un certo paternalismo giuridico<sup>200</sup>.

Peraltro, non si è provveduto a fornire alcuna graduazione tra le sanzioni, per cui pare che le stesse possano essere calibrate *ad nutum* da parte dell’Autorità competente, salva la possibilità di richiamare i parametri più generali di cui all’art. 11 l. n. 689/1981, che però non aiutano a stabilire certo una precisa gerarchizzazione tra le diverse misure previste, orientata alla differente gravosità delle stesse<sup>201</sup>.

L’irrogazione delle sanzioni compete sempre al Prefetto, il quale può altresì, ai sensi del comma 14, definire il procedimento «limitatamente alla prima volta», nei casi di particolare tenuità della violazione e qualora ricorrano elementi che fanno presumere che l’interessato si asterrà dal commettere ulteriori violazioni nel futuro, mediante un formale invito al trasgressore a non fare più uso di sostanze stupefacenti, con espresso avvertimento relativo alle possibili conseguenze giuridiche in suo danno: anche tale disposizione evidenzia l’aspetto pedagogico dell’intervento di riforma, peraltro accompagnandosi ad un profilo di rigore, quanto alla non reiterabilità dopo la prima violazione<sup>202</sup>.

Rappresenta, invece, una novità introdotta per la prima volta dalla riforma del 2006 l’ulteriore sanzione amministrativa, prevista al comma 3, dell’immediato ritiro della patente di guida ovvero del certificato di idoneità tecnica per i ciclomotori, con conseguente fermo amministrativo di questi ultimi per una durata fissa di trenta giorni. Essa viene concretamente ordinata dagli organi di polizia che, al momento dell’accertamento, constatano che l’interessato ha la «diretta ed immediata disponibilità di veicoli a motore».

Se a taluno<sup>203</sup> era parso che la novità fosse ispirata «non solo ad un’esigenza squisitamente sanzionatoria», ma anche «a tutelare la collettività e lo stesso

---

<sup>200</sup> In questo senso, cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 119-120 e A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d’insieme alla nuova normativa*, cit., p. 11. Considera radicalmente «illegittime le sanzioni formalmente amministrative tuttora previste per la detenzione a scopo di consumo personale» A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, cit., pp. 596 ss., nell’ambito di una ben più ampia riflessione sulle criticità del modello proibizionista.

<sup>201</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 121.

<sup>202</sup> Sul punto, si veda F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, pp. 167-168.

<sup>203</sup> Cfr. G. AMATO, *Spuntano sospensione e ritiro della patente*, cit., p. 91.

trasgressore dalla protrazione di un'attività (la guida del veicolo) potenzialmente pericolosa [...] in ragione delle condizioni pregiudicate per l'uso di stupefacenti», da altri<sup>204</sup> si era obiettato che, in realtà, il legislatore non aveva ritenuto di mettere in relazione il ritiro della patente o del certificato di idoneità tecnica alla pregressa assunzione della sostanza da parte del fermato: di modo che, secondo il disposto normativo, basterebbe la mera detenzione dello stupefacente – per un eventuale futuro uso personale – perché al trasgressore possano essere immediatamente ritirati i documenti di guida. L'aver svincolato la sanzione dal benché minimo accertamento circa pregresse assunzioni di droga rivela, ancora una volta, la cultura paternalistica e proibizionista sottostante all'intervento di riforma del 2006.

Tra l'altro, tale misura urta con il principio di offensività, risultando fondata più sullo stile di vita del destinatario che sulle concrete conseguenze del suo operare. Mentre, infatti, le altre sanzioni amministrative previste dallo stesso art. 75 sono rimesse alle valutazioni dell'Autorità prefettizia e solo all'esito del colloquio con il trasgressore, la misura in esame viene irrogata, come detto, dagli organi di Pubblica Sicurezza in modo automatico e senza alcun concreto apprezzamento in termini di disvalore del fatto, potendo risultare del tutto irrazionale e, persino, arbitraria.

Si pensi all'esempio di chi abbia già assunto una dose di marijuana e venga trovato alla guida di un veicolo a motore: in questo caso, se gli organi di polizia non hanno «ragionevolmente motivo di ritenere» che lo stesso «si trovi sotto l'effetto conseguente all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope» (art. 187 C.d.S), questi può andare esente da sanzioni; viceversa, il soggetto che abbia acquistato la medesima sostanza, ma abbia deciso, magari per scelta responsabile, di consumarla presso la propria abitazione, è irragionevolmente esposto alla sanzione del ritiro della patente.

---

<sup>204</sup> Cfr. F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, p. 163 e pp. 175-176.

6. *Provvedimenti a tutela della «sicurezza pubblica»: natura, problemi e (definitiva?) scomparsa delle misure di cui all'art. 75-bis.*

Con l'art. 75-bis T.U.Stup., introdotto dall'art. 4-*quater* della l. n. 49/2006, il legislatore aveva previsto un variegato sistema di misure restrittive della libertà personale e della libertà di movimento nei confronti di diverse categorie di tossicodipendenti e assuntori di sostanze stupefacenti che, «in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso», potessero rappresentare un «pericolo per la sicurezza pubblica»<sup>205</sup>.

Tale disposizione, ritenuta da qualche Autore<sup>206</sup> la vera chiave di lettura dell'intero intervento di riforma avvenuto nel 2006, ha rappresentato, accanto alla summenzionata parificazione – sul versante penale – tra droghe leggere e droghe pesanti, il tratto della cd. legge Fini-Giovanardi che ha ricevuto senz'altro più critiche (e non solo dagli addetti ai lavori), venendo finalmente travolta – come già si è anticipato – dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94/2016, sebbene per motivi ancora una volta attinenti al (solo) procedimento di approvazione della riforma in discorso<sup>207</sup>.

La disposizione, intitolata «Provvedimenti a tutela della *sicurezza pubblica*», esplicitava l'asserito bene giuridico alla cui tutela tendeva in via prevalente, come si vedrà in seguito<sup>208</sup>, il complesso della legge.

Tali misure erano direttamente irrogate dal Questore – per un periodo massimo di due anni – a coloro che avessero commesso una delle condotte costituenti l'illecito amministrativo previsto dall'art. 75 e che risultassero condannati «anche non definitivamente» per reati contro la persona, contro il patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni del T.U. n. 309/1990 o dalle norme in materia di circolazione stradale, ovvero già sanzionati in via amministrativa per violazione delle norme dello stesso T.U.

---

<sup>205</sup> Si vedano, sul punto, A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 835; V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 121-122; F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., pp. 168-169.

<sup>206</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 246-247.

<sup>207</sup> Cfr. in merito C. DOMENICALI, *Conferme in tema di decretazione d'urgenza (in attesa del potenziamento di ulteriori parametri di costituzionalità). Considerazioni a margine di Corte cost. n. 94 del 2016*, scritto in corso di pubblicazione in *Studium Iuris* (13 dicembre 2016) in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali\\_nota\\_94\\_2016.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali_nota_94_2016.pdf).

<sup>208</sup> V. *infra*, § 8.

ovvero, ancora, nei confronti di coloro a cui fossero state applicate «misure di prevenzione o di sicurezza».

Destinatari della misura erano dunque, anzitutto, coloro che avessero già subito una condanna per i reati specificati, anche se, in spregio ad ogni presunzione di non colpevolezza (art. 27, 2° co. Cost.), non era necessario che tale condanna fosse passata in giudicato<sup>209</sup>.

Il messaggio da veicolare era chiaro: fra i reati-presupposto vi erano infatti soprattutto quelli propri della criminalità comune, ‘di strada’, quelli che, grazie all’imponente opera di enfattizzazione da parte dei *mass-media*, erano (e sono tuttora) particolarmente avvertiti nel senso comune e che turbano in qualche modo la percezione di sicurezza dell’opinione pubblica (risse, furti, incidenti stradali causati da persona in stato di alterazione da alcool o stupefacenti, eccetera), secondo una logica che sembrava procedere per tipologie d’autore<sup>210</sup>.

Come si è accennato, ulteriori destinatari delle misure in oggetto erano poi coloro che fossero stati già sanzionati per violazione delle norme previste dal Testo Unico in materia di stupefacenti (violazioni che dovevano necessariamente essere di carattere extrapenale, per distinguere questa ipotesi da quella precedente), ovvero fossero destinatari di misure di prevenzione o di sicurezza.

Non poteva, quindi, il Questore considerare pericolosi per la sicurezza pubblica, ad esempio, l’imprenditore cocainomane condannato per bancarotta fraudolenta, o l’accademico oppiomanne autore di falsi in atto pubblico. Poteva viceversa ritenersi tale l’occasionale assuntore di marijuana già ‘pizzicato’ dal Prefetto, o il tossicomane autore di un furto o di un’invasione di terreni condannato in primo grado.

La particolare afflittività delle sanzioni in esame emergeva *ictu oculi* dalla loro mera elencazione: a) obbligo di presentarsi almeno due volte la settimana presso il locale ufficio di Polizia di Stato o Comando dell’Arma dei Carabinieri territorialmente competenti; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione

---

<sup>209</sup> Peralto, dalla lettera della norma non emergeva se la commissione dei reati indicati, per quanto non ancora definitivamente accertata, dovesse essere collegata in qualche modo all’uso di sostanze stupefacenti. Si ritenne, tuttavia, preferibile ritenere che la *ratio* della disposizione imponesse tale correlazione, poiché, diversamente opinando, il giudizio di prevenzione avrebbe finito per limitarsi ad una mera ricognizione della presenza di coefficienti di pericolosità in astratto: in tal senso, v. F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., p. 169.

<sup>210</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 248-249.

entro una determinata ora e di non uscire prima di altra ora prefissata; c) divieto di frequentare determinati locali pubblici; d) divieto di allontanarsi dal comune di residenza; e) obbligo di comparire in un ufficio di polizia negli orari di entrata e di uscita degli istituti scolastici; f) divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore.

Si trattava di misure di natura eterogenea e che, per tale ragione, risultavano, nel loro complesso, difficilmente riconducibili ad una delle tipologie ‘classiche’ di sanzioni esistenti nel nostro ordinamento.

Parte della dottrina<sup>211</sup> ha rilevato come esse avessero contenuto analogo, per certi versi, a talune misure cautelari coercitive non detentive e a misure di prevenzione personali (ad es. il divieto di allontanarsi dal comune di residenza), per altri versi a misure di sicurezza non detentive personali (ad es. il divieto di frequentare determinati locali pubblici), per altri ancora a sanzioni accessorie (ad es. il divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore).

Secondo altri Autori<sup>212</sup>, invece, tali misure sarebbero state da inquadrare nell’ambito delle sanzioni amministrative di tipo interdittivo, seppur con un maggior grado di invasività rispetto a quelle previste dall’art. 75 T.U.Stup.

Altri ancora<sup>213</sup> hanno ritenuto che la qualifica più adeguata fosse quella di misure di prevenzione personali, sia pure *sui generis*, per la presenza di alcune caratteristiche tipiche delle misure *ante delictum* e, cioè, per la riferibilità a soggetti ritenuti socialmente pericolosi, per la loro applicabilità pur in assenza di reato e per il potere di iniziativa in capo alla polizia<sup>214</sup>. Avrebbe deposto, in effetti, a sostegno di siffatta qualificazione l’espressa previsione di una sanzione penale – arresto da tre a diciotto mesi – per chi non rispettava gli obblighi e i divieti imposti dalle predette misure.

Ciò che sicuramente non risulta convincente a chi scrive è però l’affermazione per cui il *novum* normativo si sarebbe dovuto apprezzare soprattutto sotto il profilo della prevenzione speciale, in quanto, si disse, «se la tutela della collettività, come si è visto, è una delle ragioni del trattamento

---

<sup>211</sup> C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 247.

<sup>212</sup> G. AMATO, *Al giudice di pace per le misure interdittive*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 97 ss.

<sup>213</sup> F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., pp. 171-172.

<sup>214</sup> L’elaborazione giurisprudenziale più recente, in effetti, si era orientata nel senso di individuarne la collocazione sistematica nell’ampio *genus* delle misure di prevenzione personali: cfr., *ex multis*, tra le più recenti, Cass. sez. III, sent. 24 giugno-14 luglio 2015, n. 30194; Cass. sez. VI, sent. 12 febbraio-27 aprile 2015, n. 17656.

sanzionatorio *ex art. 75-bis*, la concorrente (probabilmente principale) ragione è, infatti, proprio quella di indurre il trasgressore ad accedere al programma terapeutico di recupero, attraverso lo stimolo rappresentato dal fatto che tale adesione, se seguita dall'esito positivo del programma, determinerà la revoca dei provvedimenti sanzionatori»<sup>215</sup>. Da ciò, secondo tale Autore, la scelta di introdurre un meccanismo sanzionatorio di notevole incisività, «perché solo se vi è la minaccia concreta di una sanzione effettivamente afflittiva, è possibile influire sul trasgressore inducendolo al recupero»<sup>216</sup>.

Si era tuttavia obiettato a ciò – e tale obiezione appare condivisibile – che la rieducazione ed il recupero dovrebbero costituire un diritto o quantomeno un'opportunità per il reo, e «non già un obbligo da soddisfare anche attraverso l'utilizzo di minacce 'estorsive'»<sup>217</sup>. Ciò sarebbe valso ancor di più allorché, come nella materia *de qua*, non necessariamente di reo si trattava, bensì anche di chi non era mai stato colpito da alcuna condanna (e, al limite, da alcun procedimento) penale.

Si può allora condividere l'opinione di quanti<sup>218</sup> avevano sostenuto che ci si trovasse qui di fronte all'ennesima 'truffa delle etichette', attuata mediante la formale qualifica di tali misure come «amministrative», laddove il corredo delle conseguenze sanzionatorie attingeva invece ad un livello di gravità tale da far pensare ad una loro natura «intrinsecamente penale», esprimendo in maniera significativa la tendenza alla «de-giurisdizionalizzazione [...], volta ad eludere le garanzie connesse al procedimento penale»<sup>219</sup>.

Basti pensare all'atteggiamento 'antiformalistico' e 'pragmatico' adottato – sulla scorta dei criteri alternativi della «natura dell'illecito» e della «gravità della sanzione»<sup>220</sup> – dalla Corte di Strasburgo nella ricostruzione evolutiva dei concetti di «materia penale» e di «reato», per estendere le garanzie previste agli artt. 6 (Diritto a un processo equo) e 7 (Nessuna pena senza legge) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche ad illeciti formalmente qualificati in termini non penali, ma sostanzialmente caratterizzati da note

---

<sup>215</sup> Cfr. G. AMATO, *Al giudice di pace per le misure interdittive*, cit., p. 98.

<sup>216</sup> *Ibidem*, pp. 98-99.

<sup>217</sup> Cfr. F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., p. 171.

<sup>218</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 122.

<sup>219</sup> Così A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 835.

<sup>220</sup> Tra le prime, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

strutturali o da conseguenze afflittive tipiche della massima opzione punitiva<sup>221</sup>.

Se si accedesse a tale plausibile interpretazione, emergerebbe, nel congegno così disegnato dal legislatore del 2006, un evidente superamento del risultato acquisito con la consultazione referendaria del 1993, sostanzialmente aggirato con una severa presa di posizione del legislatore anche nei confronti dell'assuntore semplicemente "recidivo" (perché già «sanzionato per violazione delle norme del presente testo unico»).

Sarebbe emerso, peraltro, il grave contrasto<sup>222</sup> con i principi di tassatività e determinatezza (*ex art. 25, 2° comma Cost. o, nella prospettiva garantistica, ulteriore e complementare, ex art. 7, 1° comma CEDU*) rispetto ad un tipo legale in cui la ricorrenza del «pericolo per la sicurezza pubblica» appariva apprezzabile «in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso», in base, quindi, a parametri la cui vaghezza minava fortemente qualsiasi esigenza di certezza e prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle condotte.

Ancora, un'evidente violazione dell'art. 13 Cost., considerata l'invasività delle incapacitazioni previste, era ravvisabile nel procedimento applicativo di tali sanzioni.

Esse – pur non apparendo giustificabili sulla base dei requisiti di «eccezionale necessità ed urgenza» richiesti per l'intervento dell'autorità amministrativa – erano irrogate, come si è detto, dal Questore e, successivamente, entro 48 ore, dovevano essere convalidate dal giudice di pace. Il procedimento davanti a tale giudice (non togato) si svolgeva peraltro *inaudita altera parte*, né erano previsti criteri per l'adozione di una o più delle misure a tutela della sicurezza pubblica, e tanto meno per l'individuazione della loro durata; per cui non è difficile immaginare che tale controllo si potesse limitare alla verifica della formale sussistenza della motivazione, essendo completamente svuotato di qualsiasi profilo 'sostanziale'<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Sul punto, v. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 122-123.

<sup>222</sup> Prospettato, tra gli altri, da V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 123 e da F. CARDILE, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, cit., p. 175.

<sup>223</sup> Per critiche in tal senso, si vedano C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 257-258 e V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 125-126.

Contro il provvedimento di convalida, infine, era possibile il solo ricorso per Cassazione (e in questa sede, per la prima ed unica volta, si sarebbe potuto procedere in contraddittorio), con un meccanismo processuale persino meno garantito rispetto alle ipotesi di cui all'art. 75 T.U.Stup., che prevede, contro l'ordinanza prefettizia che irroga la sanzione amministrativa, l'istituto dell'opposizione, il quale apre un contenzioso vero e proprio davanti al giudice di pace.

Va quindi salutato senza dubbio con favore l'intervento del Giudice delle leggi che, sollecitato opportunamente da un'ordinanza di rimessione della VI sezione penale della Cassazione<sup>224</sup>, ha rilevato nell'art. 4-*quater* della legge cd. Fini-Giovanardi quella stessa eterogeneità rispetto al contenuto, alla finalità e alla *ratio* complessiva dell'originario decreto-legge (d.l. 272/2005) – in spregio, quindi, al principio di necessaria omogeneità ovvero di interrelazione funzionale tra norme di un decreto-legge e quelle della relativa legge di conversione – che la precedente pronuncia del 2014 aveva stigmatizzato negli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della medesima riforma, dichiarando – per ragioni, quindi, ancora di tipo 'formale', di contrasto con l'art. 77, comma 2 Cost. – l'illegittimità dello stesso.

Per l'effetto, appunto, è risultato travolto questo vero e proprio arsenale di misure dall'indubbia portata afflittiva, che tante critiche avevano ricevuto in dottrina e nell'opinione pubblica, con una motivazione che, tra l'altro, scorgeva l'eterogeneità delle disposizioni proprio dall'essere la previsione di misure prevenzionali e punitive del tutto estranea all'asserito obiettivo governativo del recupero dei tossicodipendenti recidivi.

V'è da registrare, tuttavia, il favore che ancora tale tipo di misure sembra riscuotere nel nostro legislatore, se un recentissimo intervento governativo (d.l. 20 febbraio 2017, n. 14) in materia di «sicurezza nelle città» ha introdotto un novero di sanzioni ed incapacitazioni limitative della libertà personale e di movimento del tutto analoghe e sovrapponibili, nei presupposti e nel procedimento applicativo, a quelle travolte dalla pronuncia della Consulta: l'art. 13 di tale provvedimento, infatti, prevede che «nei confronti delle persone

---

<sup>224</sup> Cfr. Cass. sez. VI, ord. 17giugno-23 settembre 2015, n. 38561, in *Dir. pen. cont.* 30 ottobre 2015, con nota di L. ROMANO, *L'art. 75-bis del d.p.r. n. 309 del 1990 al vaglio della Corte costituzionale: ovvero della neve e della droga insieme.*

condannate con sentenza definitiva o – anche solo – confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici, aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, il questore può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso agli stessi locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi». Tale divieto non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque.

In tali casi, poi, il questore, nei confronti dei soggetti già condannati negli ultimi tre anni con sentenza definitiva, può altresì disporre, per la durata massima di due anni, una o più delle seguenti misure: obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma locale dei carabinieri territorialmente competente; obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; divieto di allontanarsi dal comune di residenza; obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici.

La violazione di detti obblighi, peraltro, è punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione amministrativa di tipo pecuniario irrogata dal prefetto, oltre che con la sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno.

Fin troppo evidenti le analogie con i provvedimenti di cui all'art. 75-bis ed identiche, altresì, le censure in termini di mancato rispetto dei principi di uguaglianza/ragionevolezza, di legalità, di inviolabilità della libertà personale e di circolazione, di presunzione di non colpevolezza (*ex aliis*) che chi scrive si sente di muovere al novello provvedimento in discorso.

7. *Tra rigore e indulgenza. L'esecuzione delle pene e il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della continuazione.*

L'estremo rigore ostentato dalla riforma Fini-Giovanardi nella fase della minaccia legale e che caratterizzava la sua stessa impostazione ideologica di fondo si stemperava poi nell'indulgenzialismo nei confronti del condannato tossicodipendente, nella successiva fase dell'esecuzione della pena<sup>225</sup>; spia, questa, secondo taluno<sup>226</sup>, della 'cattiva coscienza' del legislatore.

Questi, infatti, si mostrò ben consapevole delle nefaste conseguenze in termini di criminalizzazione di massa e di sovraffollamento delle carceri che molte delle modifiche apportate al Testo Unico sugli stupefacenti – unitamente alla legge sulla recidiva approvata poco prima – avrebbero comportato, ed prevede perciò numerose 'vie di fuga' che consentissero l'espiazione della pena in forme alternative alla detenzione ordinaria.

E, in effetti, che proprio queste fossero le preoccupazioni principali del legislatore – il quale ha improntato tali benefici ad una concezione 'tecnocratica', considerandoli come strumento di decarcerizzazione per sole ragioni di governabilità degli istituti di pena, anziché orientarli alla logica della premialità per scopi specialpreventivi di rieducazione – lo si evince dall'impianto complessivo della legge, ed in particolare dall'inasprimento sanzionatorio e dall'estensione della sfera delle condotte penalmente rilevanti<sup>227</sup>.

Né risulta convincente la tesi per cui le opposte indicazioni di criminalizzazione esasperata e di decarcerizzazione 'spinta' si spiegherebbero in ragione delle diverse figure dei destinatari delle normative, essendo estremamente frequente il caso del piccolo-medio spacciatore al contempo tossicodipendente<sup>228</sup>. Senza contare che l'inasprimento del rigore repressivo si

---

<sup>225</sup> Sul punto, si vedano, fra gli altri, F. FIORENTIN, *L'esecuzione penale nei confronti dei condannati tossicodipendenti*, in *Legisl. pen.* 2006, II, pp. 265 ss.; B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 67 ss.; V. SPINOSA: *Misure sostitutive e alternative per i soggetti tossicodipendenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, cit., pp. 213 ss.

<sup>226</sup> In questo senso, *ex pluribus*, si veda C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 245 ss.

<sup>227</sup> Cfr. A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 833.

<sup>228</sup> Critico verso tale tesi B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 69-70.

manifestava in maniera più sensibile proprio sui consumatori abituali di sostanze stupefacenti, i tossicodipendenti effettivi.

In realtà, era ancora una volta l'elevato valore simbolico della legge di riforma del 2006, il suo essere un intransigente proclama contro la piaga della tossicodipendenza, secondo paradigmi che coinvolgono gli stili di vita e la mancata condivisione dei valori 'positivi', a venire in primo piano<sup>229</sup>: poiché poi quest'opera di stigmatizzazione diffusa rischiava di provocare disfunzioni nel controllo della popolazione carceraria, si creava questo 'diritto speciale' per evitare la effettiva (peraltro impossibile e, pare, non auspicata) carcerizzazione di massa.

Gli istituti su cui si incise in tal senso furono, oltre al già citato lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 73, co. 5-*bis*, quello della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 90 T.U.Stup. e quello dell'affidamento in prova cd. terapeutico di cui all'art. 94 T.U.Stup. Si modificò inoltre il regime della continuazione *in executivis*, con l'aggiunta di un periodo al comma 1 dell'art. 671 c.p.p.<sup>230</sup>.

Va premesso alla trattazione di tali istituti che gli stessi non sono stati travolti dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, per cui sono tuttora vigenti così come previsti dal legislatore della riforma: in effetti, essi – con le parole della Corte – «riguardano la persona del tossicodipendente e perseguono una finalità specifica e ben determinata: il suo recupero dall'uso di droghe, qualunque reato egli abbia commesso, sia esso in materia di stupefacenti o non», talché è senz'altro da escludere una eterogeneità rispetto all'originario decreto legge n. 272/2005 (e quindi un contrasto con l'art. 77, comma 2 Cost.) anche di quelle disposizioni processuali o in materia di esecuzione delle pene che sono state inserite in sede di conversione<sup>231</sup>.

Per quanto riguarda la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova cd. terapeutico, innanzitutto l'art. 4 l. n. 49/2006 ha provveduto ad abrogare l'art. 94-*bis* T.U.Stup., a sua volta introdotto neppure un mese prima

---

<sup>229</sup> Cfr., in questo senso, A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., pp. 10-11.

<sup>230</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., pp. 127 ss; F. FIORENTIN, *L'esecuzione penale nei confronti dei condannati tossicodipendenti*, cit., pp. 265-267; B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 72 ss.

<sup>231</sup> Cfr. V. SPINOSA: *Misure sostitutive e alternative per i soggetti tossicodipendenti*, cit., pp. 214 ss.

dell’emanazione del d.l. n. 272/2005, attraverso l’art. 8 l. n. 251/2005 (‘ex Cirielli’). Tale disposizione, coerente con una disciplina di inasprimento del trattamento punitivo nei confronti dei condannati recidivi, aveva ristretto l’ambito di applicabilità di tali percorsi alternativi alla detenzione previsti per il tossicodipendente, riducendo il limite di pena che consentiva l’accesso ai benefici (portato da quattro a tre anni) e stabilendo che questi non potessero essere concessi più di una volta (il che incideva più sull’affidamento terapeutico che sulla sospensione dell’esecuzione della pena, prevedendo già l’art. 90 T.U.Stup. il limite invalicabile di una sola opportunità di concessione). La repentina retromarcia del Governo fu salutata con favore dalla dottrina, sebbene si sia riconosciuto in essa un allarmante segnale della «navigazione a vista»<sup>232</sup> che caratterizza ormai troppo spesso la nostra legislazione penale.

Le maggiori innovazioni in materia sono state introdotte però dagli artt. 4-*septies* e 4-*undecies* l. n. 49/2006, che hanno provveduto a riformulare rispettivamente l’art. 90 (Sospensione dell’esecuzione della pena detentiva) e l’art. 94 (Affidamento in prova in casi particolari) T.U.Stup.<sup>233</sup>.

Per entrambi gli istituti è stato elevato il limite di pena (anche residua) previsto come requisito per la loro concessione, da quattro a sei anni di reclusione (mentre il limite dei quattro anni resta se la pena da espiare è relativa a titolo esecutivo comprendente reati compresi nell’elenco di cui all’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario).

Inoltre, il legislatore del 2006 ha differenziato nettamente i presupposti per la concessione della sospensione della pena da quelli che consentono di ottenere l’affidamento terapeutico, prevedendo che destinatari della prima siano soltanto coloro che, dovendo espiare una pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, si siano già sottoposti ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo eseguito presso una struttura sanitaria pubblica od una struttura privata autorizzata, qualora si accerti che tale programma abbia avuto esito positivo; viceversa, l’attualità dello stato di tossicodipendenza del condannato è necessaria ai fini della

---

<sup>232</sup> Così B. GUAZZALOCA, (sub) *art. 4 d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 321 ss., p. 322.

<sup>233</sup> Cfr., sul punto, V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 127 e A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 834.

misura ex art. 94 T.U.Stup., costituendone condizione essenziale di concedibilità<sup>234</sup>.

Quanto all'affidamento in prova, inoltre, l'art. 94, co. 4 T.U.Stup. prevede ora che alla considerazione che la terapia sia positivamente orientata alla disintossicazione, e quindi alla guarigione, del reo, si accompagni, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, la valutazione del tribunale circa l'idoneità della terapia stessa ad evitare altresì la recidiva del reo. Peraltro, di recente, con il già citato d.l. 146/2013, si è provveduto altresì ad abolire il divieto, precedentemente previsto al comma 5 dell'art. 94, di applicare tale affidamento in prova per più di due volte.

Altra novità importante, che non mancò di suscitare polemiche sia a livello politico<sup>235</sup> che da parte della dottrina<sup>236</sup>, è stata quella per cui l'attestazione dello *status* di tossicodipendenza, nonché dell'idoneità del programma terapeutico e dell'esito positivo dello stesso, non è più di competenza esclusiva della sanità pubblica, attribuendosi i medesimi poteri certificativi anche alle strutture private che siano autorizzate ai sensi dell'art. 116 T.U.Stup. La scelta inequivoca del legislatore fu cioè nel senso di parificare, a tutti gli effetti, le strutture private qualificate a quelle pubbliche.

Si trattò, all'evidenza, di una scelta di matrice esclusivamente politica, comportante la privatizzazione di una funzione che, per definizione, dovrebbe essere riservata all'esclusiva competenza statale<sup>237</sup>.

Ciò contribuì senz'altro al progressivo depotenziamento delle strutture pubbliche, dei Sert, e fece insorgere il timore, per nulla infondato, che l'accesso ai programmi terapeutici potesse essere condizionato dalla capacità economica dei singoli.

---

<sup>234</sup> Cfr. B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 73-74 e p. 95.

<sup>235</sup> Si veda, ad esempio, il penetrante intervento dell'On. Tiziana Valpiana nella seduta assembleare della Camera dei deputati n. 744 del 3 febbraio 2006, A.C. 6297, pp. 18 ss., in cui si sottolinearono i rischi insiti nella autorizzazione rilasciata dalla legge in esame alle strutture private, per diagnosticare lo stato di tossicodipendenza del soggetto; procedura che necessita di particolari garanzie che i centri privati possono invece eludere. Peraltro l'On. Valpiana criticò aspramente la destrutturazione, così determinata, dei servizi pubblici territoriali (Sert), foriera di possibili disparità di trattamento nell'erogazione del servizio e di pericolose strumentalizzazioni dei servizi privati di cura, in rapporto a finalità di «riorganizzazione e disciplinamento sociale», paventando il «finanziamento del subappalto dello Stato etico», *ivi*, p. 21.

<sup>236</sup> Molto critico, fra gli altri, è stato A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 840.

<sup>237</sup> In questi termini, GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 75-76.

Peraltro, ad un'analisi empirica, risulta evidente come la scelta di politica criminale improntata alla decarcerizzazione si sia, in concreto, mostrata sin qui incapace di perseguire tale intento, se è vero che, secondo il Rapporto del Consiglio d'Europa sulla situazione delle carceri negli Stati membri relativo all'anno 2015<sup>238</sup>, l'Italia sarebbe il Paese europeo con il maggior numero di detenuti tossicodipendenti, che rappresentano oltre il 25% dell'intera popolazione carceraria.

Le ragioni di questo fallimento sono le più varie, come hanno messo in luce vari operatori ed esperti del settore<sup>239</sup>, dall'abnorme appesantimento delle pene, che aveva portato ad un generale innalzamento delle stesse tale da rendere modesto anche l'ampliamento del limite di ammissibilità a sei anni, alle difficoltà di certificazione della tossicodipendenza (in cui prevalgono criteri di laboratorio – dipendenza fisica – su quelli di valutazione pluriprofessionale) e della idoneità del programma terapeutico, passando per la tendenza a legittimare maggiormente i programmi svolti in comunità terapeutiche (private), sottovalutando gli interventi dei servizi territoriali (Sert).

Certamente si nutrono seri dubbi sul fatto che, a fronte di una disciplina repressiva di tale rigore, solo in parte temperato dai recenti interventi normativi e giurisprudenziali, i tossicodipendenti abbiano allo stato molte *chances* di lasciarsi alle spalle in massa la realtà detentiva, e appare probabile che essi continueranno piuttosto ad essere «tra gli 'utenti' più numerosi del mondo carcerario»<sup>240</sup>.

Infine, l'art. 4-*vicies* l. n. 49/2006 modificò la disciplina della continuazione, aggiungendo un periodo al 1° comma dell' art. 671 c.p.p., a tenore del quale «fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato, vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza».

Si tratta, anche qui, di una norma che, in fase esecutiva, tende a costituire una sorta di contrappeso alle scelte rigoristiche del momento edittale e

---

<sup>238</sup> Consultabile su <http://ungass2016.fuoriluogo.it/2017/03/15/carcere-italia-europa-detenuti-tossicodipendenti/>.

<sup>239</sup> Cfr., ad esempio, in relazione ai primi anni di applicazione della riforma del 2006, S. MARGARA, *Retorica della cultura e realtà della contenzione*, in AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Tre anni di applicazione della legge 49/2006 sulle droghe* (atti del convegno promosso da Antigone, Forum Droghe e La società della ragione a Trieste nel marzo 2009), pp. 35-36. Si veda anche L. CASTELLANO – D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano 2009, pp. 138 ss.

<sup>240</sup> Cfr. B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., p. 71.

commisurativo<sup>241</sup>. È indubitabile, infatti, che l'inserimento dello stato di tossicodipendenza tra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina della continuazione di reati, tutte le volte in cui il reo è soggetto tossicodipendente, la possibilità di una più contenuta rideterminazione del *quantum* di pena da espiare.

Tale modifica ha dato invero vita, sin dalla sua introduzione, a più di una questione interpretativa: ci si è chiesti, innanzitutto, se la portata della riforma vada estesa anche alla fase della cognizione, ovvero se essa sia esclusivamente limitata a quella esecutiva, e se, nonostante la sua collocazione processuale, alla disciplina in oggetto vada o meno riconosciuta una valenza sostanziale, con ciò che ne consegue in tema di successione di norme penali nel tempo (art. 2 c.p.); un altro rilevante quesito è relativo all'automaticità o meno del riconoscimento dell'istituto della continuazione in presenza di un reo tossicodipendente.

Quanto alla prima questione, v'è da sottolineare che il legislatore ha inserito la disposizione in esame non nell'art. 81, co. 2 c.p., che disciplina il reato continuato nell'ambito del diritto penale sostanziale, bensì nella sola norma processuale che consente l'applicazione di tale istituto anche in fase esecutiva.

Alcuni Autori<sup>242</sup> hanno escluso che possa essersi trattato di una svista del legislatore, il quale, ritoccando la sola norma procedurale, si sarebbe dimenticato che essa costituisce il rimedio ultimo, in sede esecutiva, della mancata applicazione di una disciplina, espressione di *favor rei*, appartenente al diritto penale sostanziale. Si argomentava a partire dalla demarcazione fra inasprimento sanzionatorio astratto e indulgenzialismo esecutivo che, in effetti, connotava tutto l'impianto della novella.

Tuttavia, gran parte della dottrina e della giurisprudenza successive alla riforma ha ritenuto che, al di là della collocazione sistematica, la modifica normativa abbia inciso su un istituto di diritto sostanziale e che riverberi i suoi effetti anche in sede di cognizione, ritenendo quindi implicitamente riformulato

---

<sup>241</sup> In questo senso, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 245-246; G. AMATO, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della «continuazione»*, nota a Cass. sez. I, sent. 28 marzo 2006, n. 12638, Marino, in *Cass. pen.* 2006, XI, pp. 3763 ss.; B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 119 ss.

<sup>242</sup> Cfr. B. GUAZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 122-123.

anche l'art. 81, co. 2 c.p., in quanto ogni altra interpretazione sarebbe apparsa irragionevole<sup>243</sup>.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità, quando è stata chiamata ad applicare retroattivamente la norma più favorevole al reo in sede esecutiva, ha affermato che l'istituto della continuazione è un istituto di diritto sostanziale, come tale rientrante nella disciplina di cui all'art. 2, co. 3 (ora, a seguito della l. n. 85/2006, co. 4) c.p., ed ha ritenuto applicabile lo *ius superveniens* anche d'ufficio ed anche ai procedimenti preesistenti alla sua entrata in vigore<sup>244</sup>.

Per quanto riguarda la seconda questione interpretativa, se cioè lo stato di tossicodipendenza comporti o meno necessariamente l'unificazione a titolo di continuazione dei vari reati commessi da colui che vi soggiace, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che vada accertata in concreto l'incidenza dello stato di dipendenza sull'unicità di scopo che deve comunque avvicinare i reati in continuazione<sup>245</sup>.

Si tratta, infatti, di intendere il requisito della «connessione» tra i reati commessi e lo stato di tossicodipendenza: evidentemente, non può ritenersi sufficiente il mero dato temporale della commissione del reato durante il periodo nel quale il soggetto era tossicodipendente, ma è invece necessario un vero e proprio rapporto di causa-effetto tra la condizione soggettiva presa in considerazione dalla norma e la realizzazione della fattispecie criminosa; occorre, in altri termini, che si tratti di un reato la cui consumazione è stata provocata, direttamente o indirettamente, dalla condizione di tossicodipendenza dell'autore.

In particolare, come ha messo in luce la Cassazione<sup>246</sup>, né l'omogeneità delle norme violate, né la prossimità temporale delle condotte illecite, né tantomeno la medesimezza del movente (correlato alla condizione soggettiva del reo) sono sufficienti *ex se* per il riconoscimento del vincolo di continuazione, trattandosi di elementi afferenti ai singoli reati: ciò che va

---

<sup>243</sup> Cfr., tra gli altri, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 246 e G. AMATO, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della «continuazione»*, cit., p. 3763.

<sup>244</sup> Cfr., ad es., Cass. sez. I, sent. 28 marzo 2006, n. 12638, cit., pp. 3762 ss.

<sup>245</sup> In tal senso, *ex pluribus*, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 246; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 64-65; B. GUZZALOCA, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, cit., pp. 120-121; G. AMATO, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della «continuazione»*, cit., pp. 3764 ss.

<sup>246</sup> Cfr. Cass. sez. I, sent. 14 febbraio 2007, n. 7190, Bernardis, in *Foro it.* 2007, II, pp. 528 ss. e Cass. Sez. I, sent. 28 marzo 2006, n. 12638, cit., pp. 3762 ss.

invece positivamente dimostrata è l'«unicità» del «disegno criminoso», ossia che le singole violazioni siano state deliberate e volute, almeno a grandi linee, sin dal momento in cui l'agente ha dato inizio alla sua attività illecita, *i. e.* la sussistenza di uno stesso momento genetico-ideativo che accomuni i diversi reati commessi.

Ancora una volta, si è trattato quindi di una disposizione che ha innovato meno di quanto avesse promesso<sup>247</sup>: la portata della innovazione normativa, in definitiva, è da ravvisare nell'esigenza di richiamare la necessaria attenzione del giudice sul parametro soggettivo della (accertata) condizione di tossicodipendenza, il quale può e deve essere apprezzato, in uno con gli altri elementi della vicenda, per verificare se possa contribuire a corroborare il giudizio sulla medesimezza del disegno criminoso, che è *condicio sine qua non* del riconoscimento della continuazione<sup>248</sup>.

#### 8. *Il problema del bene giuridico.*

È già emersa dall'analisi della disciplina italiana in materia di stupefacenti la vistosa eccentricità della stessa rispetto ad una teoria costituzionalmente fondata del concetto di bene giuridico e del principio di offensività, come da noi delineata in precedenza<sup>249</sup>.

Ci si interrogherà nel capitolo successivo sulla legittimità o meno dell'uso dello strumento penale nei confronti di condotte che pongono in pericolo – in forme più o meno incisive – la salute individuale dei consumatori, ma a seguito solo di prolungate assunzioni, nessuna delle quali di per sé sola, di regola, idonea a compromettere il bene tutelato (fattispecie, quindi, unanimemente riconosciute di pericolo astratto<sup>250</sup>, concretantisi in condotte seriali con effetti cumulativi); sul bilanciamento degli interessi che tali attività

---

<sup>247</sup> Così C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 246.

<sup>248</sup> Cfr. G. AMATO, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della «continuazione»*, cit., p. 3765.

<sup>249</sup> V. *supra*, cap. I, § 3.4.

<sup>250</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Droga e immigrazione*, cit., p. 233; afferma trattarsi di reati di pericolo presunto, in funzione della tutela del bene giuridico della salute pubblica, la cui reale offesa non è tuttavia richiesta per il perfezionamento dei reati, G. PIFFER, *art. 73 d.p.R. 309/1990*, cit., p. 5399.

mettono a rischio con il principio di autodeterminazione dell'individuo e con la libertà di scegliere, eventualmente, di subire pericoli e danni alla propria salute ed integrità fisica, e, alla luce di ciò, sulla doverosità o meno di un intervento statutale per punire i procacciatori; ancora, sull'efficacia (ed effettività) o meno delle politiche proibizioniste.

Tuttavia, anche a voler prescindere ora da una prospettiva di riforma e limitandoci ad una critica della disciplina vigente, è evidente come alcuni dei numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono succeduti in materia abbiano tendenzialmente estromesso dal fuoco degli interessi direttamente protetti il bene della salute dei consumatori<sup>251</sup>, avendo piuttosto di mira altri scopi, di indubbia efficacia 'culturale' ed espressiva, e redditizi dal punto di vista politico-elettoralistico.

Si pensi all'equiparazione *quoad poenam* delle condotte aventi ad oggetto droghe pesanti e droghe leggere, la cui incidenza sulla salute individuale è – come visto – incomparabilmente diversa: equiparazione che è tuttora vigente in relazione alla fattispecie di lieve entità e che è stata giudicata peraltro legittima dalla Corte costituzionale; o alla inclusione della coltivazione e del trasporto tra le condotte *ex se* penalmente rilevanti, a prescindere dalla proiezione finalistica di tali attività (scelta rilegittimata anch'essa, recentemente, dal Giudice delle leggi); e, ancora, si ponga mente alla sanzionabilità con misure di natura 'intrinsecamente penale' di condotte di consumo «esclusivamente personale», sulla base di un presunto (dal Questore) «pericolo per la sicurezza pubblica», venute meno per ragioni 'formali' e subito ripristinate dal governo con un provvedimento dedicato, evocativamente, a misure per tutelare la 'sicurezza urbana'.

In tutti questi casi, a venire in rilievo sono interessi sovraindividuali che, in modo mistificato, contribuiscono a definire quella che vorrebbe essere una dimensione plurioffensiva di questi reati<sup>252</sup>.

Si tratta di entità astratte ed inafferrabili, quali la 'tranquillità' e la 'quiete pubblica', la 'serenità delle famiglie', o persino l'educazione (e/o il normale

---

<sup>251</sup> Cfr. V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 102.

<sup>252</sup> Cfr. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, cit., pp. 4-5.

sviluppo) delle giovani generazioni<sup>253</sup>, il cui richiamo priva il preteso bene giuridico di ogni funzione critica, di selezione e limite delle opzioni di criminalizzazione del legislatore, finendo invece per legittimare la punibilità di condotte ancora distanti dall'effettiva lesione del bene che sarebbe legittimamente assumibile come oggetto di tutela penale<sup>254</sup>.

In particolare, è solo nell'ottica della 'sicurezza pubblica' (oltre che in quella della salute, intesa non come diritto individuale, ma come bene di cui il soggetto è portatore nell'interesse della collettività) che va inquadrata la concezione del tossicodipendente che emerge dalla normativa, oscillante tra l'enfasi terapeutica – dietro cui si celano in realtà finalità custodiali e logiche manicomiali – e la criminalizzazione in quanto soggetto pericoloso e deviante<sup>255</sup>.

Tuttavia, la sicurezza pubblica più volte evocata da legislatore e giurisprudenza in materia non sembra costituire un autentico bene giuridico, ma, semmai, segnala la presunta esigenza di una tutela anticipata (preventiva) di beni individuali e non, in un'ottica di tutela 'di polizia'<sup>256</sup>.

Viene recuperata così la vecchia categoria dell' 'ordine pubblico di polizia', quale vaghissimo concetto di sintesi delle condizioni essenziali di ordine e tranquillità di vita, quale contenitore ideale e potenzialmente illimitato di altri beni<sup>257</sup>.

In realtà, quindi, la sicurezza pubblica non è un bene dotato di autonomia concettuale, ma l'eventuale risultato di condizioni fattuali, di politiche sociali,

---

<sup>253</sup> Tutte, peraltro, già assunte a punto di fuga della protezione penale in consolidati e autorevoli orientamenti giurisprudenziali: cfr., ad es., Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333, cit., pp. 2646 ss.

<sup>254</sup> Cfr. in questo senso, *ex aliis*, E. MARESCA, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, cit., p. 13, in cui si sostiene che la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico costituiscono beni ultraindividuali e strumentali, rispetto ai quali l'offesa si concretizza secondo un effetto cumulativo e seriale dovuto all'insieme di diverse condotte ripetute nel tempo. 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. Interpretata in chiave generalpreventiva, al fine di impedire il compimento di altri indefiniti reati, quest'ottica finisce per agganciare l'ascrizione della responsabilità alla mera pericolosità sociale del soggetto agente o alla sua mera disobbedienza alle regole dell'ordinamento.

<sup>255</sup> In tal senso, v. A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 828.

<sup>256</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 250.

<sup>257</sup> Cfr., sul punto, V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, cit., pp. 24 ss.

di azioni investigative e di accertamenti giudiziari; essa costituisce, cioè, il risultato e non l'oggetto della tutela approntata dallo stato ai suoi vari livelli<sup>258</sup>.

Nell'ottica dei 'veri' beni giuridici, invece, la razionalità di qualsiasi possibile disciplina in materia andrebbe misurata anzitutto sul metro della salute delle persone, l'unico dotato di un sicuro riferimento costituzionale (art. 32), temperando tale istanza con l'intangibilità dell'autodeterminazione e la libertà di scegliere i propri stili di vita (artt. 2, 3, 13 Cost.), con il limite della tutela dei beni dei terzi.

---

<sup>258</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, cit. pp. 586 ss., in cui si afferma che la 'sicurezza pubblica' è un predicato di altri beni giuridici, non un bene giuridico a sé stante.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna 1989.

AA. VV., *Commenti articolo per articolo alla l. 21.2.2006, n. 49*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 311 ss.

AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998.

AA. VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI e G. PALOMBARINI, Roma 2002.

AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico* (a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI), Bologna 2007.

AA. VV., *Europa e diritto penale* (a cura di C. E. PALIERO e F. VIGANÒ), Milano 2013.

AA. VV., *European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 3, 1262 ss.

AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2006.

AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI e R. SICURELLA), Milano 2011.

AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. INSOLERA, Milano 2008.

AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova 2006.

AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. BRICOLA e G. INSOLERA, Padova 1991.

AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Tre anni di applicazione della legge 49/2006 sulle droghe* (atti del convegno promosso da Antigone, Forum Droghe e La società della ragione a Trieste nel marzo 2009).

AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Illustrazione e commento dei dati sulle conseguenze penali, sulle sanzioni amministrative e l'impatto sul sovraffollamento nelle carceri*, 5<sup>a</sup> edizione, 2014.

AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*. Atti del seminario tenutosi a Pisa il 20-21 giugno 2014 (a cura di G. Morgante), Torino 2015.

AA. VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 623 ss.

AMATO Giuseppe, *Al giudice di pace per le misure interdittive*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 97 ss.

AMATO Giuseppe, *Coltivazione di sostanze stupefacenti: è possibile una soluzione «alternativa» a quella «di rigore» adottata dalle sezioni unite?*, commento a Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *Foro it.* 2008, XII, pp. 620 ss.

AMATO Giuseppe, *Così la coltivazione «casalinga» è sempre punibile*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 80 ss.

AMATO Giuseppe, *Decisione in linea con il principio tabellare che necessita di aggiornamenti tempestivi*, nota a Cass. sez. I, sent. 16 febbraio 2007, n. 19056, Barbieri, in *Guida dir.* 2007, n. 22, pp. 49 ss.

AMATO Giuseppe, *Finalmente la "coltivazione domestica" è riconosciuta dalla Cassazione*, nota a Cass. sez. VI, sent. 18 gennaio 2007, n. 17983, Notaro, in *Cass. pen.* 2007, n. 11, pp. 4302 ss.

AMATO Giuseppe, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, in *Guida dir.* 2014, 4, p. 38.

AMATO Giuseppe, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio»*, nota a Trib. Napoli, sent. 29 maggio 2006, Coladangelo e altri, in *Cass. pen.* 2006, n. 12, pp. 4185 ss.

AMATO Giuseppe, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della «continuazione»*, nota a Cass. sez. I, sent. 28 marzo 2006, n. 12638, Marino, in *Cass. pen.* 2006, XI, pp. 3763 ss.

AMATO Giuseppe, *Con il ritorno improvviso al sistema delle tabelle necessario un profondo intervento chiarificatore*, in *Guida dir.* 2014, 15, p. 50.

AMATO Giuseppe, *La “costituzionalità” della parificazione delle sostanze stupefacenti e gli effetti sull'apprezzamento del fatto di lieve entità*, nota a Cass. sez. VI, sent. 5 giugno 2008, n. 22643, in *Cass. pen.* 2009, 4, pp. 1664 ss.

AMATO Giuseppe, *La modifica al parametro della quantità non genera automatismi di giudizio*, commento al D.M. 4 agosto 2006, in *Guida dir.* 2006, n. 46, pp. 14 ss.

AMATO Giuseppe, *Lavoro al posto del carcere per il fatto lieve*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 84 ss.

AMATO Giuseppe, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*, nota a Corte cost., sent. 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen.* 1995, pp. 2820 ss.

AMATO Giuseppe, *Parametri di fonte amministrativa contro le metamorfosi del mercato*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 24 ss.

AMATO Giuseppe, *Parificate le sostanze «leggere» e «pesanti»*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 73 ss.

AMATO Giuseppe, *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, p. 79.

AMATO Giuseppe, *Più certezze nel colpire la cessione a terzi*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 75 ss.

AMATO Giuseppe, *Soglie presuntive per individuare l'illecito*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 78 ss.

AMATO Giuseppe, *Spuntano sospensione e ritiro della patente*, in *Guida dir.* 2006, n. 12, pp. 90 ss.

AMATO Giuseppe, *Va verificato che il fine ornamentale non nasconda un'attività di spaccio*, nota a Cass. sez. VI, sent. 11 ottobre 2007, n. 40362, Mantovani, in *Guida dir.* 2007, n. 45, pp. 108 ss.

AMATO Giuseppe, *Va riequilibrata la risposta sanzionatoria onde evitare conseguenze irragionevoli*, nota a Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28606, Di Salvia, in *Guida dir.* 2008, n. 31, pp. 86 ss.

AMBROSINI Giangiulio, *Stupefacenti*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino 1999, pp. 25 ss.

ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.

ARNAO Giancarlo, *Cannabis. Uso e abuso*, Viterbo 1993.

ARNAO Giancarlo, *Proibito capire. Proibizionismo e politiche di controllo sociale*, Torino 1990.

BARATTA Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982.

BARATTA Alessandro, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. intern. fil. dir.* 1972.

BARATTA Alessandro, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene* 1985, III, pp. 443 ss.

BARATTA Alessandro, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *Quest. crim.* 1976, pp. 237 ss.

BAUMAN Zygmunt, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002.

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. VENTURI), Torino 1965.

BERNARDI Alessandro, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004.

BERTOL Elisabetta, *Note di commento al testo aggiornato del d.p.r. n. 309/90 recante «Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»*, in *Riv. it. med. leg.* 2006, n. 3, pp. 511 ss.

BETTIOL Giuseppe, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971.

BLUMIR Guido, *La marijuana fa bene. Fini fa male*, Viterbo 2003.

BLUMIR Guido, *Marijuana. Uno scandalo internazionale*, Torino 2002.

BRAY Carlo, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, nota a Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 49476; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2548; Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 3037; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 5254, in *Dir. pen. cont.* 23 maggio 2016.

BRAY Carlo, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? Tre questioni all'esame della consulta*, Trib. Ferrara, ord. 18 novembre 2015; Trib. Rovereto, ord. 9 marzo 2016, tutte in *Dir. pen. cont.* 24 marzo 2017.

BRAY Carlo, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, nota a Corte cost., sent. 13 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 23, in *Dir. pen. cont.* 7 marzo 2016.

BRICOLA Franco, *Il II e III comma dell'art. 25 (1981)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna 1989, pp. 227 ss.

BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, pp. 7 ss.

CARDILE Francesco, (sub) *art. 4-ter/4-quarter d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 335 ss.

CARDILE Francesco, *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 161 ss.

CASCINI Giuseppe, *Stupefacenti e repressione penale*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 53 ss.

CASTELLANO Lucia – STASIO Donatella, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano 2009.

CAVALIERE Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, cit., pp. 133 ss.

CAVALIERE Antonio, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico* (a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI), Bologna 2007, pp. 265 ss.

CAVALIERE Antonio, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.* 2014, 5, 586 ss.

COHEN Peter, *La cultura del bando della cannabis*, trad. it. M. IMPALLOMENE, Amsterdam 2007, consultabile in <http://www.cedro-uva.org/lib/cohen.cannabisverbod.it.html>.

CORLEONE Franco – GONNELLA Patrizio – ZUFFA Grazia, *I miti e i fatti*, in AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Tre anni di applicazione della legge 49/2006 sulle droghe*, cit., pp. 2 ss.

CUPELLI Cristiano, *Il Teso Unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale. Osservazioni su Cass. pen., sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554, Pres. Squassoni, Rel. Franco, Ric. Maniscalco*, in *Dir. pen. cont.* 9 luglio 2013 e in *Cass. pen.*, 2013, 10, pp. 3419 ss.

CUPELLI Cristiano, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, nota a sent. 12 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.* 2014, pp. 485 ss.

DE FLAMMINEIS Sirio, *La disciplina del fatto lieve in materia di stupefacenti alla luce delle ultime sentenze della Cassazione*, in *archiviopenale.it*, 1/2014.

DELLA BELLA Angela, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.* 15 settembre 2013.

DELLA BELLA Angela, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.* 7 gennaio 2014.

DELLA BELLA Angela – VIGANÒ Francesco, *Convertito il d.l. n. 146/2013 sull'emergenza carceri. Il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, in *Dir. Pen. cont.* 24 febbraio 2014.

DELLA BELLA Angela – VIGANÒ Francesco, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2872-sulle-ricadute-della-sentenza-n-322014-della-corte-costituzionale-sull-art-73-tu-stup>

DOLCINI Emilio – MARINUCCI Giorgio, *Codice penale commentato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2006.

DOMENICALI Caterina, *Conferme in tema di decretazione d'urgenza (in attesa del potenziamento di ulteriori parametri di costituzionalità). Considerazioni a margine di Corte cost. n. 94 del 2016*, scritto in corso di pubblicazione in *Studium Iuris* (13 dicembre 2016) in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali\\_nota\\_94\\_2016.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/12/domenicali_nota_94_2016.pdf)

DONINI Massimo, *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 214 ss.

DONINI Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996.

- DONINI Massimo, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.* 1999, XIV, pp. 221 ss.
- ESCOHOTADO Antonio, *Piccola storia delle droghe*, Roma 1997.
- FERRAJOLI Luigi, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 9 ss.
- FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989.
- FERRAJOLI Luigi, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 797 ss.
- FERRAJOLI Luigi, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene* 1985, III, pp. 493 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Il 3° comma dell'art. 27 (1986)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna 1989, pp. 222 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, pp. 42 ss.
- FIANDACA Giovanni – MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Bologna 2007.
- FIORE Carlo, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.* 1994, pp. 275 ss.
- FIORE Carlo, *Il reato impossibile*, Napoli 1959.
- FIORE Carlo – FIORE Stefano, *Diritto penale*, parte generale, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2008.
- FIORENTIN Fabio, *L'esecuzione penale nei confronti dei condannati tossicodipendenti*, in *Legisl. pen.* 2006, II, pp. 265 ss.
- FLICK Giovanni Maria, *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione*, Milano 1979.
- FORTUNA Ennio, *Stupefacenti (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, pp. 1178 ss.

FOUCAULT Michel, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976.

FROLDI Rino, (sub) *art. 4-quinquies d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 365 ss.

FROLDI Rino, *Problematiche tossicologico-forensi*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 179 ss.

FUKUYAMA Francis, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano 1996.

GABOARDI Andrea, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, pp. 83 ss.

GALLINO Luciano, *Finanzcapitalismo. La società del denaro in crisi*, Torino 2011.

GALLINO Luciano, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Bari 2012.

GALLO Andrea, *Il cantico dei drogati. L'inganno della droga nella società delle dipendenze*, Roma 2005.

GALLO Marcello, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, nota a Corte cost., sent. 15 giugno 1956, n. 3, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1956, pp. 455 ss.

GAMBARDELLA Marco, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32/2014*, in *archiviopenale.it*, n. 1/2014.

GAMBARDELLA Marco, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.* 2014, pp. 1132 ss.

GAMBERINI Alessandro, *La repressione della produzione e del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, cit., pp. 67 ss.

GAMBERINI Alessandro, *Riserva di legge*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 129 ss.

GAMBERINI Alessandro – INSOLERA Gaetano, *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 1 ss.

GARLAND David, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1999.

GIORGIO Giovanni, *La coltivazione di sostanze stupefacenti: sempre punibile?*, nota a Cass. Sez. Un., sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *Foro it.* 2008, X, pp. 489 ss.

GUAZZALOCA Bruno, (sub) *art. 4 d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 321 ss.

GUAZZALOCA Bruno, *Le innovazioni in materia di esecuzione della pena*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 67 ss.

GUGLIELMI Pina, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 T.U. sugli stupefacenti*, in *Giur. merito* 2006, X, pp. 2101 ss.

HUNTINGTON Samuel Phillips, *Lo scontro di civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 2001.

INSOLERA Gaetano – STORTONI Luigi, *Un'altra legge "speciale": la legge sulla droga*, in *Quest. crim.* 1976, II, pp. 97 ss.

JHERING Rudolph von, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. M. G. LOSANO, Torino 1972.

KANT Immanuel, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. P. CHIODI, in *Scritti morali*, Torino 1970.

KANT Immanuel, *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. VIDARI, Bari 1970.

LEOPIZZI Alessandro, *Minima poenalia. Stupefacenti: questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, in *Giust. pen.* 2014, pp. 129 ss., pp. 141 ss.

LISZT Franz von, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), trad. it. A. A. CALVI, Milano 1962.

MANES Vittorio, (sub) *art. 4-bis d.l. 30.12.2005 n. 272*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 326 ss.

MANES Vittorio, *Il nuovo art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte. Può il principio di offensività vincolare, se non il legislatore, almeno l'interprete?*, testo della relazione tenuta all'incontro di studi sul tema *Il punto sulla disciplina delle sostanze stupefacenti e psicotrope a due anni dalla legge n. 49 del 2006*, organizzato dall'Ufficio dei referenti per la formazione dei magistrati presso la Corte di Cassazione, Roma, 20 maggio 2008.

MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005.

MANES Vittorio, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, nota a Corte di Giustizia CE, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, in *Cass. pen.* 2006, n. 3, pp. 1150 ss.

MANES Vittorio, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, cit., pp. 95 ss.

MANES Vittorio, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*, nota a Trib. Rovereto, sent. 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.* 2007, n. 7/8, pp. 3035 ss.

MANES Vittorio, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in AA. VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, cit., pp. 13 ss.

MANES Vittorio – ROMANO Luisa, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, nota a

Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia, in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.* 1/2014, 215 ss.

MANES Vittorio – ROMANO Luisa, *L'incostituzionalità della legge sulle droghe (cd. Fini-Giovanardi): all'interprete il compito di ricomporre le macerie*, in *Riv. med. leg.* 2014, 2, pp. 363 ss.

MANNA Adelmo, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale minimo*, cit., pp. 35 ss.

MANNA Adelmo, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti e i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. e proc.* 2006, VII, pp. 823 ss.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Padova 2007.

MARESCA Elonora, *L'uso personale di stupefacenti e le aporie nel sistema penale*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18504, pres. Zecca, rel. Serrao, in *Dir. pen. cont.* 12 dicembre 2014.

MARGARA Sandro, *Retorica della cultura e realtà della contenzione*, in AA. VV., *Libro bianco sulla Fini-Giovanardi. Tre anni di applicazione della legge 49/2006 sulle droghe*, cit., pp. 35 ss.

MARINUCCI Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano 1971.

MARINUCCI Giorgio – DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001.

MAZZACUVA Nicola, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» di reato e la struttura dell'illecito penale*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 81 ss.

MAZZANTI Edoardo, *Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, pp. 45 ss.;

MOCCIA Sergio, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979.

MOCCIA Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, pp. 343 ss.

MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992.

MOCCIA Sergio, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001.

MOCCIA Sergio, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1990, pp. 1 ss.

MUSCO Enzo, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974.

NAZZARO Ubaldo, *L'illegittimità costituzionale dell'equiparazione tra droghe «leggere» e «pesanti» ai fini sanzionatori*, in *Riv. pen.* 2014, 10, pp. 868 ss.

NOTARO Domenico, *Fra Corte costituzionale e parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità* (a cura di Gaetana Morgante), Torino 2015, pp. 9 ss.

NUVOLONE Paolo, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur cost.* 1956, pp. 1253 ss.

PALAZZO Francesco Carlo, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 1994.

PALAZZO Francesco Carlo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979.

PALAZZO Francesco Carlo, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.* 1993, VII, pp. 338 ss.

PALIERO Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, pp. 430 ss.

PALIERO Carlo Enrico, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, II, pp. 467 ss.

PAVARINI Massimo, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.* 1983, pp. 21 ss.

PAVARINI Massimo, *Lo scopo nella pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 351 ss.

PELAZZA Marta, *Coltivazione domestica di canapa indiana: una pronuncia assolutoria della Cassazione dopo le Sezioni Unite del 2008*, nota a Cass. sez. IV, sent. 28 giugno 2011, n. 351, in *Dir. pen. cont.* 18 ottobre 2011.

PETRINI Davide, *Per una disciplina giuridica degli stupefacenti che sostenga il disagio senza criminalizzarlo*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 479 ss.

PIFFER Guido, (sub) *art. 73 d. p. R. 309/1990*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., pp. 5391 ss.

PIOTTO Alessandro Maria, *La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990: dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, pp. 133 ss.

POTETTI Domenico, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*, nota a Cass. sez. VI, sent. 5 aprile 2006, n. 15184, Cavanna, in *Cass. pen.* 2007, n. 5, pp. 2135 ss.

PULITANÒ Domenico, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.* 2006, IV, pp. 740 ss.

RESTA Federica, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.* 2006, I, pp. 181 ss.

ROMANO Luisa, *Art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: la parola alla Corte costituzionale. Osservazioni su Corte d'Appello di Roma, sez. III, ord. 28 gennaio 2013, Pres. Ed Est. Bettiol*, in *Dir. pen. cont.* 28 maggio 2013.

ROMANO Luisa, *L'art. 75-bis del d.p.r. n. 309 del 1990 al vaglio della Corte costituzionale: ovvero della neve e della droga insieme*, nota a Cass. sez. VI, ord. 17giugno-23 settembre 2015, n. 38561, in *Dir. pen. cont.* 30 ottobre 2015.

ROMANO Luisa, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79. Ovvero tra novità, conferme e "sviste"*, in *Dir. pen. cont.* 29 maggio 2014.

ROMANO Luisa, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*, nota a Corte Costituzionale, sent. 20 maggio 2016, n. 109, in *Dir. pen. cont.* 30 maggio 2016.

ROMANO Luisa, *Novità giurisprudenziali in materia di stupefacenti*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma 2014, consultabile su [http://www.treccani.it/enciclopedia/novita-giurisprudenziali-in-materia-di-stupefacenti\\_\(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/novita-giurisprudenziali-in-materia-di-stupefacenti_(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto)/)

ROMEO Gioacchino, *Le Sezioni Unite sul consumo di gruppo di sostanze stupefacenti*, nota a Cass. S.U., sent. 10 giugno 2013, n. 25401, in *Dir. pen. cont.* 23 giugno 2013.

RONCO Mauro, *Il controllo penale delle droghe alla luce del principio di offensività*, in *Legisl. pen.* 2007, II, pp. 475 ss.

RONCO Mauro, *Stupefacenti (II: diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma 1996, pp. 1 ss.

ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema di diritto penale*, trad. it. S. MOCCIA, Napoli 2001.

RUGA RIVA Carlo, *Droga e immigrazione: il diritto penale ingiusto, i suoi giudici e i suoi studiosi*, in *Crit. dir.* 2005, pp. 228 ss.

RUGA RIVA Carlo, *Il ruolo della decisione quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esempio della legislazione antidroga*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto*

*comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi-V. Manes, Bologna 2007, pp. 125 ss.

RUGA RIVA Carlo, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 234 ss.

SANTAMARIA Dario, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955.

SGUBBI Filippo, *Il bene giuridico e le legge di riforma in materia di stupefacenti*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, cit., pp. 63 ss.

SGUBBI Filippo, *Presentazione de La legislazione penale compulsiva*, cit., pp. XI ss.

SICURELLA Rosaria, «*Prove tecniche*» *per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione Europea in materia penale*, in AA. VV., *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Milano 2011, pp. 27 ss.

SOTIS Carlo, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.* 2010, 326 ss.

SPINOSA Valeria: *Misure sostitutive e alternative per i soggetti tossicodipendenti*, in AA. VV., *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, cit., pp. 213 ss.

STORTONI Luigi, *L’abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976.

SZASZ Thomas, *Il mito della droga*, Milano 1977.

TOMBESI Anna Carla, *Sull’uso collettivo di sostanze stupefacenti: si consolida il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*, nota a *Cass. sez. III*, sent. 20 aprile 2011, n. 35706, in *Dir. pen. cont.* 11 gennaio 2012.

VALENTI Alessandro, *Principi di materialità e offensività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 274 ss.

VERGA Massimiliano, *La droga espiatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano 2004.

VIGANÒ Francesco, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Dir. pen. cont.* 19 maggio 2014.

VIGANÒ, *Dalla Cassazione un piccolo vademecum per il giudice di fronte al rompicapo creato dal d.l. 146/2013 e dalla sent. n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, nota a Cass. sez. IV, sent. 28 febbraio - 14 marzo 2014, n. 13903, Spampinato, in *Dir. pen. cont.* 1 aprile 2014.

VIGANÒ Francesco, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Dir. pen. cont.* 24 marzo 2014.

VIGANÒ Francesco, *Le sezioni unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, nota a Cass. S.U., sent. 9 luglio 2015, n. 29316, De Costanzo, in *Dir. pen. cont.* 1 agosto 2015.

VIGANÒ Francesco, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, nota a Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Ercolano, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* n. 1/2014, 250 ss.

WELZEL Hans, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1951, pp. 1 ss.

ZANOTTI Marco, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale cit.*, pp. 154 ss.

ŽIŽEK Slavoj, *La violenza invisibile*, Milano 2007.

ŽIŽEK Slavoj, *Quando la politica si affida alla paura*, in *la Repubblica*, 6 novembre 2007.