

GAETANA MORGANTE

PREFAZIONE

La presente raccolta di scritti nasce da un ciclo di seminari organizzato su impulso degli allievi perfezionandi dell'Area di Giustizia penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Il tema della disciplina interna ed internazionale in tema di stupefacenti è stato affrontato da tutti gli angoli visuali direttamente ed indirettamente pertinenti al diritto penale, dal diritto costituzionale a quello dell'Unione Europea, dalla prospettiva sostanziale a quella processuale, senza omettere il riferimento alle questioni criminologiche e scientifiche rilevanti.

L'occasione era data dalle recenti riforme legislative e dalle conseguenti pronunce della Consulta, ma gli allievi perfezionandi hanno proficuamente ampliato lo sguardo, fino a fornire un quadro completo e ricco di spunti di riflessione su una materia profondamente tormentata da istanze politico-criminali, prim'ancora che da, pur importanti, questioni tecnico-giuridiche.

Come limpidamente emerge dalla lettura dei diversi contributi ospitati dal volume, la materia degli stupefacenti non può essere adeguatamente trattata senza misurarsi con un contesto "metagiuridico" fatto di orientamenti di pensiero e convinzioni "pre-normative" sul più efficace modello di contrasto dei reati in materia di stupefacenti, in un'ottica idonea a percorrere trasversalmente tutti i fondamentali istituti del diritto penale, dal soggetto attivo, alla condotta rilevante, dalle pene alle misure di sicurezza.

Tutti gli autori dei diversi contributi hanno affrontato i diversi temi prescelti in modo tale da raggiungere un equilibrio davvero arduo in un tema come questo: quello tra l'espressione di un orientamento di pensiero scientificamente motivato ma pur sempre "personale" ed obiettività e rigore metodologico dell'esposizione.

Un sentito ringraziamento va, infine, oltre che ai giovani studiosi che hanno dato vita all'evento e corpo a questo volume, al prof. Giovannangelo De Francesco, che ha introdotto i lavori con una panoramica politico-criminale e metodologica che ha mirabilmente segnato i binari sui quali poi la riflessione si è sviluppata in un modo che ci si augura possa aver offerto un significativo contributo al dibattito su un tema sempre aperto, ma sempre stimolante.

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

IL CONTROLLO PENALE DEGLI STUPEFACENTI
NEGLI SVILUPPI DELLA MODERNITÀ:
UN'INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Tendenze e limiti dell'intervento penale in materia di stupefacenti. – 2. Il pericolo astratto ed il fascio degli interessi coinvolti. – 3. Il c.d. *harm principle*: uno spunto problematico. – 4. Alcuni rilievi circa i rapporti con i reati di offesa. Lo squilibrio nelle relazioni tra i consociati come paradigma politico-criminale.

1. *Tendenze e limiti dell'intervento penale in materia di stupefacenti*

La tematica del controllo penale degli stupefacenti – che viene qui affrontata con ampiezza e profondità in tutte le sue molteplici articolazioni – costituisce da sempre un terreno d'elezione per le ricerche volte a sondare, sia sul terreno dei principi che su quello delle scelte e delle tecniche di tutela, i lineamenti ed il “volto” di un sistema chiamato a confrontarsi con emergenze sociali particolarmente complesse e tali da prestarsi a differenti chiavi di lettura quanto ai “valori” coinvolti e alle esigenze sul piano politico-criminale.

A tale riguardo, viene, anzitutto, quasi spontaneo ricordare che la materia è di quelle fortemente impregnate di una carica “ideologica” con la quale sarebbe a tutt'oggi improvvido rinunciare a misurarsi. Così, soprattutto a partire dagli anni '60, si è venuti assistendo al delinarsi di un conflitto radicale tra una vocazione “liberatrice” di cui il ricorso alla droga sarebbe stata espressione e una posizione “conservatrice” propensa a ravvisare nella prima una sconfessione eticamente (e politicamente) censurabile dei vincoli tradizionali della società borghese e della sua intrinseca avversione verso derive irrazionali e anticonformistiche.

Col tempo, per vero, siffatta contrapposizione è andata in parte attenuandosi: complice, non soltanto la constatata fruizione della droga da parte di ben più vasti strati della popolazione, ma anche l'intersecarsi della sua diffusione con il ruolo sempre più incisivo della criminalità organizzata, e persino, come ebbe già ad osservare Palazzo, di settori devianti all'interno della pubblica amministrazione, nella forma del riciclaggio e del reimpiego

di capitali di illecita provenienza. Di tali fenomeni gli scritti racchiusi nel presente volume danno, del resto, ampia testimonianza: non solo quelli, in particolare, più o meno estesamente dedicati alle organizzazioni delittuose rivolte al traffico di stupefacenti, ma anche quelli dediti all'analisi della molteplicità di interessi implicati dalle attività connesse all'uso della droga, e al difficile compito di valutarne il peso e le relazioni reciproche nell'ottica di una valutazione ponderata dei confini dell'intervento penale.

L'intensificarsi di quello che potremmo designare, in termini sintetici, come il "mercato della droga" sembra rendere allora problematico – oggi, più ancora che in passato – immaginare un'eventuale scelta di campo a favore di un atteggiamento di tolleranza nei confronti del fenomeno degli stupefacenti. Il connubio tra "ideologia" (repressiva) – mai del tutto tramontata – ed esigenze effettive di coercizione rappresenta invero una barriera difficile da superare (anche) in una prospettiva di medio termine. Contro un ribaltamento – o significativo ridimensionamento – dell'attuale scenario milita, d'altronde, anche l'incessante contributo degli atti internazionali o sovranazionali, così ben lumeggiato negli interventi al nostro dibattito; contributo che, seppure lascia alcuni "spazi di manovra" ai sistemi nazionali, è ben lungi dal consentire un atteggiamento poco o nulla sensibile alle indicazioni sovrastatali, tanto più in un settore nel quale la cooperazione postulata dall'Unione Europea viene a coincidere con quella riservata alle forme più gravi di criminalità, come tali bisognose di un impegno comune possibilmente uniforme.

Resta, certo – oltre all'esigenza di "depurare" il problema da suggestioni puramente ideologiche o moralizzanti – la necessità di fare i conti con la salvaguardia (anch'essa di rilevanza europea!) dei diritti di libertà e del canone fondamentale della "ragionevolezza" e della proporzionalità. A tal proposito, non sono in pochi, tra i partecipanti al nostro incontro, a misurarsi con il contenuto di simili garanzie: anzitutto, nel senso della necessità di accentuare il distacco tra il "mercante" di droga e il detentore-assuntore, e, quindi, anche nell'ottica di un'ancor più marcata differenziazione tra droghe pesanti e leggere (senza trascurare, altresì, la "qualità" del potenziale assuntore), in una con l'ulteriore esigenza di attribuire alla c.d. "lieve entità" un regime penale in grado di collegarsi distintamente alle due tipologie di stupefacenti; per non parlare poi di interventi più mirati quanto alla condotta di "coltivazione" di sostanze droganti, e più in generale in direzione di un "riequilibrio" sanzionatorio tra condotte che dovrebbero meritare (in caso di finalizzazione all'uso personale) un trattamento sostanzialmente omogeneo.

2. *Il pericolo astratto ed il fascio degli interessi coinvolti*

Peraltro, le difficoltà che attraversano la nostra tematica sono, a chi ben guardi, assai più elevate rispetto a quelle che un esame frettoloso circa il *quid puniendum* potrebbe indurre a far supporre. La “situazione spirituale” in cui versa il diritto penale contemporaneo pare invero contrassegnata da un progressivo “globalizzarsi” – si potrebbe dire – dello scenario assiologico e politico-criminale in cui si proiettano le strategie del controllo penale. In luogo del paradigma del “bene giuridico” tende sempre più ad affermarsi una visione teleologica in cui si celebra un’osmosi progressiva tra molteplici valori in campo, fino a restituire l’immagine di una costante intersezione tra prerogative individuali e risvolti collettivi e “comunitari” delle attività concernenti i settori coinvolti.

Non si tratta, beninteso, di tornare ad interrogarsi, mediante un’analisi condotta *in vitro*, sul contenuto specifico di nozioni che sfuggono di per sé stesse ad una puntuale decifrazione concettuale: nozioni, in particolare – come quelle, ad es., di “ordine pubblico” o di “sicurezza pubblica” – che rivelano, per l’appunto, un tasso intollerabile di ambiguità e di “manipolabilità” nelle più diverse direzioni della tutela. Si tratta invece di far luce su di un contesto che vede oggi sempre più impegnato il legislatore – così come l’interprete sensibile alle vicende in corso – nell’additare dei programmi di tutela in grado di offrire una risposta a quell’incedere impetuoso della “società del rischio” che ha finito con lo sbriciolare l’asse portante delle costruzioni di ascendenza illuministica e vetero-liberale.

A tale stregua, per vero, l’individuazione di “spazi di libertà” sottratti ad eventuali scelte d’incriminazione (od anche di punizione in via amministrativa) ha da fare i conti con uno scenario complessivo in cui vengono a situarsi, ad un tempo, la difesa della propria e dell’altrui salute, della propria e dell’altrui capacità di reagire alle insidie di determinate attività pericolose, delle proprie e delle altrui condizioni di una “vita buona” anche sotto il profilo economico-patrimoniale; per non parlare dell’interesse pubblico a prevenire un decremento massiccio delle risorse destinate ad interventi “assistenziali” a favore dei membri della comunità (il tutto permeato, per di più, da quell’afflato “solidaristico” – interno ed esterno al nucleo familiare quale cellula primaria della convivenza – che rende certamente difficile astenersi da un giudizio di riprovazione circa i fenomeni qui considerati).

Il “versante” politico-criminale nel quale un simile scenario trova il proprio volano è quello – ben si sa – del c.d. “pericolo astratto”. Ed è un versante che, col far retrocedere – talora in misura accentuata – i confini della tutela, tende a sottrarsi ad una ponderazione col “bilancino” delle direzioni in cui vengono a proiettarsi i singoli interessi e la consistenza effettiva del-

la lesione; piuttosto, quegli interessi vengono a coagularsi in una visuale a vasto spettro, consustanziale alla stessa fisionomia di una tutela “anticipata”, soprattutto quand’essa – come nel nostro settore – si dimostri in grado di “avvolgere” nella sua proiezione finalistica esigenze che non si lasciano selezionare e “decomporre” allo stesso modo di quanto accade nella verifica in ordine al disvalore di risultati offensivi determinati.

D'altronde, anche il parallelismo – sovente istituito – con altri fenomeni socialmente indesiderabili (quali il ricorso all'alcool o l'abitudine al fumo) non si rivela sempre, ragionando in quest'ottica, perfettamente lineare. O meglio: esso potrebbe rivelarsi tale, ma solo a condizione di trascurare l'*attualità* dei riverberi socialmente negativi ricollegabili alle attività coinvolte: là dove, in effetti – a parte l'esistenza pur sempre di limitazioni anche all'uso delle predette sostanze – queste non presentano (in particolare, il fumo) un “fascio” di possibili risvolti rischiosi assimilabili alla diffusione degli stupefacenti.

3. *Il c.d. harm principle: uno spunto problematico*

Si dirà: rilievi del genere, sebbene non del tutto privi di plausibilità, servono piuttosto ad illustrare e a “descrivere” la fisionomia delle tendenze in atto, che non ad affondare realmente il bisturi nella dimensione propriamente “deontologica”, nella fondamentale base di legittimazione, in altri termini, che dovrebbe sorreggere la cernita degli interessi rilevanti, alla luce di un quadro costituzionale sensibile alle libertà di scelta proprie dei singoli individui, almeno finché esse non trasmodino in un'offesa od in un concreto pericolo per gli interessi di terzi.

La rivolta contro il “paternalismo” legale – più o meno forte ed incisivo – è tornata, per vero, ad interessare il “discorso pubblico” dei nostri tempi con un vigore non meno intenso rispetto a quello assunto dalle elaborazioni propense ad accentuare le logiche di difesa caratteristiche della “società del rischio” e della connessa tendenza verso la creazione di una barriera anticipata contro l'incedere massivo di conseguenze socialmente riprovate.

È pur vero, nondimeno, che l'accento posto sul c.d. *harm principle* (eretto a vessillo di quella sfida di segno *liberal*) non può far velo alla circostanza che quest'ultimo – non a caso fatto discendere dal pensiero di Stuart Mill – è pur esso impregnato di un “cuore antico”, e, per giunta, non si allontana molto dalle logiche dell'offensività, sia pur “rivisitate” alla luce di quella più accentuata sensibilità di tipo “empirico” che il pensiero anglosassone ha da sempre mostrato riguardo alle categorie giuridiche e alle loro dinamiche applicative. Merita semmai evidenziare come detto principio giochi

un ruolo di più spiccata rilevanza nell'ottica di quella ben nota separazione tra diritto e morale, che tocca in via preminente le materie c.d. "sensibili" (quali quelle della bioetica, delle condotte sessualmente connotate, dell'eutanasia e del suicidio assistito, e così via dicendo): separazione che non è certo estranea anche al tema che ci occupa, ma alla quale si affianca una prospettiva maggiormente condizionata dall'irrompere di scenari evolutivi – per di più collegati alle logiche del "rischio" – debitori di valutazioni meno influenzabili da una radicale dicotomia tra un approccio "laico" o viceversa "eticizzante".

Quanto detto, peraltro, lungi dallo svuotare ed esautorare la portata delle controversie *in subiecta materia*, giunge in realtà ad esaltarne la dimensione problematica, inducendo davvero a collocarle sul crinale privilegiato in cui si manifestano le tensioni più profonde della riflessione penale contemporanea; di fronte al carattere davvero "macroscopico" delle potenzialità lesive che il ricorso alla droga lascia intravedere, si erge la perdurante necessità di non mortificare troppo le libertà del singolo, specialmente laddove i rischi apprezzabili assumano una ridotta entità, e non si tratti – come giustamente si ribadisce anche nel nostro dibattito – di soggetti particolarmente vulnerabili a causa della loro immaturità o di altre circostanze in grado di condizionarne e limitarne l'autonomia.

4. *Alcuni rilievi circa i rapporti con i reati di offesa. Lo squilibrio nelle relazioni tra i consociati come paradigma politico-criminale*

Tutto ciò considerato – e muovendo, naturalmente, dal presupposto che si tratti di comportamenti meritevoli di sanzione – difficilmente praticabile sembrerebbe, tuttavia, la scelta, talora emergente dal dibattito in materia, di instaurarne un confronto più o meno puntuale con il regime riservato alle offese contro la persona (o comunque comportanti un'incidenza apprezzabile sulla sua salute individuale). In effetti – e pur prescindendo dal rievocare quanto già notammo in altra sede, ossia che anche le relative fattispecie sono oggi investite da un *trend* evolutivo tale da ricondurle, quanto all'*an* o al *quantum* della sanzione, ad una più ampia prospettiva teleologica – resta il fatto che, già *in apicibus*, l'idea di un incremento *in gravius* operante in funzione dell'avvicinamento all'offesa non si sottrae ad alcune obiezioni. La dimensione diffusiva e "massiva" di possibili pregiudizi – per giunta variamente caratterizzati (si pensi soltanto al nugolo di effetti c.d. "diretti" e "indiretti" connessi all'uso di stupefacenti) – tende invero a far premio sulla "concretezza" di un danno o di un pericolo riferiti ad un singolo episodio lesivo; come dimostra, per altro verso, la ben

nota previsione di pene assai elevate per le associazioni delittuose, proprio in funzione della molteplicità, “serialità” (e sovente multiformità ed eterogeneità) degli obiettivi assumibili da un gruppo organizzato.

Piuttosto, il potere discrezionale del giudice – spesso guardato, e non senza fondamento, con un atteggiamento di sospetto da parte di chi ne teme un uso arbitrario – non può non avere, nel contesto qui esaminato, un’incidenza di particolare rilievo (senza trascurare, beninteso, anche l’eventuale ricorso, laddove possibile, a misure alternative o sospensive della detenzione): non essendo affatto ragionevole che – pur quando si tratti di pericolo astratto – si possa ritenere meno significativo il compito di procedere ad una valutazione congruamente differenziata, alla luce del “contesto” in cui la condotta si colloca, proiettando le sue qualità e caratteristiche nello scenario degli sviluppi possibili e conferendole dunque un’“identità” sua propria all’interno della “scala penale” postulata dall’incriminazione.

D’altra parte – ci si passi infine questo ulteriore richiamo a quanto già detto in altra sede – la vocazione ineliminabile del nostro ramo del diritto risiede tuttora nel calibrare la tutela nel quadro di una visione “relazionale”, per così dire, dell’illecito presidiato da pena: una visione magari più complessa e polimorfa rispetto a quella propria del c.d. *Kernstrafrecht*, ma che non può fare a meno di attrarre i rapporti tra i consociati in una “città ideale” di partecipanti alla vita in comune, alla cui stregua giocano un significato essenziale le “aspettative” circa l’osservanza di determinate “regole del gioco” considerate indispensabili per la simultanea salvaguardia delle posizioni degli interessati. Sono proprio queste regole che fanno sì che il diritto penale assuma il ruolo di una “precondizione” indefettibile per gli interi ambiti sociali in cui si svolge la vita in comunità; e tale precondizione si specifica, a sua volta, nel postulare una “misura” nel rapporto tra i rispettivi ambiti di estrinsecazione delle potenzialità riconosciute a ciascuno. Di modo che, in definitiva, la percezione sociale dell’illecito sembra essere debitrice di uno *squilibro intollerabile* che all’interno delle suddette relazioni sia suscettibile di prodursi: come del resto avviene in maniera emblematica nelle attività economicamente rilevanti (si pensi soltanto al diritto dei mercati finanziari) dove la risposta penale si collega appunto ad un’“alterazione” di particolare rilevanza (sul piano quantitativo e/o qualitativo) delle *chances* partecipative alla vita economica nei contesti di volta in volta considerati.

Ebbene, anche nell’ambito, variegato e complesso, del mercato della droga, si tratta appunto di sondare i termini ed il significato di quello squilibrio: con l’avvertenza che non ci si potrà limitare a muoversi in un’ottica unidirezionale o contenutisticamente omogenea, ma sarà invece necessario misurarsi con una molteplicità di livelli – o se si vuole, di dislivelli – nel quadro delle relazioni in atto o in prospettiva: la qualità e le condizioni

dell'assuntore, il tipo di droga, le potenzialità di reiterazione dello spaccio in correlazione con le "resistenze" opponibili alla diffusione dell'attività, e così via dicendo. Un programma, com'è ben chiaro, di "dosaggio" di reati e di pene (anche in concreto) particolarmente arduo e impegnativo: ma non è forse alla luce delle basi empiriche della tutela e del loro insediarsi in un orizzonte di relazioni umane sempre più articolato e multiforme, che il "valore" e l'efficacia dell'intervento penale deve ricevere attualmente la propria legittimazione?

DOMENICO NOTARO

FRA CORTE COSTITUZIONALE E PARLAMENTO.
CONSIDERAZIONI INTORNO ALLE PROSPETTIVE
POLITICO-CRIMINALI IN MATERIA DI STUPEFACENTI

SOMMARIO: 1. Orientamenti politico-criminali in tema di contrasto alle pratiche di uso e spaccio di sostanze stupefacenti. – 2. Le modifiche al sistema tabellare delle sostanze stupefacenti vietate. – 3. Ragioni e corollari della ridefinizione del sistema tabellare di sostanze stupefacenti. – 3.1. La violazione delle condizioni di impiego dei decreti-legge in materia penale. – 3.2. Le indicazioni di diritto penale intertemporale alla luce degli obblighi di penalizzazione imposti dalle fonti internazionali. – 4. La differenziazione del trattamento delle droghe leggere e delle droghe pesanti. Considerazioni sulla ragionevolezza delle scelte politico-criminali alla base della disciplina penale degli stupefacenti. – 4.1. Le suggestioni di un approccio “paternalistico”. – 5. Quali prospettive politico-criminali per il contenimento degli effetti nocivi del traffico di stupefacenti?

1. *Orientamenti politico-criminali in tema di contrasto alle pratiche di uso e di spaccio di sostanze stupefacenti*

Da sempre, la definizione delle politiche di contrasto alle pratiche di produzione, traffico, impiego e consumo di stupefacenti rappresenta argomento “scottante”, capace di coinvolgere, come di dividere, l’opinione di quanti si impegnino nella discussione sul tema. La legislazione ne risente, non riuscendo a delineare un assetto normativo stabile, condiviso, non esposto a ripensamenti continui. Così pure le ultime misure coniate in questo settore perseguono l’obiettivo di riequilibrare la risposta afflittiva, onde renderla più confacente al disvalore del fatto e alla gravità dell’offesa, così come attualmente avvertiti. Un riequilibrio che spinge a superare gli irrigidimenti repressivi cui in passato si è abbandonato (ma a cui per molti aspetti continua ad affidarsi) il legislatore – complice il frequente ricorso a schemi presuntivi e “finzioni giuridiche” – per recidere “a monte” e “a valle” il legame fra l’offerta delle sostanze droganti e la domanda di smercio e consumo delle stesse. Le prese di posizione più recenti tendono a tempe-

rare le soluzioni smaccatamente repressive attraverso una più precisa indicazione dei presupposti normativi degli illeciti e attraverso la riaffermazione di spazi per la valutazione in concreto della gravità del fatto, da rimettere al giudice sia in sede di accertamento delle responsabilità giuridiche, che in quella di sottoposizione del trafficante al trattamento riabilitativo. Tale riassetamento sembra, in definitiva, ispirato dall'esigenza di mitigare, ove possibile, la risposta afflittiva nei confronti del trafficante e del consumatore di sostanze stupefacenti, assicurando la necessaria differenziazione della considerazione delle condotte dalla diversa portata offensiva.

Un siffatto riassetamento è andato orientandosi secondo molteplici, percorsi.

In taluni casi il temperamento delle rigidità normative è stato ottenuto tramite la *riaffermazione* di margini per l'esercizio del potere discrezionale del giudice nella valutazione del caso concreto; margini i quali, in passato, erano stati invece inibiti dal legislatore. Rispecchia tale direzione la riaffermata possibilità di ritenere prevalente l'attenuante del fatto di lieve entità (già prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990) sulla recidiva reiterata in sede di bilanciamento delle circostanze. A tale risultato si è arrivati grazie a un pronunciamento della Corte costituzionale¹ che ha smussato il limite opposto dall'art. 69, comma 4, c.p. a partire dal 2005.

In altri casi il temperamento delle più intollerabili asperità normative è avvenuto mediante la *riduzione* dei margini di discrezionalità di cui dispone il giudice, allorché l'esercizio del relativo potere di valutazione avrebbe potuto compromettere la possibilità di mitigare il trattamento dei casi meno gravi². Tale tendenza si è manifestata, fra l'altro, con le modifiche disposte

¹ Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in *Cass. pen.*, 2013, 1745, con nota di D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*.

² In questo frangente deve essere ricordata la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 24 maggio 2012, n. 36258, in *Cass. pen.*, 2013, 515 (con nota di G. CAPPELLO, *Un dibattito mai sopito: a distanza di più di un decennio si riparla dell'aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80 cpv, d.P.R. n. 309/1990*), intervenuta per dirimere i contrasti interpretativi in ordine all'interpretazione del requisito di ingente quantità di stupefacente, cui ricondurre l'aggravamento dei reati di spaccio, previsto dall'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309/1990. Le Sezioni Unite hanno ricavato dalla indicazione dei "limiti-soglia" per ciascuna sostanza, stabiliti dalle tabelle, ossia dai quantitativi massimi di sostanza al di sopra dei quali si presume l'uso non esclusivamente personale, indicazioni matematiche per l'identificazione della soglia di ingente quantità, ponendo così fine a esiti giudiziari ampiamente dissimili, tali da delineare un «quadro quanto mai "variegato" circa il concetto di quantità ingente», con annullamenti di decisioni relative a quantitativi di stupefacente assolutamente assimilabili. La soglia di "ingente quantità" è ricavata dalla quantità di "dose-soglia" per l'uso personale, moltiplicata per 2000 volte, essendo tale moltiplicatore ottenuto dalla considerazione statistico-empirica dei quantitativi normalmente rinvenuti per le attività di spaccio più importanti. Nondime-

con l'art. 2 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv. dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10), prima, e con l'art. 1, comma 24-ter, d.l. 20 marzo 2014, n. 36 (conv. dalla legge 16 maggio 2014, n. 79), poi, che hanno configurato le condotte di "lieve" produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti come reati autonomi (e non più come circostanza attenuante), così da sottrarne il rilievo agli incerti esiti del bilanciamento con eventuali aggravanti concorrenti.

In altri casi ancora, infine, la rideterminazione dell'assetto delle norme a contrasto delle pratiche di produzione, traffico e detenzione di stupefacenti si è manifestata tramite una più articolata e diversificata tipizzazione dei presupposti del reato – quanto alla indicazione delle sostanze vietate, alla definizione delle condotte rilevanti, nonché ai tratti della destinazione della sostanza al consumo personale – che consente, però, allo stesso tempo, al giudice di ingerirsi nella valutazione del fatto concreto per distinguere la rispettiva gravità. Su questo versante la legge e il giudice operano *sinergicamente*. E su questa terza modalità sembrano utilmente insistere le innovazioni normative intervenute negli ultimi mesi.

Determinanti, in quest'opera di riallineamento della normativa di settore, si sono dimostrate, forse più che in passato, le valutazioni di (il)legittimità cui è pervenuta la Corte costituzionale, la quale, sfuggendo al sospetto di assumere posizioni "conservatrici" quando siano in gioco scelte di politica-criminale, è intervenuta a neutralizzare manifesti abusi del potere legislativo o a rimediare a incongruenze intollerabili con riferimento a specifiche soluzioni normative. Va peraltro osservato come, nella recente occasione, più che l'indagine sulla ragionevolezza o sull'adeguatezza sostanziale delle scelte di tutela, sia stato il riscontro di violazioni *formali* in cui sia incorso il Parlamento nell'esercitare il potere normativo in materia penale, a permettere alla Consulta di restituire al giudice la capacità di valutare con maggiore flessibilità la concreta gravità delle condotte illecite. Non può nemmeno sottacersi, del resto, che le novelle legislative sopra ricordate siano state stimulate da esigenze di adeguamento della disciplina, puntualmente stigmatizzate dalla Consulta.

no, questo valore matematicamente calcolato è discriminante solo in negativo: al di sotto di esso *non* può parlarsi di ingente quantità; al di sopra non si ha per ciò solo l'aggravante, ma occorre una valutazione giudiziale del caso concreto. Come rilevato in precedenza dalla Corte di cassazione Sez. VI, 19 maggio 2011, n. 31351, «le entità-soglia [...] non intendono porsi alla stregua di valori assoluti o immutabili, perché non è in discussione che debba essere la corrente realtà del mercato degli stupefacenti a definire caso per caso, e in relazione a una specifica realtà temporale e territoriale, quali siano le quantità che possano definirsi "ingenti"; rappresentando tali valori quantitativi solo parametri indicativi tratti, come detto, dalla casistica apprezzata dalla Corte di cassazione sulla base dei dati provenienti dalla esperienza processuale; parametri che ben possono essere ritenuti non confacenti al caso di specie, a patto però che il giudice di merito offra specifica indicazione dei criteri di riferimento impiegati».

2. Le modifiche al sistema tabellare delle sostanze stupefacenti vietate

Assai significativa è la pronuncia di illegittimità cui è addivenuta la Corte costituzionale nel corso di quest'anno³ e che ha innescato le più recenti riforme in materia di contrasto alla diffusione delle droghe nel consesso sociale. Con essa la Corte ha dichiarato illegittimi gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter* del d.l. n. 272/2005 (convertito in legge dalla legge n. 49/2006) che, riducendo a due le tabelle di sostanze stupefacenti e psicotrope e di prodotti medicinali illecitamente trafficabili, avevano eliminato la diversificazione della loro considerazione qualitativa in ragione della supposta capacità drogante. La modifica del 2005 non aveva riguardato soltanto l'articolazione amministrativa delle sostanze all'interno delle tabelle, ma anche la risposta penale al traffico delle stesse. In pratica, le norme eccepite avevano parificato il trattamento delle condotte illecite aventi a che fare con droghe *leggere* rispetto a quelle aventi a che fare con droghe *pesanti*⁴. Alla luce delle disposizioni censurate, trattare l'una o l'altra delle sostanze non avrebbe comportato differenze di responsabilità a livello edittale, essendo rimessa ogni considerazione sulla diversa portata offensiva delle condotte alla valutazione del caso concreto⁵.

L'affidamento al giudice del potere di valutare in concreto la pericolosità della sostanza, a prescindere da astratte ripartizioni effettuate dal legislatore, non avrebbe tuttavia potuto soddisfare, se non in via residuale, l'esigenza di commisurare la risposta penale all'effettiva gravità della condotta. L'ampiezza dei parametri edittali minimi e massimi delle pene riconnesse alle condotte illecite non era, infatti, in grado di assicurare in ogni caso un'adeguata commisurazione della responsabilità, onde temperare l'indiscriminata stigmatizzazione dell'abusivo traffico di qualunque sostanza stupefacente. Le difficoltà di accertamento che il giudice avrebbe potuto incontrare per riconoscere e valutare *complessivamente* le circostanze confermantì la ridotta portata offensiva dei comportamenti, avrebbe potuto favorire un appiat-

³ Corte cost., 12 febbraio 2014, n. 32, in *Foro it.*, 2014, I, 1003, in *Giur. cost.*, 2014, 495 e 1901, e in *Cass. pen.*, 2014, 1526. Sulla sentenza v. M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132; C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 485. Sulla questione a suo tempo sollevata, v. anche ID., *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del "cambio di passo" della giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2013, 3418.

⁴ Tale differenziazione, com'è noto, risale alla legge n. 685/1975, che aveva cercato di superare il fallimentare regime proibizionista introdotto con la legge del 1954.

⁵ Tale assetto è stato possibile, per il legislatore del 2005-2006, incrementando notevolmente, rispetto al passato, i limiti edittali riservati alle condotte aventi a che fare con droghe leggere e diminuendo sensibilmente, invece, quelli concernenti le droghe pesanti.

timento (verso l'alto) della risposta penale anche per le condotte dotate di modesta pericolosità in ragione delle sostanze adoperate.

A quello stato di cose ha rimediato la Corte costituzionale che ha dichiarato illegittime “nella loro interezza” le due suddette disposizioni. Onde evitare, però, di lasciare un vuoto di disciplina, la Corte ha ripristinato il previgente sistema tabellare (di sei tabelle) stabilito dal d.P.R. n. 309/1990. L'assetto normativo così determinatosi è stato, tuttavia, ritenuto insoddisfacente dal legislatore che lo ha immediatamente ritoccato nel periodo marzo-maggio 2014. Con il d.l. n. 36/2014 (conv. in legge dalla legge n. 79/2014) è stata rideterminata l'articolazione delle sostanze in cinque tabelle (4 per le sostanze stupefacenti ed 1 per i medicinali), anche per l'esigenza di tenere conto dei *contenuti* delle due abrogate tabelle aggiornate dalle autorità amministrative competenti negli anni 2005-2014. Il regime di punibilità delle fattispecie, risultante dall'eliminazione dell'assetto previgente censurato dalla Corte costituzionale, è stato così in certa misura “stabilizzato” dal legislatore alla luce dei progressi delle scienze tossicologiche registratisi negli ultimi anni. Si sono, tuttavia, ugualmente posti delicati problemi di interpretazione delle nuove disposizioni con riferimento alla loro capacità di trovare applicazione per i fatti posti in essere sotto il regime della disciplina testé dichiarata incostituzionale.

3. *Ragioni e corollari della ridefinizione del sistema tabellare di sostanze stupefacenti*

Le ragioni per le quali la Corte costituzionale è pervenuta a riconoscere l'illegittimità delle disposizioni eccipite, attengono alle modalità con cui il Parlamento ebbe a esercitare la propria potestà normativa in occasione della riforma della disciplina penale degli stupefacenti nel 2006. Non, dunque, un difetto di ragionevolezza o di adeguatezza costituzionale (dei contenuti) delle scelte di tutela in sé ha indotto alla dichiarazione di illegittimità delle disposizioni impugnate; bensì la constatazione delle circostanze nelle quali si fece ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, ha attirato le censure della Corte costituzionale.

Ciò nondimeno, benché la sentenza si segnali, innanzitutto, per aver posto importanti precisazioni sulle condizioni di impiego dei decreti-legge in ambito penale, la medesima pronuncia non limita il suo raggio di interesse alla disamina di questioni formali, fornendo essa, altresì, significativi spunti di riflessione in ordine al problema più generale delle direttrici di politica criminale da seguire in materia di stupefacenti. La stessa contrarietà al libero ricorso ai decreti governativi e alla loro conversione in

legge senza adeguata discussione parlamentare (v. *infra* § 3.1.), riverbera sull'argomento formale l'esigenza di cercare soluzioni condivise in una materia che – fra opzioni ideologiche preconcepite, preoccupazioni securitarie, assunti libertari e incertezze scientifiche in ordine alla dimensione pericolosa dell'ingestione delle sostanze stupefacenti – stenta ad avviare un serio e rigoroso confronto fra le parti. Il richiamo contenuto nella sentenza costituzionale alla necessità di assicurare, comunque, l'esistenza di una disciplina sanzionatoria adeguata a contrastare il fenomeno criminale, anche nel rispetto di superiori obblighi internazionali assunti dall'Italia, testimonia della ineludibilità di soluzioni che garantiscano una soddisfacente considerazione degli interessi in gioco e delle esigenze politico-criminali coinvolte. In altri termini, il vizio di legittimità non esaurisce la sua dimensione problematica nella soddisfazione di accorgimenti formalistici di democraticità della discussione pubblica, così come la soluzione di reviviscenza della previgente disciplina appare un approdo interlocutorio nell'attesa di una più meditata riflessione sulle esigenze di assetto politico-criminale della materia degli stupefacenti. Di questi aspetti la Corte non si è occupata direttamente, in linea con il tradizionale atteggiamento di *self-restraint* che la Consulta mantiene quando sono in gioco questioni di scelte di penalizzazione e di definizione della disciplina punitiva. Ciò non toglie che il dibattito pubblico debba raccogliere l'occasione per la meditazione di questioni che allo stato dell'attuale normativa non riescono a trovare una piana composizione.

Tre sono, in definitiva, i profili d'interesse che la sentenza presenta e su cui conviene soffermarsi. Al primo – concernente le condizioni di ricorso ai decreti-legge in materia penale – si è già fatto cenno. L'eliminazione del regime di equiparazione e la conseguente differenziazione fra droghe leggere e droghe pesanti che la pronuncia costituzionale ha riaffermato nell'assetto delle fattispecie incriminatrici, sollecita però due ulteriori questioni.

Anzitutto, per quanto riguarda il tema della successione della disciplina penale operante nel tempo, la Corte fornisce indicazioni sul regime che dovrebbe risultare all'esito dell'eliminazione delle disposizioni penali censurate. La Corte rileva l'impossibilità di lasciare sguarnita una materia che impone allo Stato di apprestare strumenti di contrasto proporzionati al grado di pericolosità delle condotte di traffico delle sostanze stupefacenti. Con tali indicazioni si è confrontato il legislatore che è intervenuto a ristabilire la disciplina applicabile dopo la sentenza della Corte. Alcuni profili del recente intervento legislativo, tuttavia, sollevano il problema della surrettizia violazione delle regole di efficacia intertemporale delle norme penali.

Più ancora, però, l'eliminazione della equiparazione sanzionatoria fra droghe leggere e droghe pesanti, con conseguente restituzione di una loro

differenziazione, pone l'interrogativo circa la ragionevolezza delle scelte politico-criminali da compiersi, tanto alla luce di supposti obblighi di penalizzazione, quanto in considerazione della variabile portata offensiva dei comportamenti che ruotano intorno al traffico e al consumo di sostanze stupefacenti. Appunto tali profili possono e devono meritare nuova riflessione, quantunque sul tema la Corte costituzionale, seppure sollecitata, abbia risposto elusivamente o solo parzialmente.

3.1. *La violazione delle condizioni di impiego dei decreti-legge in materia penale*

Per giudicare dell'illegittimità dell'impiego dei decreti-legge per riformare la disciplina penale degli stupefacenti, la sentenza conferisce rilievo a due meta-parametri che discendono dalla più evoluta interpretazione dell'art. 77 Cost., ma che si legano saldamente anche all'art. 25, comma 2, Cost.

Nella valutazione della Corte, l'abuso della decretazione di urgenza origina da due diversi fattori: la constatazione di un difetto dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del decreto, richiesti dall'art. 77 Cost.; la carenza di omogeneità sostanziale delle norme inserite con emendamento in sede di conversione del decreto con il testo a suo tempo licenziato dal Governo.

La mancanza delle condizioni di straordinaria necessità ed urgenza, necessarie per l'emanazione di un decreto legge, svela un utilizzo del potere normativo da parte del Governo al di fuori delle situazioni per cui l'art. 77 Cost. consente in via eccezionale all'esecutivo di sostituirsi al Parlamento nell'esercizio del potere legislativo. Si tratta di profili d'illegittimità che possono indurre la Corte costituzionale a censurare l'affrettato impiego dei decreti legge (anche) nella materia penale, come mostra il precedente rappresentato dalla sent. n. 171/2007 (intervenuta in tema di decadenza da cariche rivestite presso enti locali)⁶. Così pure con la più recente sentenza la Consulta contesta che il Governo fosse costretto a ricorrere al più agile strumento di normazione, perché, al contrario, l'importanza e la delicatezza della materia, la sedimentazione sociale delle questioni ad essa

⁶ Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171, in *Giur. cost.*, 2007, 1662 ss. con nota di F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*. Su quella pronuncia v. anche R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 2007, I, 1986 ss.; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, 2007, 3599 ss. Un timido precedente di quella pronuncia si rinviene in Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29, in *Giur. cost.*, 1995, 3677.

sottese avrebbero ben consentito – e quindi per ciò stesso imposto – una discussione ponderata da svolgersi all'interno delle aule parlamentari⁷. In tal modo le forze sociali, ivi rappresentate, avrebbero potuto concorrere al raggiungimento di soluzioni equilibrate e condivise, senza che alcune di esse rimanessero “tagliate fuori”.

A quest'ultimo profilo si ricollega il secondo motivo di censura rilevato dalla Corte costituzionale. Secondo la Consulta, le norme dichiarate illegittime difettavano di omogeneità, perché furono inserite con emendamento in sede di conversione senza adeguata connessione logica con quelle previste originariamente nel decreto-legge. La Corte richiede che fra il decreto-legge e la legge di conversione – che certo può apportare emendamenti – sussista omogeneità (*rectius* non eterogeneità) di materia e di contenuti. Sulla rilevanza e sulla sindacabilità di questo tipo di difetti la Corte si era espressa con la sent. n. 22/2012 (e con l'ord. n. 34/2013)⁸. Con la precedente sent. n. 355/2010 la Corte aveva precisato che l'art. 77 Cost. non attribuisce al Parlamento un potere legislativo (di conversione) del tutto libero, ma gli conferisce, al contrario, un potere “vincolato” alla convalida o meno delle misure assunte in via d'urgenza dal Governo, giacché solo per queste si giustifica il ricorso ad una procedura legislativa di carattere semplificato che sacrifica le possibilità di dibattito fra i rappresentanti del corpo sovrano.

Riducendo i margini di (arbitraria) utilizzazione degli atti aventi forza di legge, l'uno e l'altro meta-parametro rafforzano l'esigenza di affidare il potere di normazione in materia *penale* allo strumento ordinario della legge formale, che assicura la massima soddisfazione all'esigenza di ponderazione delle scelte normative⁹. Tanto la decretazione delegata quanto il decreto-legge non possono costituire strumenti per eludere i passaggi richiesti dalle regole di legiferazione parlamentare. A maggior ragione la posizione della questione di fiducia da parte del Governo al momento del voto degli emen-

⁷ Lo aveva già rilevato, a suo tempo, C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 235.

⁸ Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22, in *Giur. cost.*, 2012, 248 ss., con note di R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*; C. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*; E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la «ridondanza»*; v. anche S.M. CICONNETTI, *Obbligo di omogeneità del d.l. e della legge di conversione*, in *Giur. it.*, 2012, 2492 ss.; A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Giur. it.*, 2493; Corte cost., (ord.) 6 marzo 2013, n. 34, in *Giur. cost.*, 2013, 628, con nota di M. SALERNO, *La Corte consolida i principi in tema di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione*.

⁹ Cfr., per la tendenziale inadeguatezza dei decreti-legge a questo scopo, Corte cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giust. pen.*, 1997, I, 110.

damenti per la riduzione del numero delle tabelle contenenti le sostanze stupefacenti vietate, concorse, all'epoca, ad impedire il confronto politico sulla scelta assunta di parificare il trattamento delle condotte di traffico, detenzione e spaccio di droghe leggere e di droghe pesanti.

Se ne ricava l'implicita conclusione a favore della necessità di assicurare scelte meditate e socialmente condivise in materie che non si possono affidare apoditticamente a urgenze di matrice proto-securitarie. Il problema dei consumi di droga, del grado di pericolosità che l'assunzione delle sostanze stupefacenti presenta per la salute individuale, delle ricadute sociali della diffusione di quelle pratiche e dell'individuazione dei più adeguati strumenti (eventualmente *non* penali) di contenimento e contrasto del fenomeno è annoso e complesso, imponendo la più ampia partecipazione di soggetti portatori di saperi (e di sensibilità) diverse. Indirettamente la Corte ne ha attestato la rilevanza, seppur dalla prospettiva *formale* della fonte normativa prescelta dal legislatore per apportare rilevanti modifiche alla disciplina delle pratiche vietate.

3.2. *Le indicazioni di diritto penale intertemporale alla luce degli obblighi di penalizzazione imposti dalle fonti internazionali*

Meritevoli di attenzione, anche per il tema generale dei rapporti fra l'impiego di sostanze stupefacenti e la predisposizione di una risposta penale alle condotte pericolose, sono le indicazioni di diritto intertemporale fornite dalla Corte costituzionale in conseguenza della declaratoria di illegittimità delle norme impugnate. Non sempre vi si era proceduto in passato. Ad esempio, non vi si è proceduto quando la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2268 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, nella parte in cui lo stesso ha abrogato le cc.dd. associazioni paramilitari¹⁰ in precedenza incriminate dal d.lgs. 14 febbraio 1948, n. 43.

Con la più recente sentenza la Corte decreta, eliminando le norme che ripartiscono le tabelle di elencazione delle sostanze vietate, abbatte i pre-

¹⁰ Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5, in *Giur. cost.*, 2014, 92, con note di C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2014, 122, e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2014, 3587; in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 965, con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*. Per un'analisi di tali problematiche in occasione di un precedente vaglio "interlocutorio" di legittimità della medesima norma, v. Corte cost., (ord.) 7-9 novembre 2011, n. 296, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 441, con nota di D. NOTARO, *"Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari*.

supposti fondamentali per il funzionamento della disciplina corrente, rilevando, quindi, l'impossibilità delle norme penali di continuare ad operare sia per il futuro, sia per il passato con riferimento ai fatti già commessi. Se ne dovrebbe ricavare allora l'*abolitio criminis* dei reati e la non punibilità dei fatti ancora da giudicare.

Viceversa, secondo la Corte, la reviviscenza della disciplina precedentemente vigente¹¹ – risalente al d.P.R. n. 309/1990 che articolava l'elencazione delle sostanze in sei tabelle – sarebbe imposta dall'esigenza di evitare una lacuna normativa (e quindi la sopravvenuta irrilevanza penale dei comportamenti di traffico di stupefacenti) contrastante con un obbligo di penalizzazione imposto dagli strumenti internazionali di riferimento: tra essi, la Convenzione di Vienna del 1988 e la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 2004, i quali (pur lasciando margini di discrezionalità in capo ai legislatori nazionali circa le soluzioni da adottare) impongono di sanzionare *penalmente* almeno le condotte di traffico delle c.d. droghe pesanti. La reviviscenza della norme già contenute nel d.P.R. n. 309/1990, comporta, invece, come conseguenza la divaricazione della rilevanza penale del trattamento delle droghe leggere da quello che concerne le droghe pesanti nel senso di una mitigazione della punizione delle condotte che interessano le prime con un incremento di gravità di sanzione delle seconde.

Su questa situazione è, tuttavia, intervenuto il legislatore con l'art. 2 d.l. n. 36/2014 (convertito in legge n. 79/2014), con il quale si è precisato che «a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto riprendono a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 12 febbraio 2014, ai sensi del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni». Sono dunque mantenute le articolazioni delle sostanze elaborate sotto il vigore della disciplina ora espunta. Ci si dovrebbe interrogare circa l'efficacia di una simile disposizione, chiaramente volta a correggere gli effetti intertemporali della sentenza

¹¹ Sulla possibilità che la dichiarazione di incostituzionalità comporti la reviviscenza della norma previgente cfr. G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4166; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 350; M. GAMBARDILLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 477; M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, 437 s. Anche la Corte costituzionale (sent. 23 aprile 1974, n. 107 e sent. 23 aprile 1986, n. 108) ammette la reviviscenza, a meno che le ragioni dell'illegittimità costituzionale non coinvolgano anche le norme abrogate.

dichiarativa di incostituzionalità. Al riguardo, vi è chi¹² si è domandato se possa il legislatore intervenire per sterilizzare gli effetti di retroattività della declaratoria d'incostituzionalità pronunciata dalla Corte di legittimità: eventualità che rischia di menomare le disposizioni anche costituzionali che stabiliscono la portata dei pronunciamenti della Suprema Corte¹³, e che potrebbe, comunque, pregiudicare le garanzie di irretroattività della disciplina penale più favorevole, laddove, come nel caso in esame, la pretesa “stabilizzazione” degli atti amministrativi previgenti si traduca nella *estensione* del novero delle sostanze vietate e dell'ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici rispetto a quanto risulterebbe all'esito del pronunciamento costituzionale.

I termini problematici che avvolgono tale specifica questione, dimostrano, ancora una volta, come la definizione dell'assetto delle disposizioni che disciplinano il corretto impiego di sostanze droganti sia maldisposta ad affidarsi a meccanismi *rigidi*, sottratti al dibattito pubblico e al controllo della comunità, quali appaiono quelli che, *eludendo* in qualsiasi modo la discussione legislativa, impongono soluzioni restie a considerare le molteplici componenti politico-criminali del fenomeno sociale. Non che la rigidità dell'approccio non caratterizzi, talvolta, lo stesso dibattito pubblico, ché, anzi, sul tema del contrasto agli stupefacenti esso ha finito col manifestarsi pervicacemente. Nondimeno, dalle aule parlamentari, anziché dai pronunciamenti della Corte costituzionale, ci si attende l'elaborazione di soluzioni equilibrate, perché è lì che accede il sapere degli esperti ed è lì che si può riconoscere e sciogliere la complessità delle questioni in gioco.

4. *La differenziazione del trattamento delle droghe leggere e delle droghe pesanti. Considerazioni sulla ragionevolezza delle scelte politico-criminali alla base della disciplina penale degli stupefacenti*

Laddove la sentenza costituzionale evita di pronunciarsi apertamente – ossia con riferimento al tema dell'*opportunità* e della *ragionevolezza* di un impiego della sanzione penale per contrastare le pratiche di utilizzo di sostanze stupefacenti – dovrebbero intervenire le componenti politiche del-

¹² 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.*, 2014, 2 ss.; M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza”*, cit., 1153.

¹³ Lo esclude, peraltro, ancora M. GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza”*, cit., 1157.

la società, espressione del sentire comune e luogo di confronto del sapere professionale.

Dalla sentenza in esame, invero, emerge essere stato adombrato, quale ulteriore motivo di illegittimità delle norme eccepite, il contrasto delle disposizioni impugnate con la Decisione quadro del Consiglio UE 2004/757/GAI (contenente norme minime in tema di elementi costitutivi di reati e di sanzioni in materia di utilizzo vietato di sostanze droganti) – quale norma interposta dell’art. 11 e dell’art. 117 Cost. – e con l’art. 49 della Carta di Nizza (in tema di legalità delle disposizioni incriminatrici e di necessaria proporzionalità delle pene ai reati), in quanto i testi sovranazionali imporrebbero al legislatore nazionale di assicurare un’adeguata differenziazione del trattamento del traffico di droghe leggere rispetto a quello che concerne le droghe pesanti. La Consulta, tuttavia, nella presente occasione non ha ritenuto di accogliere l’obiezione, sia perché la Corte di cassazione, nel rimettere la q.l.c., l’aveva a suo tempo ritenuta “assorbita” per manifesta infondatezza, sia perché, comunque, per la Corte costituzionale, l’eccezione non sarebbe stata adeguatamente argomentata dai ricorrenti. Ed infatti, se, per la Corte, i testi sovranazionali solleciterebbero una minima tutela penale delle condotte di traffico di droga, d’altra parte, le stesse non imporrebbero né la punizione del consumo, né una differenziazione nel trattamento fra le droghe: la disciplina sanzionatoria di questi due ultimi fenomeni sarebbe, insomma, rimessa alla discrezionale valutazione politico-criminale del legislatore nazionale, salvo il rispetto del limite della manifesta irragionevolezza delle scelte compiute.

Senonché, per la decisione di equiparare a suo tempo il trattamento delle condotte aventi a che fare con qualunque tipo di droga e, più in generale, per le scelte di incriminazione compiute dal legislatore era stato talvolta profilato il dubbio di manifesta irragionevolezza delle soluzioni normative. Ma, com’è noto, sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione ebbero a rigettare le eccezioni.

La Corte costituzionale – con sentenza pronunciata nel 1997¹⁴ sulla richiesta di *referendum* abrogativo dei primi due commi dell’art. 75, d.P.R. n. 309/1990 limitatamente alla previsione di una *sanzione amministrativa* per l’importazione, l’acquisto o la detenzione di *droghe leggere* per farne uso personale, volto perciò ad affermare la liceità di quelle condotte, ma inteso anche ad elidere le sanzioni penali sancite dall’art. 79 nei confronti di coloro che adibiscono locali per convegni su consumo di droghe leggere – ha osservato che la Convenzione di Vienna del 1988 impone l’obbligo di adottare sanzioni penali “conformemente alla propria legislazione

¹⁴ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27, in *Giur. cost.*, 1997, 218, e in *Dir. pen. proc.*, 1997, 292.

interna” per l’importazione, l’acquisto e la detenzione di droghe, nonché per la coltivazione di sostanze destinate ad uso personale. Vero che la stessa Convenzione riconosce la possibilità di trattare i casi meno gravi con sanzioni *non* penali, aventi contenuto e scopo di rieducazione e di riadattamento sociale. In ogni modo, alla stregua di tale atto internazionale (e della Convenzione di New York del 1961), in particolare, la canapa indiana rientra tra le sostanze per le quali potrebbe predisporre una risposta penale: «non vi è quindi dubbio che, alla stregua delle convenzioni internazionali di Vienna e di New York, la canapa indiana e i suoi derivati rientrano tra le sostanze stupefacenti la cui coltivazione e detenzione, anche per fini di consumo personale, deve essere qualificata come reato o, quantomeno, sottoposta a misure amministrative riabilitative e di reinserimento sociale diverse dalla sanzione penale». La richiesta di abrogazione della previsione di irrogazione di sanzioni amministrative per l’importazione, l’acquisto e la detenzione di droghe leggere, anche solo al fine di farne uso personale, si porrebbe, quindi, in irrimediabile contrasto con gli obblighi assunti a livello internazionale¹⁵. E – sempre secondo la lettura della Consulta – le evocate misure a contenuto terapeutico non possono ridursi alla previsione della possibilità di volontaria sottoposizione a programmi di recupero sociale da parte del consumatore di droghe interessato, ma devono essere munite di obiettiva efficacia coattiva.

In epoca successiva, poi, la Corte di cassazione¹⁶ ha disatteso le censure mosse nei confronti della scelta legislativa del 2005-2006 di equiparare il trattamento delle condotte illecite in tema di stupefacenti senza distinguere in ordine all’astratta pericolosità delle droghe, osservando che la soluzione politico-criminale da preferire dipenderebbe dall’adesione dei redigenti ad una delle opinioni scientifiche correnti in materia di nocività delle droghe leggere per la salute individuale.

Nonostante l’esistenza di un effettivo contrasto di opinioni in tema di

¹⁵ Ancora più decisa, in questo senso, la presa di posizione di Corte cost., 23 luglio 1996, n. 296, in *Riv. pen.*, 1996, 1192, nel dichiarare l’infondatezza della q.l.c. della penalizzazione della cessione gratuita di modesti quantitativi di droghe leggere. Sul punto la Corte richiama le sue precedenti affermazioni «circa la discrezionalità della valutazione del legislatore in ordine alla nocività dei vari tipi di droga (sent. n. 170/1982), come pure circa la corrispondenza ad un preciso obbligo internazionale dell’inibizione e repressione della diffusione anche delle droghe leggere (sent. n. 170/1982 citata; ord. n. 386/1987). Obbligo che non può essere ritenuto inoperante [...] rispetto alla ipotesi della cessione per uso personale del cessionario sulla base dell’asserita equiparazione di tale ipotesi con quella della detenzione per uso personale».

¹⁶ Cass., Sez. IV, 21 maggio 2008, n. 22643, in *Guida dir.*, 2008, 26, 101, e in *Cass. pen.*, 2009, 1664, con nota di G. AMATO, *La “costituzionalità” della parificazione delle sostanze stupefacenti e gli effetti sull’apprezzamento del fatto di “lieve entità”*.

reale pericolosità delle droghe leggere¹⁷, tuttavia, attenta dottrina¹⁸ ha rilevato criticamente come risulti, comunque, l'incongruenza della scelta di parificare il loro trattamento a quelle delle droghe pesanti, perché mancano in ogni caso riscontri scientifici a sostegno della *pari offensività* delle droghe leggere rispetto a quelle pesanti.

Emerge con ciò il diverso metro con cui approcciare il problema. Secondo il primo indirizzo (giurisprudenziale), esisterebbe un margine per l'adozione di soluzioni legislative discrezionali in favore della punibilità del traffico e del consumo delle droghe leggere, al limite secondo cadenze non differenziate da quelle che interessano le droghe pesanti. Secondo l'altro indirizzo (dottrinale), invece, l'individuazione del trattamento sanzionatorio cui sottoporre le condotte riguardanti le droghe leggere, presupponendo che siano prima diradate le incertezze scientifiche in ordine alla reale *pericolosità* delle sostanze, sarebbe vincolato a preferire la soluzione meno invasiva della libertà personale del trafficante-consumatore.

In definitiva, alla luce di quanto adombrato, per un approccio alla questione in grado di comporre le obiezioni e i rilievi di entrambi gli orientamenti, appare decisivo valutare l'apporto che la scienza specializzata può recare al dibattito, allo studio delle dinamiche e al corretto modo di affrontarle. E se la scienza non offre rappresentazioni *certe* delle dinamiche di rischio e/o di pericolo che l'assunzione incontrollata e massiva di sostanze stupefacenti può comportare per i beni giuridici minacciati – la salute individuale e collettiva di quanti fanno uso delle sostanze, ma anche l'ordine pubblico e la sicurezza dei membri della collettività nella quale si muovono gli assuntori di droghe¹⁹ –, sembra inevitabile che il dibattito si esponga

¹⁷ Mentre si rielaborano gli atti di questo convegno, si dà notizia della diffusione di nuovi studi di origine statunitense – pubblicati sulla rivista *Scientific Reports* – circa l'accertata minore pericolosità delle droghe leggere per la vita dei consumatori, la quale è ritenuta sicuramente inferiore a quella di altri fattori di condizionamento e di dipendenza psico-fisica degli individui, quali alcool e tabacco. Parimenti si riconosce, tuttavia, come il 6% dei consumatori di cannabinoidi, in specie di coloro che fanno non saltuario impiego delle sostanze, sviluppano patologie da dipendenza; e che il rischio di patologie mentali aumenta per coloro che iniziano a consumare le sostanze da giovanissimi. In considerazione di ciò, i ricercatori suggeriscono di intraprendere «un approccio di regolamentazione molto stringente piuttosto che la proibizione» delle sostanze.

¹⁸ A. MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 836; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in G. INSOLERA (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, VII, *Aspetti medico legali: la prescrizione di farmaci stupefacenti da parte del sanitario*, Milano, 2008, 32 ss.

¹⁹ M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in

ad un'alternativa di fondo: seguire un approccio "garantista" delle libertà individuali, per cui l'esercizio della potestà punitiva sia delimitato entro gli *stretti* termini dei presupposti di offensività delle condotte che si riescano a testare scientificamente; oppure consentire l'affermazione di una prospettiva normativa tanto preoccupata di contrastare le dinamiche di *rischio*, da abbracciare logiche politico-criminali "di precauzione" della salvaguardia dei molteplici interessi attinti dal consumo di sostanze stupefacenti.

Soprattutto la seconda alternativa è ereditata dal sistema normativo che abbiamo alle spalle. Emblematiche, a questo riguardo, tanto la preoccupazione della legge speciale di prevenire "a monte" gli effetti nocivi derivanti dall'ingestione delle sostanze stupefacenti, come pure le finzioni giuridiche che circostanziano il regime dell'imputabilità di coloro che commettono reati dopo avere assunto sostanze (alcoliche e) stupefacenti (artt. 92 ss. c.p.). Un tale assetto rivela un'anima "paternalistica", nella misura in cui nega adeguata considerazione al grado di autodeterminazione di cui dispone l'utilizzatore delle sostanze stupefacenti nell'esercizio dei propri diritti alla salute e all'integrità psico-fisica²⁰. Simile approccio spinge ad accentuare il tratto di pericolosità delle condotte vietate, inducendo all'adozione di soluzioni normative esageratamente punitive, prive di sensibilità e di considerazione per il diverso combinarsi delle variabili offensive cui è chiamato a rispondere il legislatore nelle varie circostanze in cui sono realizzate le condotte. Il carattere di pericolosità presunta, se non astratta, delle fattispecie che compongono quasi tutti gli illeciti configurati in quest'ambito, d'altronde, non si oppone all'infiltrazione del principio di precauzione alla base delle politiche di contrasto al fenomeno del consumo e traffico di sostanze stupefacenti. Si tratta, quindi, di decidere se, in luogo di un approccio marcatamente preventivo e tendente al proibizionismo, possa darsi un sistema capace di calibrare la risposta sanzionatoria alle caratteristiche offensive concretamente dimostrate dalla condotta dell'agente.

L'accennato approccio precauzionale, invero, sta e cade con l'esistenza del suo indispensabile presupposto dogmatico: che lo stato delle conoscenze scientifiche renda inconoscibile («*ignota*») l'origine delle dinamiche di rischio da contenere e il loro effetto sulle pratiche sociali da contrastare. Solo se non si rappresenta con sufficiente dovizia di conoscenze quali parametri interagiscano con le dinamiche in questione – e quindi quali fattori considerare per descrivere il rischio e in che modo, con quale peso gli stessi

A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritti penale*. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg, Milano, 2010, 87.

²⁰ Per una riconsiderazione critica dell'assunto v. A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1209 ss.

influenzino l'eziologia dei fenomeni – potrebbe meritare di essere richiamato il principio di precauzione per “serrare” le maglie del rimprovero nei confronti di condotte e di situazioni dall'incerta capacità di propagare l'offesa. Non sarebbe corretto spendere il medesimo richiamo, invece, se, al contrario, lo stato delle conoscenze scientifiche apparisse sufficientemente approfondito, scandagliato, benché esposto ad una dialettica interpretativa e prognostica, anche serrata, ma pur sempre compatibile con il carattere “sperimentale” dell'approccio all'indagine.

Appare invero difficile ipotizzare uno scenario di (pur relativa) mancanza di conoscenze per il settore degli effetti degli stupefacenti sulla salute individuale, in cui notevole è la mole di studi dedicati al problema e per il quale ferve, da sempre, il dibattito sulle diverse politiche di contenimento della diffusione dell'uso delle droghe nella società. Al contrario, la mole di dati a disposizione dovrebbe consentire di maturare valide acquisizioni di carattere sperimentale. Né sembra che il presupposto logico per un approccio precauzionale al problema possa materializzarsi in considerazione della contrapposizione quasi *radicalizzata* che in ambito scientifico si registra nell'*interpretazione* dei dati, in particolare con riguardo alla portata realmente pericolosa delle droghe leggere, come pure in ordine alla loro ridotta nocività rispetto a quelle pesanti. L'adozione delle soluzioni normative di contrasto al fenomeno non può che seguire gli ordinari canoni del confronto politico-democratico. Le proposte devono aprirsi al vaglio dialettico con i loro detrattori, prestandosi a spiegare origine, termini e significato dei dati a disposizione; le stesse debbono indicare lealmente le ragioni di tutela che si assumono prevalenti all'esito di un bilanciamento fra costi e benefici di ciascuna soluzione, devono delineare la praticabilità politica delle soluzioni caldegiate, alla luce della capacità delle agenzie sociali di tradurre i programmi lanciati dal legislatore, nonché le previsioni di risultato positivo e negative che si attendono da quelle soluzioni. Nella misura in cui la scienza riesca ad offrire indicazioni sufficienti per individuare *quali* interessi giuridici e *in che misura* gli stessi possano essere attinti dalle condotte di impiego di sostanze stupefacenti, la politica non può sottrarsi al compito di effettuare le sue scelte.

L'impegno a considerare il più attentamente possibile le conoscenze di settore disponibili non può, d'altronde, soverchiare il peso che riveste la ponderazione necessariamente “complessiva” degli interessi coinvolti dall'impiego delle sostanze stupefacenti: da un lato, gli interessi (di libertà individuale, di estrinsecazione della persona e di autodeterminazione responsabile del singolo) che *stimolano al consumo*; dall'altro, gli interessi (di tutela della salute individuale e collettiva, di sicurezza delle relazioni sociali) che *si oppongono* ad esso. Qui si cela un rischio, spesso richiamato da quanti propongono un più morbido approccio al fenomeno della deten-

zione e del consumo di sostanze stupefacenti: quello di far pesare *assunzioni etiche, visioni morali* e talora presupposti culturali, religiosi ecc. Si ritiene, però, che a questo rischio ci si possa sottrarre così come ci si sottrae all'obiezione di prestare un rilievo preconcepito al "valore" giuridicamente rilevante ogni qualvolta "il" valore da tutelare anche penalmente è frutto di una composizione di diverse utilità socialmente considerate, bisognevoli di una sintesi da giustificare alla prova dei fatti e delle esigenze di volta in volta emergenti²¹. Non è dubbio che la definizione dei valori *giuridici* da tutelare, quando sia in gioco il consumo di sostanze stupefacenti, risenta della composizione di esigenze, di profili e di sfaccettature divergenti: si consideri, ad esempio, l'incidenza che in argomento potrebbero esercitare rispettivamente la pretesa di utilizzare la droga quale legittimo strumento di ricreazione (sul modello "parallelo" del consumo di sostanze alcoliche e del tabacco) e il peso dei costi sociali in termini di condizionamento delle quotidiane attività sociali e di prestazioni sanitarie eventualmente da erogare a beneficio di quanti intendano seguire un programma terapeutico di disintossicazione. Numerose ed eterogenee sono le variabili e i profili che entrano in gioco quando si tratta di delineare la portata eventualmente disfunzionale del traffico e del consumo di stupefacenti.

Quale che sia, tuttavia, la difficoltà di una simile ponderazione, occorre evitare di considerare come "valori assoluti", sottratti al confronto, tanto l'idea dell'abiezione in sé del ricorso a pratiche droganti, quanto (all'opposto) la convinzione che il loro impiego corrisponda a prerogative individuali indiscutibili: l'uno e l'altro assunto emergerebbero, infatti, come dati acquisiti prima ancora di essere collocati nel contesto di dinamiche sociali di assai più complessa matrice e consistenza. Non risponderebbe ad un approccio "critico" assumere posizioni *pro* o *contro* la praticabilità delle condotte in discussione senza confrontarsi con gli effetti complessivi che la pratica comporta e senza vagliare le ricadute delle diverse soluzioni normative caldegiate. Semmai un approccio che sia disposto all'argomentazione e al confronto è meritevole di rispecchiare una posizione "giuridicamente etica", che equivale ad assumersi la responsabilità collettiva di evitare di decidere in nome di preconcetti ugualmente nefasti²², siano essi d'indole libertaria o, al contrario, motivati da preoccupazioni securitarie.

²¹ Si pensi, per tutti, alla considerazione del valore "ambientale", la cui dimensione sintetizza un insieme di ragioni di tutela "filtrate" dalla contrapposta esigenza di consentire attività sociali utili: anche su quel versante l'argomentazione razionale permette di ricavare un giusto equilibrio nell'individuazione della misura di tutela.

²² Sembra appunto condividere questa preoccupazione M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità*, cit., 157 s.

4.1. Le suggestioni di un approccio “paternalistico”

Una volta profilata la necessità di vagliare criticamente l'insieme delle ragioni che possono influire sulla delimitazione del divieto di impiego di sostanze (più o meno) droganti, rimane da valutare se le concrete scelte repressive delle condotte qualificate come pericolose per gli interessi propri od altrui possano finire col denotare un ingiustificato approccio di tipo “paternalistico”, foriero di un assetto di tutela impositivo di visioni trascendenti e soverchianti i margini di estrinsecazione del diritto individuale che il singolo è chiamato a gestire autonomamente. Si tratta di verificare se l'assunzione di compiti di tutela degli interessi, sia individuali che collettivi, da parte dello Stato in tale ambito non rischi di condurre all'adozione di soluzioni sanzionatorie che inibiscano ingiustificatamente l'esercizio di interessi altamente personali da parte dei singoli.

Com'è noto, secondo quanto si fa risalire a John Stuart Mill²³ e a Joel Feinberg²⁴, onde escludere che le scelte di incriminazione pecchino di “paternalismo”, arrivando a strumentalizzare la persona singola per il raggiungimento di finalità politico-criminali sociali o collettive, occorre sincerarsi del fatto che, innanzitutto, le condotte da incriminare comportino un danno oggettivamente riconoscibile (almeno anche) allo stesso soggetto che pretenda di esercitare un proprio diritto. Più precisamente, occorre che il danno riprovato sia *oggettivamente* rilevante, non vagamente percepibile, né controvertibile. Una volta che si riconosca che il comportamento produce un danno per lo stesso soggetto agente, è consentito inibirlo e reprimerlo qualora il pregiudizio ricorra contro la volontà di colui che lo subisce o nei confronti di chi se ne dimostri inconsapevole. Altrimenti, quando sussista la consapevolezza o la volontà del soggetto che si auto-produce il danno, il comportamento del soggetto agente può essere vietato se cagioni offesa nei confronti di soggetti terzi. In ogni caso, il comportamento che s'intende impedire e punire deve comportare sempre almeno un rischio specifico per gli interessi protetti, palesando quindi una minima dimensione offensiva, tale da rendere utile la sua repressione.

Con riferimento alle dinamiche di traffico e di impiego di sostanze stupefacenti *c.d. leggere* si contesta che ricorrano tutti questi presupposti²⁵. Nessuno di essi sarebbe realmente invocabile nella dinamica considerata.

²³ J. STUART MILL, *On Liberty and Other Essays* (1859), Oxford, 1991, tr. it., Milano, 2003. V. anche ID., *Saggio sulla libertà*, a cura di G. GIORELLO-M. MONDADORI, Milano, 1981.

²⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, IV voll., New York-Oxford, 1984-1988.

²⁵ D. HUSAK, *Droghe illecite: un test di “limiti morali del diritto penale” di Joel Feinberg*, in A. CADOPPI, *Laicità*, cit., 5 ss.

Non il presupposto del danno oggettivamente riconoscibile, perché, al contrario, il pregiudizio che si assume verificarsi in via mediata nei confronti del bene giuridico principale della salute individuale o della sicurezza collettiva in conseguenza dell'impiego di sostanze droganti leggere, sarebbe vago, non definibile e quindi suscettibile di strumentalizzazioni politiche. Non si potrebbe in ogni caso profilare l'eventualità di un danno alla persona cagionato contro la volontà del soggetto agente, perché, invece, quasi sempre, i comportamenti droganti sarebbero volontariamente intrapresi da chi fa uso di sostanze droganti di più largo consumo. Né si potrebbe parlare di pregiudizio per la sicurezza degli altri consociati, perché non sarebbe scientificamente chiaro né quando né in quale modo si potrebbe verificare l'eventualità di un danno per i membri della collettività. Si fa, d'altronde, osservare che ad indurre al comportamento trasgressivo, lungi dall'essere lo specifico richiamo o il condizionamento indotti dalle droghe leggere, sarebbero nella maggior parte dei casi, alternativamente, il c.d. "effetto di sostituzione" (per cui, se non posso procurarmi la droga leggera, tanto vale che mi procuro quella pesante), il c.d. "effetto frutto proibito" (per cui taluni soggetti, per loro componente caratteriale, sarebbero sospinti dal gusto di rischiare), sicché il riferimento motivazionale di comportamenti aventi ad oggetto il consumo di sostanze stupefacenti alluderebbe ad eventualità in sé non offensive e perciò non meritevoli di incriminazione. Da ultimo, si lamenta la difficoltà di ricondurre ad un reale contenuto offensivo, così da giustificare il ricorso allo strumento penale, le ipotesi di incriminazione di condotte prodromiche al consumo finale di sostanze stupefacenti. Il frequente ricorso da parte del legislatore ai modelli di reato di pericolo astratto o presunto o, addirittura, dei reati di sospetto imperniati sopra mere trasgressioni amministrative, per contrastare l'azione di quanti si ritiene abbiano il dominio finalistico delle dinamiche che conducono al consumo degli stupefacenti, espone le rispettive fattispecie ai ben noti difetti di precisione che sono in generale attribuiti ai tipi di reato che prescindono da una verifica in concreto della portata offensiva delle condotte punite.

Nonostante l'acutezza dei questi rilievi e la loro indubbia pertinenza al problema, le obiezioni possono essere in gran parte respinte o superate – quantomeno in una loro lettura *decontestualizzata* ed *assolutizzante* –, cosicché sia restituito al legislatore il potere di valutare opportunità e modalità di incriminazione delle condotte afferenti al traffico di stupefacenti, anche c.d. leggeri. Non sembra, cioè, che le obiezioni possano valere ad escludere *in via assoluta* un impiego di strumenti punitivi-sanzionatori nei confronti di chi tratti l'impiego di droghe a ridotta inclinazione nociva.

Che il danno sullo sfondo delle fattispecie che incriminano il traffico e il consumo di sostanze stupefacenti sia "vago" e indefinito, contrasta con univoche e consolidate indicazioni della dottrina giuridica che individua le

categorie di beni giuridici attinti dal consumo illecito di sostanze droganti: almeno la salute individuale e collettiva e l'ordine pubblico. Maggiori perplessità possono nutrirsi per la conformazione dei referenti intorno ai valori della sicurezza pubblica²⁶ e della integrità e dell'educazione delle giovani generazioni (cui ha fatto riferimento in passato la Corte costituzionale)²⁷, i quali (se non valgono a corroborare la *ratio* delle fattispecie d'illecito) possono semmai giustificare misure di controllo sociale a carattere non penale e preferibilmente a carattere pedagogico-educativo. Certamente non pertinenti appaiono i riferimenti all'incidenza negativa sulle abitudini lavorative e di vita²⁸, quali conseguenze del consumo di droga, che non possono assumere i connotati di un vero interesse giuridico, ma che, in effetti, non vengono evocate in sede di definizione dei rimedi afflittivi da opporre al fenomeno. Con tutto ciò, il richiamo ai valori più sopra indicati, di rilievo costituzionale e di consolidata tradizione sistematica, si presenta sufficientemente solido ed adeguato per erigere su di essi un sistema di norme adeguato a rappresentare le possibili inclinazioni offensive delle condotte.

Quanto al danno a se stessi, derivante dalla pratica del consumo di stupefacenti, e quanto alla volontarietà dell'auto-assunzione di droga, si potrebbe richiamare l'osservazione formulata da Gerald Dworkin a proposito dell'eccezione che lo stesso Stuart Mill poneva al divieto di politiche paternalistiche, pronunciandosi per la punibilità della schiavitù volontaria: quando la scelta del comportamento auto-dannoso comporta la non reversibilità della scelta stessa, la natura volontaria del comportamento da reprimere non rende "paternalistico" né il divieto né la sanzione²⁹. La medesima osservazione può essere proposta con riferimento a comportamenti di traffico e consumo di stupefacenti, quando tale pratica sia suscettibile di rivelarsi pericolosa in ragione degli effetti di "dipendenza" che le sostanze comportano e, quindi, in ragione della riduzione della libertà di scelta che ne consegue per lo stesso agente in futuro. Si tratta naturalmente di disporre di indici scientifici sufficientemente documentati e corroborati che rendano altrettanto fondato il pericolo (e non il mero rischio) che la

²⁶ Conf. M. DONINI, *op. cit.*, 76, che, attesa la sua pervasività e la sua suscettibilità a dilatarsi in maniera controllata, lo ritiene referente adattabile all'adozione di misure di controllo sociale che, quantunque non penali, possono rivelarsi concretamente limitative della libertà.

²⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Cass. pen.*, 1992, 576, e in *Foro it.*, 1991, I, 2628, con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*. Ma v. ancora di recente Cass., Sez. IV, 15 aprile 2014, n. 18504, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

²⁸ D. HUSAK, *op. cit.*, 11.

²⁹ G. DWORKIN, *Harmless Wrongdoing*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità*, cit., 197.

libera pratica di certe condotte esponga i loro autori a pregiudizi di questa portata. Ma nulla toglie, anche in questo caso, alla necessità di smuovere l'indagine dal più astratto degli assolutismi per condurla alla verifica della portata del fenomeno in concreto. In particolare, non può rivestire considerazione dirimente la circostanza che *non necessariamente* i consumatori di droghe leggere sono giovani o minorenni (dunque soggetti non in grado di esprimere un consenso pienamente responsabile al consumo delle sostanze), né il dato per cui solo una bassa percentuale dei consumatori di droghe leggere sviluppa dipendenza o addirittura passa necessariamente al consumo di droghe pesanti. Riconoscere che, comunque, con le droghe leggere possono ben tendere a venire a contatto soggetti non in grado di comprendere appieno i rischi connessi o soggetti che saranno indotti a passare al consumo di sostanze ancor più nocive, dovrebbe valere a riconoscere l'esistenza della fenomenologia offensiva studiata, senza pregiudizio della necessità di "contestualizzare" la dimensione del rischio e di calibrare quindi il tipo di rimedio da approntare. Ma che vi debba essere bisogno di misure di contenimento del rischio, non sembra potersi negare.

Il c.d. danno agli altri è assai più facilmente riconoscibile: almeno quello alla salute e quello all'ordine pubblico, come ammesso, fra gli altri da Massimo Donini, il quale ritiene, appunto, che «il fondamento più valido e incontrovertibile del divieto è costituito non dalla protezione da se stessi dei consumatori volontari, ma dalla protezione dei singoli (terzi, rispetto ai cedenti) e della società dalla diffusione delle droghe: sono fatti che offendono interessi collettivi e quelli individuali li offendono spesso "in forma collettiva", diffusa. I beni giuridici sono costituiti dalla salute pubblica, oltre che da quella individuale, dalla sicurezza dei trasporti, e dei rapporti sociali e lavorativi in generale. Beni per nulla evanescenti e intangibili, come può constatare chiunque abbia a che fare con persone sotto gli effetti di droghe. La protezione di questi interessi è di sicura pertinenza dello Stato, del tutto a prescindere da considerazioni di paternalismo. Oppure, se si vuole: il vecchio paternalismo "illiberale" può essere argomentato sulla base delle conseguenze rispetto a terzi, e dunque dovrà essere contrastato, da chi gli si oppone, con argomenti altrettanto validi»³⁰. Anche su questo versante, dunque, la questione rimanda ad un confronto critico fra le opposte posizioni, capace di affrancarsi da precostituiti, quanto sterili, apriorismi.

Infine, il danno agli interessi considerati, assunto ad oggetto delle singole fattispecie, così come viene rappresentato dai più strenui sostenitori dell'intervento repressivo nei confronti del fenomeno del traffico di stupefacenti, tende a connotarsi per la *latenza* degli effetti nocivi e per la

³⁰ M. DONINI, *op. cit.*, 86 s.

serialità dei comportamenti che sono destinati a produrli. Ecco che, allora, a tali dinamiche si acconciano fattispecie di pericolo astratto³¹, le quali, però, pongono inevitabilmente il problema di una precisa descrizione dei comportamenti effettivamente offensivi. Poiché, tuttavia, il fenomeno del traffico e del consumo di sostanze stupefacenti non rappresenta né l'unico sistema che ospita (anche in numero cospicuo) fattispecie di pericolo, né quello con i maggiori problemi di definizione del fenomeno da disciplinare in relazione al carattere pericoloso delle condotte – si pensi ai settori concernenti la tutela dell'ambiente o ai campi delle malattie professionali e della sicurezza dei lavoratori –, dalla propensione del legislatore a fare ricorso ai suddetti modelli di reato di pericolo non si può ricavare automaticamente la conclusione di una tendenziale inadeguatezza dello strumento penale a fronteggiare le manifestazioni di tale fenomeno, quando queste appaiono indubbiamente cariche di disvalore. Neanche in sede sovranazionale sembra scemare, d'altronde, l'indirizzo politico che non intende rinunciare allo strumento penale per contrastare le più temibili modalità di traffico e consumo di stupefacenti, se è vero che le più recenti proposte di regolamentazione europea riconoscono e la pericolosità del fenomeno e la inevitabilità di un ricorso alla più grave sanzione. Dovrà semmai chiedersi al legislatore di avere cura di individuare le situazioni dotate di contenuto offensivo e dovrà da lui pretendersi precisione nel formulare le relative fattispecie in termini quanto più possibilmente aderenti a quelle situazioni. Ugualmente ci si deve attendere attenzione da parte sua nel calibrare la portata della risposta sanzionatoria alla gravità astratta che la condotta denota in ragione della sostanza trattata e del contesto in cui essa matura. Nell'ambito di tali compiti rientra la ponderazione dell'esistenza di un effettivo bisogno di pena per ovviare all'eventuale portata offensiva del traffico di droghe leggere.

5. *Quali prospettive politico-criminali per il contenimento degli effetti nocivi del traffico di stupefacenti?*

Il problema della determinazione degli strumenti di contrasto agli effetti nocivi delle sostanze stupefacenti, rimanda, in definitiva, all'adozione di un metodo di confronto aperto e rigoroso allo stesso tempo, il quale richiede un corretto inquadramento delle variabili in gioco e degli strumenti da

³¹ V., per la serialità delle condotte offensive come presupposto politico-criminale per ammettere il ricorso a fattispecie di pericolo presunto o astratto, M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, 12 s.

apprestare. Niente affatto scontata appare la definizione delle situazioni di rischio correlate alla pratica di assunzione di droghe: se la scienza medica espone il dato strettamente patologico, altri sono i profili che salgono all'attenzione dei giuristi, dal collegamento delle pratiche di consumo con le attività della criminalità organizzata e con la diffusione della delinquenza comune, all'incremento di costi per il sistema sanitario e sociale.

Fondamentale, per una proficua discussione, appare chiarire a livello etimologico e tassonomico le categorie concettuali da adoperare per rappresentare i termini del fenomeno criminologico in discussione. Già la definizione di sostanza drogante segue una scelta di tipo culturale e normativo, se è vero che il disvalore riconnesso all'assunzione di stupefacenti non va di pari passo con la portata nociva del loro consumo. Conclamata è, da questo punto di vista, l'asimmetria con il trattamento del consumo di alcool e tabacco³². Nonostante acquisizioni scientifiche sempre più univoche confermino la ben maggiore pericolosità delle più comuni sostanze "ricreative", il dibattito stenta a trovare un terreno di confronto fra chi, da un lato, preferendo evidenziare l'asimmetria di fondo, non riconosce la variabile e persistente pericolosità delle droghe e chi, dall'altro lato, colora di inclinazione criminologiche il solo traffico e consumo di droghe, ignorando la portata analoga che sempre più viene ad assumere il consumo di sostanze alcoliche.

Essenziale appare poi chiarire, in secondo luogo, che cosa s'intenda quando si invocano politiche di "liberalizzazione" e di "legalizzazione" del traffico di stupefacenti in contrapposizione all'adozione delle politiche di "proibizionismo". Non di rado, il confronto fra i sostenitori delle opposte tesi politico-criminali sembra viziato da una sorta di fraintendimento semantico sulla diversa portata degli approcci di volta in volta adombrati. È perciò opportuno marcare le differenze.

Del tutto sterile (oltre che deresponsabilizzante per lo Stato, rispetto ai compiti di tutela cui esso è chiamato) si profila perorare il divieto assoluto di trattamento delle sostanze stupefacenti, senza considerare ragioni e fattori che inducono al consumo e senza graduare portata e conseguenze del divieto. Permettere viceversa un utilizzo sociale di queste sostanze richiede, tuttavia, di chiarire se conviene lasciare la gestione del fenomeno liberalizzato alla capacità dei singoli individui di stabilire i margini di consumo accettabili oppure se lo Stato debba assumere il compito di controllare modalità e quantità dei consumi compatibili con la salvaguardia degli interessi in gioco. Mentre in un contesto di liberalizzazione dei consumi l'intervento normativo riduce il suo scopo alla predisposizione dei rimedi repressivi che

³² *Contra*, hanno escluso profili di irragionevolezza nel diverso trattamento Corte cost. 27 maggio 1982, n. 104 e Corte cost. 26 ottobre 1982, n. 170.

rispondano in via successiva alla perturbazione degli interessi sensibili (con un'accentuazione del ruolo sanzionatorio di questi strumenti a scapito della loro capacità preventiva), una politica di controllata legalizzazione, invece, prelude alla predisposizione di un apparato articolato e *progressivo*, assai meglio modulabile, di rimedi propositivi, coattivi, preventivi e afflittivi, suscettibili di contemplare il ricorso *estremo* alla sanzione penale.

Nella prospettiva dell'adozione di una politica di "legalizzazione" delle sostanze stupefacenti, parrebbe opportuno distinguere, quali altrettanti passaggi in sede di valutazione politico-criminale, la decisione di vietare o meno certe attività afferenti al consumo di droga, la scelta di sanzionare o meno le attività pericolose, la individuazione del tipo e del *quantum* di sanzione appropriata, la definizione dei contenuti finalistici che si ravvisano sottesi alle sanzioni ed ai rimedi socio-giuridici opponibili alle condotte disfunzionali. Osserva per l'appunto Donini³³ che, «se il liberalismo classico, sul piano dei principi, metteva in discussione lo stesso *divieto* (o i limiti del divieto) dell'uso di droghe, l'argomento consequenzialista mette in crisi quelle conclusioni, non dovendosi necessariamente attendere, per una sanzione ad efficacia preventiva, che si commettano reati o fatti illeciti sotto l'effetto di stupefacenti per sanzionare in modo aggravato i loro autori *ex post* (reati "di evento" aggravati, per es., dall'uso di droghe). Ben diversa, invece, è la scelta della sanzione penale, o punitiva amministrativa, per le condotte *ex ante* di mera detenzione o uso, scelta che, per quanto condizionata oggi da atti internazionali e da fonti comunitarie, rimane in linea di principio un problema di mezzi, di sussidiarietà e di proporzione: discorso non *ideologico* (liberalismo *vs.* paternalismo), ma *pratico*. Si può optare per la sanzione penale quanto alla *vendita*, distinguendo droghe pesanti e leggere, e per la sanzione amministrativa quanto al *consumo*. Sanzionare (penalmente) la cessione (non autorizzata, non controllata, etc.) e non il consumo è logico, e non contraddittorio, perché il consumatore è vittima potenziale, mentre il cedente rimane autore di una condotta pericolosa o dannosa» che, senza esporlo a pregiudizio, ne rivela la posizione di *dominio* nell'ambito del decorso eziologico che conduce all'offesa.

L'impostazione "ragionata" ed "articolata" delle variabili che interferiscono sul piano politico-criminale e che è chiaramente rinvenibile a base della considerazione di Donini, non appare certamente contraddetta dall'opinione di Dworkin³⁴ il quale, anzi, la assevera allorché osserva come sbagliano «coloro che pensano che se lo Stato non può legittimamente criminalizzare una condotta, diventa inutile cercare di cambiare la condotta stessa;

³³ M. DONINI, *op. cit.*, 87-88.

³⁴ G. DWORKIN, *op. cit.*, 190.

così come sbagliano coloro i quali pensano che non vi sono rimedi contro chi si comporta in modo insensato, irrazionale o imprudente, solo perché Mill sostiene che lo Stato non possa punire le condotte auto-distruttive. Al contrario, esistono strumenti come la critica, la pressione sociale, l'ostracismo» e – continuando su questo crinale – le misure di prevenzione e di soccorso sociale, i divieti presidiati da rimedi civilistici, disciplinari, tributari, amministrativi ecc., ben prima di cominciare a parlare di penalizzare le condotte pericolose.

«Ciò che non si può fare – riprende Donini – è quello che avrebbe voluto fare (salvo letture restrittive doverose) il legislatore italiano del 2006: *punire l'apparenza, le condotte che "appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale"* (art. 73, comma 1-bis lett. a), d.P.R. n. 309/1990, novellato dalla legge n. 49/2006), qualora superino certi limiti tabellari, per le modalità dell'azione, del confezionamento, della presentazione, come se fosse finalizzata a terzi la detenzione di cui non si sappia veramente la destinazione, ma che appunto "appare" tale anche soltanto per il mero superamento di una soglia ministeriale, con pedissequa introduzione di inversioni probatorie a carico dell'indagato». Ecco dunque, da un lato, la necessità di rimeditare l'opportunità di fare ricorso a fattispecie incriminatrici imperniate sul modello di pericolosità presunta, legato al superamento di soglie di gravità o a finzioni generalizzanti, e, dall'altro, l'esigenza di lasciare al giudice maggiori spazi di valutazione del fatto in concreto, al cui obiettivo tendono provvedimenti come quello che hanno restituito spazio al bilanciamento fra l'attenuante della lieve entità del fatto e la recidiva reiterata (Corte cost., sent. n. 251/2012).

Pare forse *sintetizzare* le due prospettive la recente modifica normativa che (prima con il d.l. n. 146/2013 e poi con il d.l. n. 36/2014) ha trasformato la vecchia attenuante del fatto di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990) in un reato autonomo (a pena diminuita) proprio per sottrarre la più favorevole disposizione al rischio di essere travolta in sede di bilanciamento con aggravanti. Le nuove indicazioni normative, se vincolano il giudice in ordine alla rilevanza giuridica del fatto, gli lasciano comunque indicazioni chiare circa la necessità di accertare in concreto i presupposti per l'operatività del beneficio³⁵. Ben altri sono tuttavia i residui profili di rigidità che il sistema ancora mantiene in materia di stupefacenti e su cui

³⁵ Di questa norma – e dell'irrigidimento attenuante che comporta – è stata tuttavia lamentata l'irragionevolezza (costituzionalmente censurabile), per il fatto di postulare il riferimento ad un sistema di tabelle che equiparava le droghe leggere e pesanti, e che perciò abbisognava di un temperamento in ragione della oggettiva "lieve entità" del fatto, ma che ora non esiste più! Cfr. sul punto A. DELLA BELLA-F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014, 3 ss.; M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza"*, cit., 1144.

occorre meditare: dalla mancanza di adeguata selezione e differenziazione delle condotte ritenute pericolose, senza che neanche al giudice sia dato intervenire in sede di accertamento in concreto³⁶, alla predisposizione di un apparato sanzionatorio tendenzialmente omologato verso livelli di eccessiva severità e che stenta ad ammettere alternative alla mera punizione.

Ci auguriamo, in conclusione, che questo convegno rappresenti un'occasione di riflessione, utile ad inquadrare normativamente un fenomeno che, data anche la sua preoccupante diffusione in tutti gli strati della società, deve chiamare a raccolta i migliori saperi perché, fuori da ogni ambiguità, collaborino ad individuare linee di indirizzo finalmente credibili e davvero rappresentative del sentire della comunità.

³⁶ Spicca al riguardo il discusso trattamento uniformemente riservato alla coltivazione domestica di piante stupefacenti, indiziata di abbracciare ipotesi offensive di ben diversa portata. Si segnala *in extremis* alla pubblicazione di questi atti la notizia dell'ordinanza con cui la Corte di Appello di Brescia, nell'ambito di un processo a carico di un commerciante nel cui *garage* erano stati trovati alcuni vasi di piante di canapa indiana coltivate per uso personale, avrebbe rimesso il 10 marzo scorso alla Corte costituzionale una q.l.c. per la supposta disparità che l'incriminazione di questa condotta solleverebbe con quella di consumo personale, non costituente reato. Sul tema della rilevanza offensiva dell'attività di coltivazione di semi di canapa indiana, cfr., di recente, C. GUERRA, *La coltivazione «domestica» di sostanze stupefacenti tra tipicità ed offesa: la portata applicativa*, in *Giur. mer.*, 2013, 1142 ss.