

La normativa italiana in tema di stupefacenti al banco di prova del modello proibizionista sovranazionale. Tra necessaria dissuasività delle pene, rispetto del principio di proporzionalità e recupero del tossicodipendente

di Maria Ilia Bianco

avvocata del foro di Nola, dottoressa di Ricerca in Diritto e Istituzioni economico-sociali presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

In tema di stupefacenti, il panorama sovranazionale conosce l'ampia bipartizione tra modelli *proibizionisti* ed *antiproibizionisti*. Il modello italiano, in linea con il *trend* europeo, è *tendenzialmente* proibizionista ma ha oscillato per anni tra l'adozione di normative più miti e ragionevoli ed altre più severe e repressive, con pesanti ricadute soprattutto sul sistema carcerario, oberato a causa delle esorbitanti pene detentive previste anche in caso di consumo personale. La problematica del sovraffollamento carcerario connessa alla disciplina in materia di stupefacenti costringe, ancora oggi, il nostro paese a cercare un compromesso legislativo che garantisca la repressione delle attività illecite aventi ad oggetto "il ciclo della droga" e, al contempo, scongiuri l'inflazione di sanzioni sovranazionali per esubero delle incarcerazioni. A questo obiettivo si deve puntare in un'ottica di evoluzione del diritto interno in conformità a quello sovranazionale.

SOMMARIO: 1. Uno sguardo al panorama internazionale, tra modelli proibizionisti e antiproibizionisti. – 2. L'approccio internazionale ed europeo in tema di stupefacenti. – 3. L'evoluzione della normativa italiana, l'incremento dei trattamenti sanzionatori e il disallineamento rispetto alla politica europea. – 4. Le pronunce della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 e n. 94 del 2016. Il contrasto della normativa italiana con la Decisione Quadro 2004/757/GAI e con la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Il ritorno ad una disciplina più equilibrata. – 5. La *ratio* della disciplina in tema di stupefacenti dopo il 2014 e la sanzione alternativa del lavoro di pubblica utilità. – 6. Possibili margini di riforma della normativa attuale.

1. Uno sguardo al panorama internazionale, tra modelli proibizionisti e antiproibizionisti

La bipartizione principale che si usa fare in materia di disciplina delle sostanze stupefacenti è tra ordinamenti di stampo *proibizionista* e di stampo *anti-proibizionista*¹. I modelli proibizionisti tendono alla penalizzazione ad ampio spettro del fenomeno della produzione, diffusione e assunzione di droghe; quelli antiproibizionisti, invece, ammettono delle forme di legalizzazione, se non dell'intero "ciclo della droga", almeno di alcune sue fasi e, talvolta, ma molto raramente, ne permettono anche la liberalizzazione (che riguarda però solo le droghe leggere)².

Nel primo modello rientrerebbero i sistemi particolarmente repressivi che inibiscono e puniscono ogni tipo di condotta che si innesti nel ciclo della droga, sia essa inerente alla coltivazione e produzione delle sostanze stupefacenti, sia essa consistente nello smercio, nella diffusione o nel consumo, anche personale.

Il concetto politico-normativo di *proibizionismo* nasce nell'America degli anni Venti (seguita dalla Finlandia, Norvegia e Canada) con riferimento alla vendita e al consumo di alcolici e, calato nella

¹ M. GAMBARELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del Diritto penale*, Torino, 2016, pp. 117-150

² Per una panoramica molto interessante sull'evoluzione proibizionista del diritto internazionale (consolidatasi attraverso la Convenzione Unica sugli Stupefacenti del 1961, la Convenzione di Vienna del 1971 e la convenzione contro il traffico illecito del 1988) e la graduale adesione dei diversi Paesi, v. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali in Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2018, pp. 213- 244.

materia degli stupefacenti, fondamentalmente non muta³: così come dietro la repressione delle condotte afferenti alla diffusione ed al consumo delle sostanze alcoliche vi erano interessi di natura economica accanto a quelli di garanzia dell'ordine sociale (per cui ad es. il fenomeno dell'ubriachezza era considerato riprovevole in quanto lesivo della quiete pubblica), anche alla repressione del fenomeno degli stupefacenti sottendeva la stessa *ratio* e lo scopo delle incriminazioni era sostanzialmente quello di garantire allo Stato il controllo del territorio, del mercato e dell'ordine sociale.

I paesi che ad oggi hanno adottato quelli che potremmo definire *modelli proibizionisti puri* potrebbero essere la Svezia, la Grecia, la Finlandia⁴ e la Francia⁵, dove sono previste sanzioni penali anche per la coltivazione e la detenzione di droghe finalizzata ad un uso personale⁶. Tuttavia è difficile, se non impossibile, nella prassi, catalogare un sistema come proibizionista puro (e lo stesso vale per i modelli antiproibizionisti puri)⁷ dal momento che in molti paesi l'utilizzo, la vendita e la somministrazione di alcune sostanze stupefacenti sono comunque ammessi per finalità terapeutiche e curative.

L'Italia dimostra attualmente una tendenza fortemente proibizionista ma non pura⁸, in quanto, come meglio si analizzerà tra poco, il nostro sistema prevede "il fatto di lieve entità"⁹ come fattispecie autonoma di reato e, attraverso questa disposizione, opera la depenalizzazione delle condotte minori in materia di stupefacenti¹⁰. Inoltre, il nostro modello normativo prevede la criminalizzazione in senso ampio della produzione degli stupefacenti e della loro distribuzione¹¹; i reati in materia di sostanze stupefacenti sono considerati plurioffensivi e, dunque, la nostra politica legislativa è orientata ad accordare una tutela ad ampio raggio di più beni contemporaneamente; infine, si è registrata, nel corso dell'evoluzione normativa, una cd. "normativizzazione" della nozione di sostanza stupefacente attraverso il rimando a tabelle ministeriali che vengono aggiornate semestralmente¹².

³Voce Wikipedia enciclopedia libera, "Proibizionismo negli stati Uniti", link permanente: https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Proibizionismo_negli_Stati_Uniti&oldid=129168466

⁴ G. FAVA, *Stupefacenti. Analisi, problematiche e legislazione italiana*, Padova, 2017, pp. 214 ss; A. LAX, D. CARRETTA, G. CARRÀ, M. CLERICI, *Dipendenze e misure alternative alla pena*, Milano, 2013, p. 35; G. PIETROSTEFANI, *Il sistema droga. Per capire le cause e punire di meno*, Milano, 1998, pp. 159 ss

⁵ Per alcuni approfondimenti sulla disciplina francese in tema di trattamento dei rei tossicodipendenti v. A. BAIGUERA ALTIERI, *Gli stupefacenti nel diritto penale europeo*, in *Diritto.it*, del 21.9.2017

⁶sul punto v. Proibizionismo delle droghe, wikipedia, link permanente https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Proibizionismo_delle_droghe&oldid=129310698#cite_note-38

⁷ A. CHITI BATELLI, *Droga, problema europeo. Una terza via tra proibizionismo e legalizzazione?*, FrancoAngeli, 1992.

⁸ L. SIRACUSA, *Il traffico illecito di droghe leggere dal Mediterraneo all'Atlantico: punti feriti e questioni aperte*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARACINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino, 2020, p. 316 ss.

⁹ N. RUSSO, *Il fatto di lieve entità*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, Torino, 2015, pp. 333-340. Interessanti spunti inoltre nella Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, n. 36/2016 in *Dir. pen.Cont.* 13.7.2016; A. CHIBELLI, *La "ingente quantità di stupefacenti: la storia senza fine di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3.2.2017.

¹⁰L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale(rectius: la disposizione del T.U. Stup. Che non vi riconnette una rilevaza meramente amministrativa, "Notarella" a Corte Costituzionale, sent. 20 maggio 2016, n. 109, Pres. Grossi, Red. Frigo in dir.pen.cont.*, 30.5.2016

¹¹ L. ROMANO, *La riforma della normativo di contrasto agli stupefacenti:osservazioni sulla legge 16 maggio2014 n. 79*, in *dir.pen.cont.*, 24.5.2014; C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di "droghe pesanti"?tre questioni all'esame della Consulta*, in *dir.pen.cont.*, 24.3.2017; ID., *La Corte Costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma invia un severo monito al legislatore*, in *dir.pen.cont.*, 6.12.2017

¹² E. MAZZANTI, *L'insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici*, in *dir.pen.cont.*, 25.5.2018; C. BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, in *dir.pen.cont.*, 23.5.2016.

Sulla sponda opposta, il modello *antiproibizionista* comprenderebbe, invece, ordinamenti fondamentalmente di impronta liberale per i quali, sia ben chiaro, non è legalizzato il fenomeno *tout court* ma, piuttosto, alcune sue frazioni¹³, quali, ad esempio, il consumo personale di droghe e attività connesse all’offerta delle droghe leggere¹⁴. In questi modelli di solito la distinzione tra droghe pesanti e leggere vale a connotare di illiceità la condotta, sia essa di consumo che di offerta. Un esempio di tale modello potrebbe essere rappresentato dai Paesi Bassi¹⁵, dove la *detenzione* di *lievi quantitativi* di cannabis e droghe leggere è di fatto legalizzata ma è la *distribuzione* delle droghe, nonostante la diffusione dei famosi *coffee shop* (presenti soprattutto ad Amsterdam), a rappresentare ancora una “zona grigia”¹⁶ non normativizzata dal sistema interno: la vendita è, infatti, solo tollerata dall’ordinamento¹⁷ che la tassa alla stregua di una qualsiasi altra attività commerciale, senza soffermarsi sull’eventuale disvalore dell’attività. A fondamento dell’approccio tendenzialmente antiproibizionista dei Paesi Bassi¹⁸, vi è la concezione che il fenomeno della tossicodipendenza debba essere considerato più che come un fenomeno criminale, come un problema di salute pubblica e, per questo, necessitante non tanto di una regolamentazione repressiva, quanto, piuttosto, di una apposita politica di welfare.

Normalmente, nessun modello, per quanto antiproibizionista, opta per una liberalizzazione del mercato degli stupefacenti (al più, per una legalizzazione ad ampio raggio delle droghe) e ciò sia per ragioni di diritto (in quanto le diverse discipline si fondano sulla *ratio* di tutelare i beni giuridici primari, quali ad es. l’ordine pubblico e la salute pubblica) che per ragioni squisitamente economiche (laddove, infatti, le condotte di produzione e commercio delle droghe fossero liberalizzate, lo Stato dovrebbe abdicare ad un suo possibile monopolio e garantire la libertà di iniziativa imprenditoriale privata, con ovvie ricadute in negativo sul piano delle entrate pubbliche).

Dunque, non esiste attualmente un modello antiproibizionista puro che preveda la liberalizzazione di qualunque tipo di droga ma si registra sempre qualche forma di classificazione e distinzione tra droghe pesanti e leggere¹⁹, con una tendenziale legalizzazione delle condotte afferenti a queste ultime.

Oggi, questa bipartizione è solo di massima e può essere utile ad orientarsi in un panorama che presenta, invero, molteplici modelli ibridi o comunque più moderati, in ragione delle contingenze (anche economiche) registrate al momento della produzione legislativa e dell’impronta più o meno paternalistica dei sistemi di tutela in cui si incastona la disciplina. Si sono diffusi per lo

¹³ L. SIRACUSA, *Il traffico illecito di droghe leggere dal Mediterraneo all’Atlantico*, op.cit., pp. 308-315.

¹⁴ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L’ingente quantità e il fatto di lieve entità della legge sugli stupefacenti*, Milano, 2020, p.152 ss

¹⁵ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L’ingente quantità*, op. cit., p. 152 ss rileva che l’Olanda è stata uno dei primi Paesi europei che allineandosi alla convenzione dell’Aja ha previsto delle sanzioni penali nei confronti dei trafficanti di droga con una legge del 1928 che è tuttora in vigore, sebbene con modifiche. Il legislatore olandese ha determinato degli scaglioni di pena concepiti in maniera direttamente proporzionale al quantitativo di sostanza oggetto di sanzione penale e, per ciò che attiene alle droghe leggere, se ne presume la vendita a terzi a partire dalla detenzione di gr. 30, pertanto la detenzione di una quantità da gr. 31° 1 kg è punita con una pena pecuniaria da 5 a 10 euro per grammo; da 1 a 5 kg è prevista in aggiunta alla sanzione pecuniaria anche la pena della reclusione.

¹⁶ A riprova di tanto, è peculiare la recente proposta della Sindaca di Amsterdam, datata ottobre 2022, che, accogliendo le istanze dei residenti, intendeva vietare l’accesso dei turisti nei coffee shop per garantire maggior ordine sociale ai cittadini residenti, per approfondimenti si veda <https://www.ilpost.it/2022/10/02/amsterdam-divieto-coffee-shop-turisti/>.

¹⁷ Sulla tolleranza olandese” v. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit. p. 218

¹⁸ Per approfondimenti F. FRANCESCHELLI, *Vietato l’accesso ai coffee shop ma solo per i non residenti: nel caso Josemans l’ordine pubblico prevale sulla libera prestazione dei servizi*, in *Diritto Pubblico Comparato, Rivista trimestrale II, Sezione Mercato, Concorrenza e politiche sociali*, 2011, Torino, pp. 527 ss.

¹⁹ B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., p. 218, riferendosi alla politica attuata con i Trattati internazionali ed in particolare con l’art. 3 paragrafo 11 della Convenzione di Vienna del 1988, evidenzia come: “Tale inciso funge da unico spiraglio tra le strettissime maglie della normativa sovranazionale; spiraglio dal quale, nel corso dei decenni, alcuni legislatori nazionali hanno saputo attingere una boccata d’ossigeno utile all’attuazione di scelte diverse in materia di controllo e diffusione delle droghe leggere che, in alcuni casi, hanno condotto ad un radicale ripensamento delle politiche sociali e di efficientamento dei sistemi giurisdizionali interni”.

più *modelli intermedi* che, comunque, continuano ad evolversi, modificando se stessi con normative sempre nuove e che cercano di stare al passo con un settore che è fortemente connotato dalla *transnazionalità* delle condotte incriminate²⁰. Capita sovente, infatti, che il ciclo della droga sia frammentato in più fasi criminose che hanno svolgimento in paesi diversi²¹: quelle della coltivazione e produzione delle droghe sono spesso appannaggio dei paesi come la Colombia, l'Honduras, il Guatemala, il Messico²²; mentre la vendita e il consumo sono fenomeni che si verificano in prevalenza nei paesi occidentali. Questo assetto ha comportato, soprattutto a partire dai primi anni Duemila, l'insorgenza di istanze internazionali di liberalizzazione dei traffici da parte dei paesi interessati dalle fasi di coltivazione e smercio di droghe e ciò allo scopo (dichiarato) di far decrescere il traffico illecito internazionale e disincentivare così anche la commissione degli ulteriori reati connessi ad esso²³.

A partire dal 2017 alcuni paesi degli Stati Uniti, tra cui Alaska, California, Colorado, Maine, Massachusetts, Nevada, Oregon e Washington, nonché il Distretto di Columbia, hanno legalizzato la vendita di marijuana per uso ricreativo, nonostante la legge federale degli Stati Uniti continui a ritenere questa condotta illegale²⁴, ed hanno orientato in questo modo le loro politiche interne verso un modello *tendenzialmente antiproibizionista*, discostandosi dall'approccio adottato a livello federale²⁵.

2. L'approccio internazionale ed europeo in tema di stupefacenti.

A livello sovranazionale, il modello costruito e perseguito dalle politiche europee è essenzialmente quello proibizionista²⁶, sia per ragioni di tutela dell'ordine sociale e della salute pubblica, sia per ragioni di controllo e sicurezza territoriali²⁷. Non è trascurabile, infatti, il dato che le principali attività criminose legate alla droga siano quelle che coinvolgono contemporaneamente più paesi, tra le cui frontiere si estrinsecano alcune delle principali condotte connesse al ciclo degli stupefacenti e la cui criminosa collaborazione comporti evidenti ricadute sul sistema di controllo e repressione transfrontaliero²⁸.

²⁰ V. PUNZO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARACINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel mediterraneo*, op. cit., pp. 41-45; P. BERNARDONI, *Stupefacenti di qualità diversa e lieve entità: un passo avanti delle Sezioni Unite nel chiarimento dei rapporti tra le varie ipotesi di narcotraffico*, in *dir.pen.cont.*, 21.11.2018; E. BIRITTERI, *Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una ragionevole repressione del fenomeno*, in *dir.pen.cont.*, 25.5.2018.

²¹ G. FAVA, *Stupefacenti*, op.cit., pp. 213-214

²² Questi Paesi, infatti, si sono resi promotori nei primi anni 2000 di inviti agli stati occidentali alla legalizzazione delle droghe ritenendo questa manovra necessaria per il decremento dei traffici internazionali di stupefacenti e così anche dei crimini minori e degli omicidio collaterali a questi traffici.

Per ulteriori approfondimenti sul punto v. Proibizionismo delle droghe, wikipedia, link permanente https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Proibizionismo_delle_droghe&oldid=129310698#cite_note-38

²³ Il 28 febbraio 2008, il Presidente dell'Honduras chiese al mondo di legalizzare le droghe al fine di prevenire quegli omicidi violenti legati ai traffici illeciti di cocaina tra Colombia e Stati Uniti (Per ulteriori approfondimenti sul punto v. Proibizionismo delle droghe, wikipedia, link permanente https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Proibizionismo_delle_droghe&oldid=129310698#cite_note-38

²⁴ L. SIRACUSA, *Il traffico illecito di droghe*, op. cit., pp. 301-327.

²⁵ Per una disamina sugli "Stati federati del nord" B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., pp. 222-224

²⁶ B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., pp. 213 ss.

²⁷ Le ragioni che hanno spinto gli Stati a collaborare nella lotta al traffico illecito delle sostanze stupefacenti, fin dagli albori della disciplina, sono espressamente indicate nei lavori preparatori della Conferenza delle Nazioni Unite per l'adozione della Convenzione contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, tenutasi a Vienna dal 25 novembre al 20 dicembre del 1988, ovvero, la costatazione che l'aumento della produzione, della consumazione e dei traffici di sostanze stupefacenti rappresentassero, oltre che una minaccia per la salute dell'umanità, anche un potenziale danno per le basi economiche, culturali e politiche della società nonché per la stabilità, sicurezza e sovranità degli Stati, basi, soprattutto queste ultime, minate altresì dall'indiscusso legame tra il traffico illecito transfrontaliero ed altre attività criminali organizzate correlate.

²⁸ G. PIETROSTEFANI, *Il sistema droga*, op. cit. p. 37 ss

Per assicurarsi un intervento efficace e dissuasivo in questo panorama così complesso e smisurato, la *Convenzione Unica sugli stupefacenti di New York del 30.3.1961* aprì per prima la strada ad una politica internazionale di tipo repressivo²⁹ non solo delle condotte di offerta ma anche di coltivazione delle sostanze stupefacenti e limitò la discrezionalità degli Stati firmatari, introducendo obblighi sanzionatori ben precisi e prescrivendo, altresì, le sanzioni da applicare in presenza di peculiari fatti criminosi in materia di droghe³⁰. Questa Convenzione segnò l'avvio, negli Stati Uniti, di una politica di lotta alle droghe molto serrata³¹, a sostegno della quale furono promulgate leggi particolarmente repressive (come le cd. "Leggi sulla Droga Rockefeller") che prevedevano pene esorbitanti – dai 15 anni all'ergastolo – per i detentori di droghe pesanti oltre un certo quantitativo (115g circa). Fu finanche istituita la figura istituzionale del cd. "zar della droga", ossia di un Alto Responsabile contro la droga nell'ufficio del Presidente Reagan³².

Dieci anni dopo, con la Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 21.2.1971, pure ispirata ad un modello proibizionista e repressivo, venne introdotta una definizione normativamente riconoscibile e riconosciuta di sostanze stupefacenti, che vennero catalogate attraverso tabelle cui la Convenzione rinviava. Venne, inoltre, sancita la rilevanza penale di tutti i comportamenti inerenti agli stupefacenti, fatta salva la possibilità per ogni Stato Membro di prevedere l'applicabilità al singolo consumatore, in caso di condanna, di una misura alternativa alla sanzione penale o ad essa complementare, che fosse diretta alla sua riabilitazione e cura³³. Si trattava di un modello sovranazionale proibizionista *forte* ma che lasciava comunque un margine di discrezionalità agli ordinamenti interni e, dunque, tale da subire opportuni smussamenti in punto di disciplina. Gli smussamenti, come può comprendersi, erano concepiti in chiave rieducativa della risposta statale che, in un settore così delicato per le sue ripercussioni sulla salute anche individuale (oltre che pubblica), non poteva esplicare una funzione esclusivamente repressiva ma doveva puntare anche al recupero del reo.

Successivamente, con la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, venne reiterato l'obbligo di sanzionare le condotte di coltivazione del papavero da oppio, della cannabis e dell'arbusto di coca (*art. 3 a ii*) ma, in seguito ad un Rapporto sul Virus dell'HIV prodotto dall'OMS nel 2014, fu tentata una mitigazione della Convenzione (con la richiesta di depenalizzazione delle droghe da iniezione). Lo scopo della Convenzione era imporre agli Stati firmatari di incriminare e sanzionare praticamente qualunque condotta dolosa che si innestasse nel ciclo della droga³⁴: dalla coltivazione e produzione delle sostanze psicotrope e droganti (di cui alle Tabelle richiamate dalle Convenzioni del '61 e del '71) al loro traffico ai fini della vendita e consumazione³⁵; a questi obblighi di criminalizzazione, tuttavia,

²⁹ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op. cit., p. 32 ss; B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., p. 213 ss riporta l'incipit della Convenzione Unica del '61 riprova della solennità e della drammaticità che aveva assunto il fenomeno della tossicodipendenza in quel determinato momento storico: "Le Parti, Preoccupate della salute fisica e morale dell'umanità, Riconoscendo che la tossicomania è un flagello per l'individuo e costituisce un pericolo economico e sociale per l'umanità, coscienti del dovere che loro incombe di prevenire e combattere tale flagello (...) convengono su quanto segue".

³⁰ B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., p. 214 ss; S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op. cit., p. 233 ss

³¹ M. STEFANINI, *Gli USA e la terza via nella guerra alla droga*, in *Limesonline, rivista italiana di geopolitica*, <https://www.limesonline.com/rubrica/gli-usa-e-la-terza-via-nella-guerra-alla-droga>, 17.5.2012

³² V. voce wikipedia *Proibizionismo delle droghe*, disponibile al link permanente: https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Proibizionismo_delle_droghe&oldid=129310698

³³ Convenzione sulle sostanze psicotrope di Vienna del 21.2.1971, Art.22 lett. b): «b) Indipendentemente dalle norme del comma precedente, quando soggetti che utilizzano in modo abusivo sostanze psicotrope avranno commesso tali infrazioni, le Parti potranno, invece che condannarli o pronunciare a loro carico una sanzione penale, oppure come complemento della sanzione penale, sottoporre tali soggetti a misure di cura, educazione, dopo-cura, riadattamento e reinserimento sociale, conformemente al disposto del paragrafo 1 dell'articolo 20».

³⁴ B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., p. 215 ss

³⁵ In tal senso Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art. 3, n. 1, lett. a) I.

gli Stati erano tenuti ex art. 3, paragr. 2 «facendo salvi i propri principi costituzionali e i concetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico»³⁶.

A rafforzamento di quest'impianto altamente proibizionista, la Convenzione prescriveva anche l'obbligo di criminalizzazione di ogni condotta propedeutica e/o agevolatrice di quelle summenzionate di produzione, traffico e vendita: vale a dire, la fabbricazione, il trasporto o la distribuzione di attrezzature, di materiali o di sostanze psicotrope, «nella coscienza che essi siano utilizzati nella coltivazione, produzione o fabbricazione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope o per questi fini»³⁷; oppure il finanziamento, la direzione o l'organizzazione del traffico illecito³⁸; nonché di ogni condotta successiva a quelle propriamente riconducibili al traffico di stupefacenti, purché volta a dissimulare, contraffare od occultare la precedente commissione di un fatto di reato in materia di stupefacenti, agevolando il reo affinché sfugga alla sanzione³⁹.

Quanto al trattamento sanzionatorio di queste condotte, la Convenzione indicava agli Stati membri di adottare misure restrittive della libertà personale del reo, nonché sanzioni pecuniarie e la confisca⁴⁰, mentre, solo per fatti di minore gravità, gli Stati potevano adottare misure *alternative* alla detenzione⁴¹. Molto interessante notare come, pur a fronte di un approccio decisamente proibizionista e repressivo, il fenomeno della tossicodipendenza fosse comunque considerato come un problema sociale, di ordine pubblico e di salute individuale, tanto che la Convenzione indicava agli Stati la possibilità di predisporre e somministrare misure di trattamento, di educazione, di post-cura, di riadattamento o di reinserimento sociale del reo, sia in via complementare che eventualmente alternativa alla condanna penale⁴².

In ambito europeo, caposaldo nella disciplina degli stupefacenti è senza dubbio la Decisione Quadro 2004/757/GAI. Essa imponeva agli Stati membri un vincolo relativo al fine da perseguire e a cui aspirare attraverso le proprie discipline interne che, tuttavia, restavano svincolate quanto alle modalità di raggiungimento dello stesso⁴³. Tale decisione non è mai stata recepita nel nostro ordinamento e, per quanto dettagliata, non avendo applicabilità diretta non poteva validamente ovviare ai casi in cui il giudice si trovasse di fronte ad un *vulnus* di tutela. Tuttavia, grazie all'introduzione ad opera della decisione della Corte di Giustizia del 2005⁴⁴ del principio dell'interpretazione conforme alle decisioni quadro non recepite, è stato possibile anche per il nostro sistema conformarsi e armonizzare la propria disciplina con quella sovranazionale. La Decisione Quadro 2004/757/GAI avallava il modello proibizionista già ampiamente corroborato sia nel panorama europeo che nel nostro impianto normativo interno, prevedendo obblighi di incriminazione riguardanti tutte le condotte afferenti al ciclo della droga (art.2); l'armonizzazione dei profili sanzionatori attraverso l'indicazione di un tetto edittale minimo obbligatorio per talune tipologie di reati (art. 4 paragr. 1 e 2); l'inflizione di sanzioni detentive obbligatorie ma differenti in base alla diversa tipologia e al quantitativo di sostanza stupefacente oggetto della condotta. Con quest'ultima indicazione, la Decisione non introduceva un vero e proprio distinguo tra droghe pesanti e droghe leggere (che era già presente in alcune discipline nazionali, come la nostra) ma

³⁶ B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, op.cit., p. 216

³⁷ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art.3, n. 1 lett. a) IV

³⁸ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art. 3, n. 1 lett. a) V.

³⁹ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art. 3, n.1, lett. b) I.

⁴⁰ Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art. 3 n.4

⁴¹ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., pp. 35 ss

⁴² Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, art. 3 n.4, lett. b) e d).

⁴³ E. A. GIORDANO, A. DI MATTEO, *Reati in materia di stupefacenti. Percorsi Giurisprudenziali 2008*, Milano, 2008, p. 9

⁴⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16.6.2005, *Pupino c. Italia*, causa C-105/03

mostrava delle significative aperture agli approcci già adottati in alcuni Stati membri⁴⁵. In linea di massima, infatti, il legislatore sovranazionale lasciava un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri anche in tema di trattamenti sanzionatori, permettendo ai sistemi interni di adottare misure differenti da quelle strettamente penali di fronte al fenomeno dell'abuso delle sostanze droganti. Sempre su questa scia, la Decisione Quadro non definiva la nozione di "uso personale", lasciando libertà alle normative nazionali di perimetrarne e descriverne il disvalore⁴⁶.

In particolare, la Decisione Quadro introdusse nel modello sovranazionale il criterio della natura della sostanza trafficata quale parametro di commisurazione della pena finale, suggerendo a ciascuno Stato Membro di prevedere pene detentive della durata massima compresa tra almeno cinque e dieci anni di reclusione in presenza di reati implicanti la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute⁴⁷. L'indirizzo della Decisione Quadro era chiaramente desumibile anche dal *considerando n.5* della stessa, secondo cui gli ordinamenti interni avrebbero dovuto prevedere delle pene efficaci, proporzionate e dissuasive, comprese quelle privative della libertà personale, e che tenessero conto di tutti gli elementi dei fatti di reato, tra cui, della natura delle sostanze trafficate⁴⁸.

Dunque, la lettura combinata del *considerando n.5* (sulla natura della droga) e dell'art. 4 della Decisione Quadro (sulla maggior dannosità della sostanza per la salute) consente di concludere che il modello proibizionista eurounitario, ricavabile dalle fonti appena richiamate, propende per una diversificazione dei trattamenti sanzionatori sulla scorta della classificazione delle sostanze oggetto della condotta e suggerisce di calibrare la risposta sanzionatoria facendo leva anche sull'oggetto della condotta e sulla sua maggiore o minore pericolosità per la salute.

Questo stesso approccio è stato adottato anche dal nostro ordinamento e quando con la legge di conversione n. 49/2006 (cd. *Fini-Giovanardi*) sono state vanificate le classificazioni tra droghe pesanti e leggere nel tentativo di dare una risposta uniforme e fortemente repressiva al fenomeno criminoso degli stupefacenti⁴⁹, questa manovra governativa è stata fortemente criticata⁵⁰ e poi bruscamente eliminata dal nostro panorama normativo, nel 2014, essendo ritenuta illegittima per contrasto con gli art. 117 e 77 Cost. e, certamente, come si analizzerà a breve, anche per violazione di alcuni basilari principi del diritto sovranazionale.

Con le dichiarazioni di incostituzionalità relative alla legge n. 49 del 2006, le modifiche apportate al D.P.R. 309/90 sono cadute con reviviscenza della pregressa normativa, più in linea con una politica non volta esclusivamente alla repressione delle condotte facenti parti del ciclo della droga ma orientata anche a garantire l'inserimento dei tossicodipendenti, anche recidivi, in programmi di recupero idonei a tutelarne la salute e a debellare il fenomeno della tossicodipendenza in un'ottica lungimirante e più garantista anche per il reo.

⁴⁵V. MANES, V. NAPOLEONI, *La Legge penale illegittima, metodo itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 326 ss; V. MANES, *Produzione, traffico e detenzioni illeciti di sostanze*, in G. INSOLERA (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2008, p. 31 ss

⁴⁶V. MANES, *Produzione, traffico e detenzioni illeciti di sostanze*, in G. INSOLERA (a cura di), *La disciplina penale*, op.cit., p. 31 ss; S. LO FORTE, *La rilevanza penale della condotta di coltivazione domestica di stupefacenti: profili, limiti di punibilità e possibile inoffensività in concreto nelle ipotesi di efficacia drogante minima*, in *dir.pen.cont.*, 26.3.2012; M. PELAZZA, *Coltivazione domestica di canapa indiana: una pronuncia assolutoria della Cassazione dopo le Sezioni unite del 2008*, in *dir.pen.cont.*, 18.10.2011.

⁴⁷Nella specie il riferimento è all'art. 4 lett. b della Decisione Quadro 2004/757/GAI che stabilisce: «Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere a), b) e c), siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni in presenza di ciascuna delle seguenti circostanze: a) il reato implica grandi quantitativi di stupefacenti b) il reato o implica la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute, oppure ha determinato gravi danni alla salute di più persone».

⁴⁸A riprova del dato che l'orientamento giurisprudenziale italiano era allineato alle politiche europee si veda G. ANDREAZZA, *Le Sezioni unite sulla presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per il delitto di associazione finalizzata al narcotraffico*, in *dir.pen.cont.*, 26.9.2011

⁴⁹Su tutti, per un'analisi critica della legge 49/2006, si consideri C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge stupefacente in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 234 ss

⁵⁰L. ROMANO, *Art. 73 del d.p.r. 309/90: puntualizzazione sul testo vigente*, in *dir.pen.cont.*, 22.7.2014

3. L'evoluzione della normativa italiana, l'incremento dei trattamenti sanzionatori e il disallineamento rispetto alla politica europea.

Le scelte di politica criminale alla base della disciplina italiana sugli stupefacenti cristallizzano, ad oggi, un modello che potrebbe definirsi generalmente *proibizionista*⁵¹.

Come tale, il sistema italiano prevede una criminalizzazione ad ampio raggio della produzione e diffusione delle droghe e normativizza la nozione di stupefacenti in virtù del principio di stretta legalità e in forza del divieto di analogia⁵².

I reati in materia di droghe sono considerati degli illeciti plurioffensivi⁵³, in quanto offendono prevalentemente beni giuridici superindividuali, tra i quali principalmente l'ordine pubblico e la salute pubblica. In particolare, rispetto all'attività produttiva, l'ordinamento tutela l'ordine pubblico costituzionale, ponendosi come garante dello stesso in termini di controllo del territorio. La *ratio* della tutela collettiva, con priorità rispetto a quella individuale, si spiega invece per le sue ricadute sul sistema sanitario nazionale che, in un ordinamento come il nostro, volto a garantire l'accesso alle strutture e alle cure sanitarie pubbliche, sarebbe oltremodo gravato e paralizzato laddove i consumatori di sostanze stupefacenti dovessero, proprio per l'insorgenza di malattie connesse al consumo, ricorrere a queste strutture e terapie, comportando un sensibile aggravio della spesa pubblica per il sistema sanitario nazionale.

L'ordinamento italiano tutela, inoltre, anche in chiave paternalistica la salute del privato cittadino consumatore di droghe ed incrimina la condotta di detenzione finalizzata all'uso proprio per questa potenzialità lesiva del bene individuale. In forza di questi presupposti, il consumo di sostanze stupefacenti nel nostro ordinamento non è legalizzato ed è punito con sanzioni amministrative non certo blande ma, anzi, limitative della libertà personale dell'autore del reato⁵⁴ (sono previsti ad es. il ritiro della patente, il divieto di espatrio, etc.) che mostrano l'intenzione del nostro legislatore di voler «combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale»⁵⁵.

La prima tappa dell'evoluzione normativa italiana in tema di stupefacenti è rappresentata dalla legge n. 396 del 18 febbraio 1923⁵⁶, attuativa di una Convenzione sovranazionale, ossia della Convenzione dell'Oppio, sottoscritta all'Aja il 23 gennaio 1912 e recepita con R.D.L. del 9 febbraio 1922 n. 335, convertito, appunto, nella legge n. 396 del 1923.

Trattasi di legge antecedente rispetto al nostro codice penale, ispirata a un modello proibizionista parzialmente diverso da quello che conosce il nostro attuale impianto. Essa prevedeva sanzioni penali per la vendita, la somministrazione, la detenzione al fine di spaccio o di somministrazione di sostanze stupefacenti ma, per deliberata e ponderata scelta politica, non incriminava la coltivazione dell'oppio che rappresentava una fetta importante del mercato internazionale⁵⁷.

Questa legge prevedeva la repressione soltanto delle attività aventi ad oggetto cocaina, morfina e loro composti o derivati nonché qualsiasi sostanza velenosa avente effetto stupefacente e, in assenza di una definizione normativa unitaria, questa venne demandata all'adozione di un regolamento successivo, contenente un allegato con l'elenco di alcune sostanze vietate⁵⁸.

⁵¹ M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, op.cit., pp. 117 ss

⁵² D. CARRA, *Delitti in materia di sostanze stupefacenti. Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto Penale, Trattati Giuridici*, Milano, 2022, pp. 3716-3736

⁵³ A. MACRILLÒ, *La nuova disciplina degli stupefacenti. Profili processuali e strategie difensive*, Pisa, 2016

⁵⁴ L. ROMANO, *Sollezata questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.p.r. 309/90 nella parte in cui non annovera la coltivazione finalizzata all'uso personale tra le condotte passibili di mera sanzione amministrativa*, in *dir.pen.cont.*, 11.6.2015; *ID.*, *Non viola la Costituzione*, op.cit.; L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato?*, *dir.pen.cont.*, 22.3.2018.

⁵⁵ M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, op.cit., pp. 118 ss

⁵⁶ G. FAVA, *Stupefacenti*, op.cit., pp. 99 ss.

⁵⁷ Solo nel 1953, infatti, si cercherà di limitare il mercato dell'oppio con Protocollo sull'Oppio, per approfondimenti v. S. CALLIPARI, D. BARILLA, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.21 ss

⁵⁸ Il riferimento è al regio Decreto DEL 9.11.23 n. 2534 richiamato in S. CALLIPARI, D. BARILLA, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.38 nota 5.

Questo tratto designa un punto di caduta rispetto al modello proibizionista, in quanto quell'attività di normativizzazione della nozione di sostanza stupefacente di cui si è detto, non era ancora stata presa in considerazione dal legislatore italiano e tanto, probabilmente, anche in forza del dato storico: non essendo ancora stati introdotti nell'ordinamento italiano né il codice penale né la Carta Costituzionale, evidentemente la mancata cristallizzazione del principio di legalità e dei suoi corollari (in particolare dei criteri di tassatività e determinatezza) ammetteva una produzione e, di conseguenza, una interpretazione dei testi legislativi più indeterminata e flessibile. E pertanto, l'effetto di questo assetto normativo era, *in primis*, quello di accordare un'ampia autonomia interpretativa ai giudici, i quali, ai fini dell'individuazione delle sostanze stupefacenti, si affidavano all'evoluzione scientifico-farmacologica del loro tempo. Del resto, la *ratio* di questo sistema era fornire una disciplina organica del fenomeno degli stupefacenti, senza necessità di ricorrere a continui ammodernamenti e riforme del testo normativo.

Il bene giuridico tutelato era sostanzialmente l'ordine sociale e per questo non veniva sanzionato penalmente il consumo di sostanze stupefacenti fine a se stesso, ma lo erano i consumatori che avessero "preso parte a convegni in fumisterie"⁵⁹, in quanto il legislatore liberale non intendeva ingerire nelle vite private dei cittadini ma era, piuttosto, orientato a sanzionare e inibire il consumo di droghe quando questo fosse suscettibile di assumere risvolti pubblici tali da attingere il corretto e tranquillo equilibrio sociale⁶⁰.

Successivamente, con l'entrata in vigore del codice penale del 1930, alle disposizioni già vigenti in forza della legge n. 396 del 1923 se ne affiancarono altre quattro che furono collocate nel codice penale e che, in linea con la politica fino a quel momento adottata, non prevedevano la punibilità del consumo in quanto tale, ma solo ove questo avesse idoneità lesiva dell'ordine pubblico, destabilizzando i rapporti tra consociati⁶¹.

In particolare, l'art. 446 c.p. puniva il commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti; l'art. 447 c.p. puniva l'agevolazione dolosa dell'uso di stupefacenti; l'art. 729 c.p. puniva l'abuso delle sostanze stupefacenti e nello specifico il consumatore che fosse *colto* a partecipare a convegni in fumisterie o che fosse *colto* in luoghi pubblici o equiparati in stato di grave alterazione psichica cagionata dall'uso di sostanze stupefacenti; e l'art. 730 c.p. sanzionava la somministrazione a minori di anni sedici di sostanze droganti o velenose da parte di soggetti non autorizzati alla vendita o al commercio di medicinali⁶².

Nel codice del 1930 la logica del legislatore era quella di allinearsi a un sistema proibizionista, sanzionando pertanto le condotte offensive dell'ordine pubblico e della salute pubblica. Al fenomeno della produzione e del consumo di sostanze stupefacenti era riconosciuto un disvalore che quasi sempre si traduceva in una sanzione penale. Con l'art. 729 del c.p., estremamente e volutamente ampio e generico, lo scopo della legge era quello di reprimere e sanzionare i soggetti socialmente indesiderati, proprio come già si faceva in caso di ubriachezza: si trattava fondamentalmente di una colpa d'autore. Secondo l'art. 730 del c.p., poi, erano puniti coloro che, somministrando ai minori sostanze droganti, ledevano la salute delle future generazioni e, per questa via, la salute pubblica. Nel codice Rocco, inoltre, le sostanze stupefacenti non erano individuate attraverso un rimando tabellare (come in passato) ma lo stesso legislatore ne aveva provato a fornire una descrizione sintetica lasciando poi che fosse il giudice ad interpretare la nozione adattandola al caso concreto⁶³. Rientravano nella nozione normativa di sostanze stupefacenti, secondo il codice, le sostanze narcotiche che agiscono prevalentemente sul sistema

⁵⁹ G. FAVA, *Stupefacenti*, op.cit., p. 100: «L'articolo 10 della medesima norma in esame invece statuiva "coloro che abbiano partecipato ai convegni, che sono oggetto delle disposizioni dell'art. 8, per darsi all'uso delle sostanze tossiche stupefacenti sono puniti con la multa da lire mille a lire cinquemila. In caso di recidiva la pena è aumentata da un terzo alla metà e può essere aggiunta l'interdizione temporanea dai pubblici uffici da tre mesi a un anno e la detenzione da tre mesi a un anno"».

⁶⁰ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.38 ss

⁶¹ *Ivi*, p.39 ss

⁶² *Ibidem*

⁶³ F. PULITANÒ, *Diritto Penale, parte speciale, Vol. I, tutela penale della persona*, Ed. II, 2014, Torino, p. 166

nervoso, esclusi i sonniferi, gli eccitanti, caffè, tè, cola e generalmente sostanze equiparate ad essi, cioè sostanze nocive solo in caso di uso eccessivo e smodato⁶⁴.

La legge del 22 ottobre 1954 n. 1041 aggiunse un ulteriore tassello alla disciplina proibizionista già in vigore, in quanto fu la prima legge organica a criminalizzare anche le condotte di coltivazione e consumo personale di stupefacenti. Essa, infatti, conteneva specifiche previsioni per la coltivazione (considerata appunto un fatto penalmente rilevante e pertanto punibile con sanzione penale), l'acquisto, la vendita, la cessione, l'importazione, l'esportazione, il transito, la detenzione e la prescrizione abusiva di sostanze stupefacenti; e prevedeva sanzioni penali anche per il consumo personale delle sostanze stupefacenti a prescindere dalle caratteristiche soggettive del consumatore ed oggettive della sostanza. Si trattò di una grande stretta sulla disciplina normativa delle sostanze stupefacenti che, in questa fase, rendendo il consumatore per la prima volta "autore del reato" conferiva al modello proibizionista connotazioni più estreme⁶⁵.

La pene subirono un sensibile inasprimento e il consumatore venne di fatto equiparato allo spacciatore e al produttore, ma venne introdotta l'attenuante della "lieve entità" che in un certo senso smussava la severità della disciplina approntata. Era prevista inoltre la facoltà per il Questore di sottoporre ad un "piano di recupero terapeutico" il tossicodipendente che a causa del suo stato di dipendenza rappresentasse un pericolo per la comunità⁶⁶.

Con la legge n. 685 del 22.12.1975⁶⁷, nata come espressione di un compromesso politico-legislativo tra istanze di tutela sociale e garanzie individuali di libertà di associazionismo e di espressione, venivano abrogati gli artt. 446, 447 e 729 del c.p. e si dava la stura ad una mitigazione del nostro sistema proibizionista, in un'ottica di prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza⁶⁸. Naturalmente, la detenzione degli stupefacenti restava una condotta illecita, tuttavia, veniva introdotta una clausola di non punibilità per i casi di detenzione, per uso proprio e non terapeutico, di una modica quantità di sostanza⁶⁹. In quest'ipotesi, il destinatario del trattamento non veniva punito penalmente ma trasferito coattivamente in un ospedale per ricevere cure e terapie ambulatoriali ed in seguito domiciliari. Dal momento che il quantitativo da ritenersi "modico" non era stato meglio definito dalla disciplina (che si era limitata ad introdurre il concetto) era lasciato alla discrezionalità dei giudici valutare caso per caso se applicare la scusante⁷⁰.

Nonostante i vuoti di disciplina, siamo ormai di fronte ad un sistema che sta acquisendo forma e contenuti ed all'interno del quale la figura del tossicodipendente non è equiparata a quella di un comune criminale ma ad un soggetto "borderline", bisognoso di una terapia medica, piuttosto che di una misura penale repressiva. Nonostante il lodevole sforzo del legislatore, l'introduzione di questa clausola di non punibilità fu fortemente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tempo, in quanto si riteneva da più parti che essa comportasse un elevato rischio di impunità per il piccolo spacciatore che, frazionando il quantitativo di droghe complessivamente detenute ai fini di spaccio, poteva aggirare la legge dichiarando, qualora colto in flagranza di reato, di essere un consumatore e non un *pusher*, evitando in tal modo la sanzione penale.

Si trattava, per i critici, di una clausola criminogena, cioè in grado di far crescere il fenomeno criminale senza possibilità concrete di controllo e di repressione da parte dello Stato.

Con il successivo D.P.R. n. 309 del 1990 viene introdotta una diversificazione di disciplina in base all'oggetto delle condotte⁷¹, vale a dire, droghe leggere e droghe pesanti; la loro produzione e

⁶⁴ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.39

⁶⁵ *Ivi* p. 41

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ L. 22-12-1975 n. 685 "Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", pubblicata nella Gazz. Uff. 30 dicembre 1975, n. 342.

⁶⁸ G. FAVA, *Stupefacenti*. op.cit., pp.112 ss. rappresenta che l'art. 1 di questa legge disponeva che fosse compito del Ministero della Sanità la prevenzione, la cura e la riabilitazione degli stati di tossicodipendenza da sostanze stupefacenti o psicotrope.

⁶⁹ G. FAVA, *Stupefacenti*. op.cit., pp. 130 ss., la disciplina in commento era contenuta negli artt. 71-72 e 72 *quater* della legge 685/75

⁷⁰ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.42

⁷¹ G. FAVA, *Stupefacenti*. op.cit., pp. 152 ss. in particolare richiama gli artt. 13 e 14 del D.P.R. 309/90

detenzione costituisce reato, ma i trattamenti sanzionatori sono diversificati in base alla tipologia di sostanze che ne sono oggetto⁷². La normativizzazione della nozione di sostanza stupefacente rilevante ai fini legali viene cristallizzata attraverso il rimando a precisi elenchi contenuti in tabelle ministeriali periodicamente aggiornate.

Il legislatore del 1990, inoltre, cerca di rimediare alle interpretazioni contrastanti che avevano caratterizzato il concetto di “modica quantità” introdotto dalla normativa precedente e individua un diverso criterio, sempre con riferimento al quantitativo, ma più obiettivo: il criterio della cd. “dose media giornaliera”. Dose individuata in un valore numerico variabile a seconda della natura e della tipologia di sostanza stupefacente oggetto dell’attività criminosa⁷³. A fronte di una condotta di detenzione di una precisa sostanza stupefacente, in un dosaggio che esorbitasse il quantitativo ritenuto equivalente alla dose minima giornaliera fissata dalla legge con riferimento a quella sostanza, tale circostanza oggettiva era da sola sufficiente a far presumere che la sostanza fosse detenuta per usi diversi dal consumo personale e che, pertanto, il fatto fosse idoneo a costituire reato.

Inizialmente, pur non trovando il favore della dottrina e di parte della giurisprudenza, che ne avevano fin da subito rilevato le criticità, il criterio della dose media giornaliera era stato fatto salvo dalla Corte Costituzionale che l’aveva ritenuto, invece, un legittimo ed utile strumento di contrasto al traffico illecito di stupefacenti, idoneo quantomeno a rallentarlo se non a paralizzarlo⁷⁴.

Tuttavia, detto criterio della dose media giornaliera continuò a destare perplessità tra gli operatori del diritto che lo ritenevano arbitrario e passibile di generare una presunzione assoluta di detenzione ai fini di spaccio, difficilmente superabile dal reo che avesse eventualmente accumulato una sostanza in quantitativi maggiori rispetto ai limiti tabellari, ma pur sempre allo scopo di farne un consumo personale e, dunque, con referendum del 1993 fu abrogata la norma che prevedeva la rilevanza penale del consumo personale non terapeutico⁷⁵. Si decise pertanto per la irrilevanza penale della detenzione di stupefacenti per uso personale, a prescindere dal quantitativo oggetto della condotta. La decisione referendaria fu attuata con il D.P.R. n. 171 del 5.6.1993, con cui la disciplina fu disancorata dal dato numerico quantitativo della sostanza detenuta, ma si decise di far valere *la finalità* della detenzione ai fini della rilevanza penale del fatto e, dunque, per questa via, lo spaccio veniva considerato un illecito penale, mentre la detenzione per uso personale rilevava, invece, come illecito amministrativo⁷⁶.

Una ricaduta fortemente proibizionista e repressiva del sistema normativo italiano si è verificata con la legge n. 49 del 2006, cd. *Fini-Giovanardi*, che, riformando la disciplina degli stupefacenti contenuta nel D.P.R. 309/90, eliminò la pregressa distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere⁷⁷, parificando i previsti trattamenti sanzionatori con un sensibile incremento delle cornici edittali che passarono da una sanzione massima di 6 anni di reclusione prevista per condotte aventi ad oggetto le droghe leggere, ad una pena minima di 6 anni di reclusione ed una massima di 20 anni, tanto per le condotte riguardanti le droghe pesanti che per quelle con ad oggetto droghe leggere.

La disciplina dettata dai nuovi disposti normativi di cui agli artt. 75 e 75 bis del D.P.R. 309/90 si attestava su un doppio binario sanzionatorio⁷⁸: riconosceva la condotta di consumo delle sostanze stupefacenti quale illecito amministrativo, punito per la verità non meno gravemente di un illecito

⁷² S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.43 ss; F. LICATA, S. RECCHIONE, *Le condotte incriminate dall'art. 73 commi 1 e 4 d.p.r. 309/90* in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione*, Torino, 2015, p. 147 ss

⁷³ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.44

⁷⁴ In tal senso C. Cost. sentenza n. 133, ud. 16.3.1992, dep.27 marzo 1992

⁷⁵ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., p.44 ss

⁷⁶ M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti, il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Torino, 2015, *passim*; M.T.COLLICA, *Droghe leggere e uso personale: aporie e limiti di una problematica criminalizzazione*, in *Arch. Pen.*, 2020, n.3, p. 2.

⁷⁷ G. FAVA, *Stupefacenti*. op.cit., pp. 179 ss

⁷⁸ M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2019, pp.4 ss; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, pp. 234-262; M.T.COLLICA, *Droghe leggere e uso personale*, op.cit.,p. 2

penale, dal momento che le sanzioni previste erano connotate da una consistente limitazione della libertà personale del reo e spaziavano dall'ammonizione del questore, alle limitazioni e divieti di spostamento, locomozione e trasporto, al divieto di svolgimento di determinate professioni etc.⁷⁹

In particolare, l'art. 75 *bis*, come introdotto dalla legge n. 49 del 2006, prevedeva la somministrazione di misure di prevenzione agli autori delle condotte di cui al comma 1 dell'art. 75 D.P.R. 309/90, ossia, ai consumatori di sostanze stupefacenti che le avessero detenute, importate, esportate per "uso personale". Non fu solo la eccessiva rigidità sanzionatoria a determinare la indivisibilità sul piano dottrinale di questa riforma, ma anche la circostanza che le misure che dettava avverso i detentori delle droghe con finalità di uso personale fossero erogabili con provvedimento amministrativo del questore, a discrezionalità vincolata e senza il previo contraddittorio, e nei confronti di soggetti già condannati per altre tipologie di reato (es. contro il patrimonio o la persona) o già sanzionati per la commissione di illeciti con ad oggetto gli stupefacenti e che, pertanto, potevano diventare destinatari di ulteriori misure restrittive della loro libertà personale⁸⁰.

La riforma, in sostanza, introduceva una sorta di "colpa d'autore" e si disallineava con un impianto ormai corroborato che, invece, aveva fino a quel momento mirato alla riabilitazione e alla cura del soggetto tossicomane⁸¹. In aggiunta, si discostava dal diritto dell'Unione europea che, come emerso specialmente dall'analisi della Decisione Quadro 2004/757/GAI, suggerisce all'art. 4 il rispetto del criterio della proporzionalità delle pene, che devono essere più severe quando la condotta abbia ad oggetto grandi quantitativi di stupefacenti e quando il reato implichi l'utilizzo di sostanze più dannose per la salute o abbia determinato gravi danni alla salute di più persone e, dunque, richiede agli ordinamenti interni di dosare la risposta sanzionatoria tenendo conto non solo delle caratteristiche soggettive dell'agente, ma di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, *in primis* dell'oggetto materiale della condotta.

Questa improvvisa virata rispetto alla *ratio*, ormai consolidata, a fondamento della disciplina in materia di stupefacenti, unitamente alla circostanza, certo non trascurabile, che la nuova disciplina degli stupefacenti fosse stata introdotta in blocco con un'abile manovra del Governo per sottrarla al dibattito parlamentare, ha poi dato la stura alle pronunce di illegittimità che hanno, qualche anno dopo, ripristinato il vecchio assetto, permettendo la reviviscenza delle norme posteriori⁸².

⁷⁹ v. art. 75 D.P.R. 309/90 come modificato dalla Legge Fini Giovanardi che prevedeva quali sanzioni amministrative: sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori, o divieto di conseguirli; sospensione della licenza di porto d'armi o divieto di conseguirla; sospensione del passaporto e di ogni altro documento equipollente o divieto di conseguirli; sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o divieto di conseguirlo se cittadino extracomunitario.

A queste sanzioni si aggiungevano quelle previste dal successivo art. 75 *bis* che, per i soggetti già condannati anche in via non definitiva, per reati contro la persona, contro il patrimonio o che con le loro condotte di cui all'art. 75 avessero causato un pericolo per la pubblica incolumità; prevedeva «la misura addizionale della durata massima non superiore a due anni di : a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; c) divieto di frequentare determinati locali pubblici; d) divieto di allontanarsi dal comune di residenza; e) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici; f) divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore».

⁸⁰ Misure che sono definite "di polizia" in C. A. Zaina, *La frana progressiva delle legge Fini Giovanardi: abrogato anche l'art. 75 bis*, articolo pubblicato il 9.5.2016 online in <https://www.freeweet.it/la-frana-progressiva-della-fini-giovanardi-abrogato-anche-lart-75-bis/>

⁸¹ C. IASEVOLI, *Il diritto al trattamento rieducativo e i profili processuali dell'affidamento in prova in casi particolari, dopo le cd. leggi svuota carceri*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., p. 535 ss.

⁸² L. ROMANO, *Art. 73 del d.p.r. 309/90: puntualizzazione*, op.cit.; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, op.cit.

4. Le pronunce della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 e n. 94 del 2016. Il contrasto della normativa italiana con la Decisione Quadro 2004/757/GAI e con la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Il ritorno ad una disciplina più equilibrata.

All'indomani della riforma del D.P.R. n. 309/90, operata con legge di conversione n. 49/2006⁸³ e dopo le prime applicazioni della stessa, la giurisprudenza rilevò in più sedi la contraddittorietà tra un decreto legge che, pur essendo dichiaratamente finalizzato al recupero dei tossicodipendenti recidivi, attraverso le modifiche apportate in sede di conversione, aveva di fatto disatteso tale funzione, riorganizzando la disciplina in materia di stupefacenti in un'ottica di repressione *tout court* delle condotte collegate all'utilizzo e al traffico di droghe, senza distinzione di categoria, e non garantendo alcuna tutela dei tossicodipendenti recidivi, rispetto ai quali invece l'intento originario era quello di accordargli la continuità dei programmi di recupero anche in pendenza di condanna⁸⁴.

In particolare, gli articoli immediatamente attenzionati sono stati i 4 *bis* e 4 *vicies ter*, commi 2 lett. a) e 3 lett. a) numero 6, del d.l. 272 del 30 dicembre 2005 «Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'Interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al 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 D.P.R. 309/90» convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006 n. 49; e l'art. 4 *quater* del d.l. n. 272 del 30 dicembre 2005 introduttivo, con l'art. 1, comma 1, della legge di conversione n. 49 del 2006, dell'art. 75 bis del D.P.R. n. 309/90, contenente una contravvenzione per l'inosservanza delle misure di prevenzione nei confronti di tossicodipendenti istituite con la medesima disposizione.

Ebbene, la Corte, con sentenza del 2014⁸⁵ riferita alla questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento ai primi due articoli summenzionati (artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter*) e poi con sentenza del 2016⁸⁶, riferita all'art. 4 *quater*, ha statuito l'illegittimità delle disposizioni richiamate, per incoerenza ed eterogeneità delle stesse rispetto ad una delle principali finalità del decreto legge, ossia la garanzia del recupero dei tossicodipendenti recidivi⁸⁷.

Con la legge di conversione, infatti, le disposizioni impugnate risultavano carenti di una correlazione con il *fine* e la *funzione* dichiarati dal decreto legge stesso, risultando piuttosto volte ad attuare una modifica della disciplina del testo unico sugli stupefacenti, troppo pregnante e radicale per potersi sottrarre al dibattito parlamentare e, per questo, da considerarsi attuata in violazione dell'art. 117 Cost.

Gli articoli oggetto del giudizio di legittimità, infatti, modificavano gli artt. 73 e 73 *bis* del D.P.R. 309/90, dettando una disciplina nuova e più aspra per i reati in materia di stupefacenti, eliminando la distinzione tra cd. "droghe pesanti" e cd. "droghe leggere". Distinzione che, fino a quel momento, aveva comunque costituito un limite alle condanne indiscriminate ed esorbitanti dei rei tossicodipendenti⁸⁸ e che, senz'altro, risultava più in linea con la politica eurounitaria di

⁸³ Trattasi di legge di conversione del d.l. n. 272 del 30.12.2005 "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al 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" in G.U. 30.12.2005 n. 303.

⁸⁴ S. RECCHIONE, *Il problema dell'uso personale*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., pp. 185 ss

⁸⁵ Corte Cost. n. 32, ud. 12.2.2014 dep. 25.2. 2014- G.U. n. 11 del 5-3-2014

⁸⁶ Corte Cost. n. 94, ud. 20.4.2016, dep. 6.5.2016- G.U. 11-5-2016

⁸⁷ S. RECCHIONE, *L'effetto della sentenza della Corte Costituzionale 25 febbraio 2014 n. 32: considerazioni generali sui problemi applicativi e di diritto in temporale*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., pp. 21ss

⁸⁸ F. LICATA, S. RECCHIONE, *Le condotte incriminate dall'art. 73 commi 1 e 4 D.P.R. 309/90*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., pp. 147 ss

modulare la risposta sanzionatoria in materia di stupefacenti anche con riguardo alla tipologia di droga trafficata e alla sua pericolosità per la salute⁸⁹.

Per effetto di tali modifiche, infatti, le sanzioni per i reati aventi ad oggetto le droghe leggere (e in particolare i derivati dalla cannabis) precedentemente fissate nel *range* edittale della pena della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 5.164 a 77.468, erano state elevate con l'introduzione della pena della reclusione da sei a vent'anni e della multa da euro 26.000 a 260.000.

Questo notevole incremento dei tetti sanzionatori e la profonda modifica della disciplina normativa vigente, avevano spinto la Corte Costituzionale adita a rilevare una «profonda distonia di contenuto, finalità e *ratio* tra le norme di conversione e le disposizioni del decreto»⁹⁰ ed, in più, a condannare la legittimità di una riforma così pregnante del sistema operata in assenza delle ragioni di necessità e urgenza che avrebbero eventualmente giustificato ex art. 77 Cost. una manovra così pervasiva⁹¹.

Identiche le ragioni a sostegno della sentenza del 2016 che, con riferimento alla questione di legittimità dell'art. 4 *quater* del d.l. 272 del 30 dicembre 2005, convertito con modificazioni dall'art. 1 comma 1 della legge 21 febbraio 2006 n. 49, introduceva l'art. 75 *bis* nel D.P.R. 309/90 contenente una contravvenzione per la inosservanza di misure di prevenzione istituite con la medesima disposizione nei confronti dei tossicodipendenti⁹².

Orbene, ritenendo impossibile effettuare qualsivoglia interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata della disposizione in esame, la Corte ne aveva dichiarato la illegittimità per eterogeneità rispetto alle finalità, al contenuto e alla *ratio* del decreto legge originario⁹³, accogliendo e adattando al caso in esame tutte le considerazioni in precedenza espresse nella sentenza del 2014, con riferimento alle ulteriori norme della legge di conversione dichiarate incostituzionali.

La Corte non ometteva di segnalare che la funzione dichiarata nella rubrica del decreto legge n. 272 del 2005, infatti, rivelasse *l'intentio legis* di recuperare i tossicofili detenuti, impedendo l'interruzione dei programmi di recupero di determinate categorie di tossicodipendenti recidivi; scopo cui assolveva, di fatto, solo l'art. 4 della legge di conversione, contenente norme di natura processuale attinenti alle modalità di esecuzione della pena tali da garantire la continuità dei programmi di recupero dei rei tossicomani.

L'articolo 4 *quater*, invece, prevedendo misure a carattere sostanziale del tutto svincolate dalle finalità di recupero del tossicodipendente ed orientate, piuttosto, a prevenire pericoli per la sicurezza pubblica, non poteva che essere censurato in quanto palesemente estraneo ai contenuti e alle finalità del decreto legge; a nulla rilevando, come la Corte aveva già avuto modo di evidenziare, la modifica della rubrica del decreto operata in sede di conversione che, inserendo la dicitura «e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze

⁸⁹ Un tale orientamento è senz'altro desumibile dalla Decisione Quadro 2004/757/GAI che nel considerando n. 5 così recita: « (5) Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà. Per stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti oggetto di traffico e l'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale; e che al comma 2 dell'art. 4 sancisce: Ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere a), b) e c), siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni in presenza di ciascuna delle seguenti circostanze:

a) il reato implica grandi quantitativi di stupefacenti;
b) il reato o implica la fornitura degli stupefacenti più dannosi per la salute, oppure ha determinato gravi danni alla salute di più persone.»

⁹⁰ Corte Cost. n. 32, ud. 12.2.2014, cit. p. 7

⁹¹ Per ulteriori approfondimenti sulla disciplina in materia di stupefacenti e sull'impianto normativo vigente successivamente alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli anni 2014 e 2016, M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2020.

⁹² M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali*, op. cit., p.50 ss.

⁹³ Corte Cost. n. 94, ud. 20.4.2016, paragr. 4.1.

psicotrope» intendeva evidentemente ampliare il contenuto del testo emendato⁹⁴ ma ciò in violazione dei parametri dell'art. 77 Cost. e dei regolamenti parlamentari⁹⁵.

Il dato, da subito pacifico, che la legge n. 49/2006 avesse sostanzialmente triplicato le pene detentive previste dalla normativa precedente (contenute cioè nel D.P.R. n. 309/90) con una sensibile ricaduta sul versante della proporzionalità della risposta sanzionatoria statale, ha comportato, una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale degli articoli che ne rideterminavano la disciplina sanzionatoria e data la reviviscenza della normativa pregressa con efficacia *ex tunc*, la necessità di ricalibrare le pene erogate per fatti posti in essere nella vigenza della normativa più rigida e rispetto ai quali le sentenze di condanna fossero già passate in giudicato⁹⁶.

La giurisprudenza di legittimità⁹⁷ ha a questo proposito superato il dogma della intangibilità del giudicato, in un'ottica di garanzia del condannato e del suo "diritto ad una giusta pena", stabilendo che il giudice dell'esecuzione dovesse rimodulare la pena somministrata secondo i canoni di cui all'art. 133 c.p., nonché tenendo conto delle circostanze e dei fatti emersi in sede di giudizio e deducibili dalla sentenza definitiva, evitando quei condizionamenti scaturibili dalla decisione non più impugnabile, basata sull'applicazione di una normativa risultata poi incostituzionale e facente leva su un *range* edittale chiaramente esorbitante (rispetto al quale, tra l'altro, la differenza tra droghe pesanti e leggere non era rilevante).

Questi inasprimenti delle pene e tetti minimi edittali così elevati, anche per fatti aventi ad oggetto droghe leggere, hanno determinato un aumento delle condanne e delle conseguenti reclusioni⁹⁸ e questa risposta statale, generalmente molto più repressiva e poco garante del diritto del tossicodipendente a una pena giusta e ad accedere a programmi di recupero anche in caso di recidiva, ha portato la giurisprudenza ad interrogarsi circa la possibile sussistenza di violazioni non solo del diritto interno (con riferimento, come poc'anzi evidenziato, agli artt. 117 e 77 Cost.) ma anche di quello dell'Unione Europea⁹⁹.

In particolare, la questione sorgeva con riguardo alla possibile violazione da parte della disciplina italiana *post* 2006, dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e con la *ratio* e l'orientamento propri della Decisione Quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 25 ottobre 2004, volta alla fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

Orbene, nonostante le questioni sollevate siano state dichiarate inammissibili dalla Corte Costituzionale adita e non siano state affrontate in quanto improponibili nell'ambito di un giudizio incidentale e ingiustificatamente estensive del *thema decidendum*; in questa sede, invece, sembra

⁹⁴ Corte Cost. nella sentenza n. 32, ud. 12.2.2014, cit., paragr. 4.3.

⁹⁵ Il riferimento operato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 32, ud. 12.2.2014, cit. par. 4.2. è agli artt. 96 bis del regolamento della Camera dei Deputati e 97 del Regolamento del senato della Repubblica, come interpretato dalla giunta per il regolamento con il parere dell'8.11.1984.

⁹⁶ V. MANES, *Produzione, traffico e detenzioni*, op.cit., p. 32 ss; F. VIGANÒ, *Droga: il Governo corre i ripari con un D.L. sulle tabelle ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *dir.pen.cont.*, 24.3.2014; ID; *Dalla Cassazione un piccolo Vademecum per il giudice di fronte al rompicapo creato dal D.L. 146/2013 e dalla sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, in *dir.pen.cont.*, 1.4.2014; ID, *Le sioni unite risolvono un contrasto...dottrinale sugli effetti della sentenza n.32/2014 in materia di stupefacenti*, in *dir.pen.cont.*, 1.8.2015.

⁹⁷ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), n. 42858

⁹⁸ C. IASEVOLI, *Il diritto al trattamento rieducativo*, op.cit., in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., p. 535 ss; A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Convertito il D.L. n. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co.5 T.U. STUP.*, in *dir.pen.cont.*, 24.2.2014; G. RICCARDI, *Giudicato penale e incostituzionalità della pena*, in *dir.pen.cont.*, 26.1.2015; R. CARBONE, *La riparazione per ingiusta detenzione e gli effetti della sent. n. 32 del 2014 della corte Costituzionale: verso una possibile convivenza*, in *dir.pen.cont.*, 5.10.2018.

⁹⁹ Nella questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi alla Corte Costituzionale e poi decisa con sent. n. 32, ud. 12.2.2014, cit. p.7, il ricorrente aveva infatti eccepito la violazione della Decisione 2004/757/GAI e della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, eccezione che, tuttavia, la Corte aveva ritenuto inammissibile nel giudizio incidentale per impossibilità della parte di estendere i limiti del *thema decidendum* oltre i profili prospettati nell'ordinanza di remissione.

utile ed interessante andare a fondo e analizzare il contrasto tra disciplina interna e diritto sovranazionale verificatosi in questa disciplina.

L'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, cristallizza il principio di ragionevolezza e proporzionalità delle pene rispetto al reato commesso¹⁰⁰ che, letto in combinazione con i contenuti principali della Decisione Quadro 2004/575/GAI e calato quindi nella materia degli stupefacenti, impone di ricercare una gradualità nella gravità del fatto che non può prescindere da una classificazione/categorizzazione delle sostanze stupefacenti che costituiscono l'oggetto del reato e da una peculiare finalità della pena che, essendo da erogarsi a soggetti tossicodipendenti, non può esaurire la propria funzione nella repressione e rieducazione del condannato, ma deve estrinsecarsi anche in un programma di recupero riabilitativo-terapeutico e assistenziale del reo¹⁰¹.

Dal momento che, con le modifiche introdotte al Testo unico sugli stupefacenti dalla legge n. 49 del 2006, la classificazione delle droghe in "pesanti" e "leggere" era stata superata¹⁰², - con l'assorbimento nella tabella I degli stupefacenti che prima erano distinti nelle tabelle II e IV (così dette "droghe leggere", appunto)-, con la conseguenza di considerare gli stessi *range* sanzionatori per condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti di qualunque tipo, purché presenti in tabella, sembrava palese che la normativa italiana non fosse più rispondente alla politica europea in materia di contrasto al fenomeno della tossicodipendenza e di lotta alle droghe. Politica volta, appunto, a chiedere agli Stati di allinearsi ad una strategia comune di lotta al traffico degli stupefacenti, orientata a stabilire l'entità delle sanzioni con riguardo ai vari elementi costitutivi del reato e, in particolare, ai quantitativi e alla natura degli stupefacenti oggetto della condotta criminosa¹⁰³. La politica interna, a questo punto, non sembrava più condividere neanche la *ratio* dell'orientamento sovranazionale, ovvero quella di recuperare, sia socialmente che terapeuticamente, il reo tossicomane e garantire sanzioni eque e proporzionate al grado di gravità del fatto posto in essere.

5. La *ratio* della disciplina in tema di stupefacenti dopo il 2014 e la sanzione alternativa del lavoro di pubblica utilità.

Il d.l. n. 36 del 20.3.2014 si è innestato senza difficoltà nell'orientamento legislativo, ormai preponderante, nel segno di un intervento più ponderato da parte del sistema statale, incentrato non solo su un ridimensionamento delle pene in chiave di proporzionalità e ragionevolezza¹⁰⁴, ma volto altresì al recupero del delinquente tossicodipendente al fine di consentirgli un effettivo e sano reinserimento nel tessuto sociale.

È il caso di evidenziare che, proprio per adempiere a tale scopo, è stato favorito, in particolare, il ricorso all'istituto del *lavoro di pubblica utilità* come pena alternativa alla reclusione, sia nei casi di

¹⁰⁰ Art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.»

¹⁰¹ Interessanti le considerazioni orientate in questa stessa direzione di L. ROMANO, *Torna all'esame della Corte Costituzionale l'art. 73 quinto comma T.U. stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 24.6.2019

¹⁰² M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali*, op. cit., pp.67 ss.; 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.*, 27.2.2014.

¹⁰³ Nel considerando 5 della Decisione Quadro in commento si legge infatti: «Per stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti oggetto di traffico e l'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale».

¹⁰⁴ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. Dir.Pen.Cont.*, 2, 2017, p. 48 ss; C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte Costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe pesanti*, in *dir. pen.cont.*, 22.1.2019.

condanna per fatti di lieve entità in materia di stupefacenti, sia nei casi più gravi ove, comunque, la pena finale, seppur detentiva, fosse contenuta.

È la rubrica stessa del decreto a svelare questa *intentio legis* volta prevalentemente alla riabilitazione del tossicomane più che alla sua punizione, ponendo il *focus* sulla «prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza» e perseguendo l'obiettivo attraverso l'attuazione di alcuni significativi emendamenti riguardanti, appunto, la rimodulazione delle pene e l'introduzione di sanzioni alternative alla detenzione¹⁰⁵.

Proprio in quest'ottica, la nuova normativa sancisce la depenalizzazione delle condotte minori in materia di stupefacenti, intervenendo sugli artt. 13 e 14 del T.U. del 1990 e riformulando le tabelle di riferimento per la distinzione delle droghe in pesanti e leggere¹⁰⁶; nonché intervenendo sull'art. 73 in materia di spaccio di stupefacenti con la previsione di un trattamento sanzionatorio più mite in caso la condotta del soggetto agente abbia ad oggetto droghe cd. leggere¹⁰⁷.

Il lavoro di pubblica utilità previsto, per quel che concerne questa materia, dal comma 5 *bis* dell'art. 73 del T.U. del '90 che rimanda, per la determinazione della disciplina dell'istituto, all'art. 54 del d.lgs. n. 274/2000, è una pena alternativa alla detenzione che può essere irrogata dal giudice in presenza di quattro condizioni, ovverosia, quando il condannato sia un soggetto tossicodipendente; quando sia stata riconosciuta la lieve entità del fatto (oppure in presenza di un fatto diverso da quello di lieve entità previsto ex art. 73 co. 5 T.U. Stup., se commesso una sola volta dal reo e per il quale il giudice abbia inflitto una pena non superiore ad un anno di detenzione¹⁰⁸); qualora non possa concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena; e quando infine ne sia stata avanzata apposita richiesta dalla parte e sul punto sia stato sentito anche il pubblico ministero.

In presenza di queste quattro condizioni, il lavoro di pubblica utilità può essere somministrato al condannato come pena alternativa alla detenzione ma solo ove il giudice ritenga discrezionalmente che questo istituto alternativo possa realmente e in concreto adempiere alla funzione riabilitativa e di recupero del tossicodipendente. Non si tratta, infatti, di un diritto del reo ma, piuttosto, di una valutazione discrezionale del giudice basata sulla concreta opportunità di recupero dello stesso e sulla reale funzionalità/strumentalità dell'istituto rispetto allo scopo perseguito dalla normativa¹⁰⁹

¹⁰⁵ C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019

¹⁰⁶ Per una visuale più ampia sulla distinzione tra le due categorie e le conseguenze giuridiche della configurazione di fatti con ad oggetto droghe leggere E. MAZZANTI, *L'insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici*, in *dir.pen. cont.*, 25.5.2018.

¹⁰⁷ Per un'analisi prospettica della riforma dell'art. 73 del T.U. 1990 operata con il d.lgs. 2014 e più volte al vaglio della giurisprudenza, v. C. BRAY, *La Corte Costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di "droghe pesanti" ma invia un severo monito al legislatore*, in *dir.pen.cont.*, 6.11.2017 in cui l'autore riporta un significativo passaggio della sentenza in commento (Corte cost., sent. 6 giugno 2017, dep. 13 luglio 2017, n. 179) a riprova del dato che la previsione di un trattamento edittale differenziale per i fatti aventi ad oggetto droghe leggere e droghe pesanti tracciato dall'art. 73 T.U. stup., seppur in linea con la *ratio* e la politica legislativa sovranazionale, non era ancora attuato in maniera proporzionale e garantista e, pertanto, «la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dei commi 5 e 1 dell'art. 73» andava sanata stante il serio rischio di incorrere in una futura possibile pronuncia di incostituzionalità (questo il pensiero, parafrasato, della Corte Cost.). Pronuncia che in effetti, a fronte dell'inerzia del legislatore, è poi sopravvenuta, nel 2019: per approfondimenti v. C. BRAY, *Stupefacenti, la corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di 8 anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *dir.pen.cont.*, 18.3.2019.

¹⁰⁸ Si veda il d.l. n. 78 del primo luglio 2013, convertito, con emendamenti, in legge n. 94 del 9 agosto 2013, che ha introdotto il nuovo comma 5 *ter* nell'art. 73 del T.U. in materia di stupefacenti, prevedendo che il lavoro di pubblica utilità possa erogarsi come sanzione sostitutiva *una tantum* nei confronti di un soggetto tossicodipendente per qualsiasi tipo di reato ove il giudice infligga una pena non superiore ad un 1 di reclusione per un reato connesso con la condizione di dipendenza o di assunzione abituale e salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.

¹⁰⁹ In tal senso vedasi *Cass. Sezione III Penale, 23 febbraio 2011, n. 6876*

(ossia la sua fisiologica reintegrazione nella società)¹¹⁰ da valutarsi sulla base dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p. e, naturalmente, del parametro costituzionale di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Ove il giudice stabilisca erogarsi la sanzione alternativa in parola, questa, in deroga alla disciplina di cui all'art. 54 del d.lgs. del 2000, deve avere la stessa durata della pena detentiva che sarebbe stata irrogata al delinquente in caso di mancato accesso al beneficio ed il lavoro di pubblica utilità, non retribuito, può essere svolto dal reo sia presso strutture pubbliche sia anche all'interno di strutture private autorizzate, previo consenso delle stesse, e purché il lavoro affidato al condannato consista in un'attività cui sia riconosciuta una utilità per la collettività.

Il lavoro di pubblica utilità deve essere svolto dal condannato sotto controllo di un ufficio locale di esecuzione penale esterna che ne monitori il programma lavorativo, chiedendo informazioni e verifiche anche alle strutture presso cui presta la propria attività il condannato e verificandone l'effettivo svolgimento¹¹¹. Ove il condannato alla sanzione alternativa ne violi gli obblighi connessi, andrà incontro alla revoca della misura e alla somministrazione della sanzione detentiva¹¹².

Il procedimento di revoca avviene in camera di consiglio ex art. 666 c.p.p. e richiede la valutazione della tipologia di violazione e dei motivi che hanno spinto il reo a contravvenire ai propri obblighi. Contro il provvedimento di revoca può essere esperito ricorso in Cassazione ma l'efficacia provvisoria del provvedimento stesso comunque non è sospesa¹¹³.

Fermo restando che la somministrazione del lavoro di pubblica utilità resta una sanzione alternativa/sostitutiva da applicarsi a discrezione del giudice, giova ricordare, ai fini della presente analisi, che essa rivela chiaramente l'intenzione del legislatore di riabilitare i rei tossicodipendenti attraverso "l'inflizione di una pena allo svolgimento di un lavoro" che assume veste special-preventiva, in quanto strumentale alla presa di coscienza da parte del reo delle proprie responsabilità nei confronti del reato, della società e della vittima.

Il dato, poi, che il lavoro debba essere svolto a favore della comunità e per l'utilità sociale connota la misura di una ulteriore importante peculiarità, vale a dire quella di manifestare all'esterno la funzione ricostituiva della risposta statale sanzionatoria rispetto agli equilibri sociali lesi dal comportamento antidoveroso del reo.

6. Possibili margini di riforma della normativa attuale

Benché la Corte Costituzionale, pronunciandosi sull'illegittimità della legge di conversione n. 49 del 2006, le abbia dato un rapido colpo di spugna (come detto, con reviviscenza della disciplina precedente) e le successive evoluzioni normative abbiano ulteriormente modificato il nostro impianto legislativo, sempre in un'ottica di contemperamento tra esigenze repressive e riabilitative dei tossicodipendenti¹¹⁴, il nostro modello necessita ancora di una riforma più pregnante e ragionata e non solo in punto di disciplina degli stupefacenti.

¹¹⁰ Per approfondimenti sulla giurisprudenza corroborata in materia di lavoro di pubblica utilità v. M. BERTUCCI, *Stupefacenti: requisiti del lavoro di pubblica utilità*, in *osservatoriopenale.it*, 10.4.2012 in cui si riporta la massima della Cass. Sezione III Penale, 23 febbraio 2011, n. 6876: "La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità non costituisce un diritto dell'imputato, essendo rimessa la relativa applicazione all'apprezzamento discrezionale del decidente, da esercitarsi avendo riguardo principalmente al parametro costituzionale espresso dall'articolo 27, in particolare, sub specie, della idoneità della misura a tendere alla rieducazione del condannato, ai parametri di cui agli articoli 132 e 133 c.p., oltre che ai parametri dettagliati nello stesso articolo 73, comma 5 bis."

¹¹¹ D. PULITANO, *Diritto Penale, parte speciale, Volume I*, Torino, 2014, pp. 174-175

¹¹² D. CARRA, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto Penale, Trattati giuridici Omnia, Tomo III*, p. 3732.

¹¹³ E. MATTEVI, A. MENEGHINI, *Recenti orientanti sul lavoro di pubblica utilità*, in *Riv.dir.pen.cont.*, 2, 2014, pp.117 ss.

¹¹⁴ S. CALLIPARI, D. BARILLÀ, E. NOBILE, *L'ingente quantità*, op.cit., pp. 46 ss

Sebbene, infatti, il successivo d.l. n. 36 del 2014, convertito in l. n. 79/2014, abbia rimodellato il T.U. del 1990, modificando i trattamenti sanzionatori¹¹⁵ ed in particolare l'art. 73 del D.P.R. 309/90¹¹⁶, prevedendo un nuovo limite edittale tale da consentire al reo la possibilità di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova¹¹⁷, ciò non è stato sufficiente a sottrarre la disciplina da criticità di ordine tecnico e teleologico¹¹⁸.

La problematica del sovraffollamento carcerario dovuto, tra le altre cose, anche agli aspri trattamenti sanzionatori previsti in materia di stupefacenti costringe, infatti, ancora oggi, il nostro paese a cercare un compromesso legislativo che garantisca la repressione delle attività illecite aventi ad oggetti gli stupefacenti¹¹⁹ e, al contempo, scongiuri l'inflazione di sanzioni sovranazionali per esubero delle incarcerazioni¹²⁰.

Ed invero, già all'indomani della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli modificati con la legge di conversione n. 49 del 2006, data la reviviscenza della normativa previgente ed il conseguente ritorno alla precedente distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, era stato ragionevolmente previsto che «pur mancando dati ufficiali (...) la decisione della Consulta (avrebbe avuto) effetto su circa 10 mila detenuti (su un totale di circa 24 mila detenuti per reati legati agli stupefacenti)»¹²¹. Effetto che non ha tardato a manifestarsi, imponendo agli operatori del diritto di intervenire, anche a fronte di sentenze di condanna già passate in giudicato, in un'ottica di garanzia del diritto del condannato ad una giusta pena¹²².

¹¹⁵ L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014 n. 79*, in *dir.pen.cont.*, 29.5.2014

¹¹⁶ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art.73*, in *Dir.pen.cont.*, 19.5.2014

¹¹⁷ C. IASEVOLI, *Il diritto al trattamento rieducativo e i profili processuali dell'affidamento in prova in casi particolari, dopo le cd. leggi svuota carceri*, in F. LICATA, S. RECCHIONE, N. RUSSO (a cura di), *Gli stupefacenti*, op. cit., p. 535 ss;

¹¹⁸ Per approfondimenti sul nuovo impianto costituitosi con la legge n. 79 del 2014, C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale, P. te Spec.*, vol. I, Torino, 2019, pp. 156 ss.; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Dir. pen. cont.*, 29.5.2014.

¹¹⁹ Compromesso che, come si è fatto cenni poc'anzi, si è cercato di trovare, senza però risultati realmente tangibili, con il d.l. 23.12.2013 n. 146 in G.U. n. 300 del 23.12.2013 per approfondimenti sul quale si richiama la Relazione del Massimario della Cassazione (n. III/1/2014, Roma 7.1.2014) in cui si rappresenta che l'intervento legislativo è volto all'obiettivo di diminuire le presenze in carcere, incentivando procedure di controllo mediante mezzi elettronici e strumenti tecnici, nonché attraverso una maggior applicazione delle misure alternative alla detenzione quali, in particolare l'affidamento in prova, attraverso una modifica dei presupposti per la sua applicazione e dei corrispettivi poteri del giudice dell'esecuzione.

¹²⁰ Nella Relazione dell' Ufficio del Massimario della Corte Suprema di cassazione (n. III/01/14) sul d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 («Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») in *dir.pen.cont.*, 13.1.2014, si legge che il d.l. n. 146 del 2013 (e successiva l. di conversione) nasce anche per l'esigenza di trovare rimedi per fronteggiare la grave e drammatica situazione carceraria denunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e per adempiere all'obbligo da quest'ultima prescritto nella Sent. 8.1.2013, caso Torreggiani c. Italia, di adottare incisive riforme in relazione alle condizioni di vita dei detenuti entro il 28.5.2014. Tra le misure introdotte per adempiere, sono evidenziate quelle in materia di stupefacenti volte a «diminuire la presenza in carcere» senza automatismi nell'erogazione di benefici e clemenze, ma attraverso il rafforzamento degli strumenti di tutela delle persone detenute e il ricorso a misure alternative. Per ulteriori approfondimenti v. R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, al link [https://fdocuments.net/document/emergenza-carceri-a-tre-anni-dalla-sentenza-torreggiani-gli-esiti-e-l-
.html?page=1](https://fdocuments.net/document/emergenza-carceri-a-tre-anni-dalla-sentenza-torreggiani-gli-esiti-e-l-), 3 febbraio 2016.

¹²¹ Tanto si legge testualmente in *Dichiarata illegittima la legge Fini Giovanardi: le motivazioni della Corte Costituzionale*, un articolo a firma della Redazione del sito web Giurisprudenzapenale.com del 12.2.2014 disponibile al seguente link: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2014/02/12/dichiarata-illegittima-la-legge-fini-giovanardi/>

¹²² A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Convertito il D.L. n. 146/2013 sull'emergenza carceri*, op.cit.; G. RICCARDI, *Giudicato penale e incostituzionalità della pena*, op.cit.; R. CARBONE, *La riparazione per ingiusta detenzione*, op.cit.; S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *dir.pen.cont.*, 22.12.2014; S. FINOCCHIARO, *Gli effetti dell'abolitio criminis e della dichiarazione di*

La soluzione, del resto, quando un determinato fenomeno illecito inizia a diffondersi in maniera preoccupante in un dato contesto sociale, non dovrebbe essere quella di inasprire le pene nel tentativo di annichilirlo, ma sarebbe più utile, soprattutto nel lungo termine, intervenire con misure alternative più efficaci e idonee a riabilitare il reo e reimmetterlo quanto prima in un contesto sociale fisiologico.

Storicamente è stato già segnalato il carattere fallimentare della fissazione di pene detentive eccessivamente esorbitanti ai fini dell'inibizione delle condotte di reato¹²³: la funzione rieducativa e riabilitativa della pena non può essere un pretesto per incarcerare ogni tipo di reo, ma occorrerebbe selezionare a monte le tipologie di condotte e di autori che per la loro gravità o la loro pericolosità sociale necessitano di una sanzione detentiva; ciò sia per prevenire, ove possibile, il sovraffollamento carcerario, sia in un'ottica di graduale sfoltoimento della popolazione reclusa (con conseguente alleggerimento della burocrazia e delle spese statali).

Naturalmente la riforma della disciplina legislativa (tra l'altro a costo zero) non può essere considerata l'unica soluzione percorribile per ridurre il problema del sovraffollamento carcerario, ma occorrerebbe contemporaneamente pensare ad una riforma anche degli stessi istituti penitenziari e del sistema carcerario.

Una riforma che non punti tanto ad aumentare le strutture penitenziarie sul territorio italiano quanto, piuttosto, ad implementare, all'interno delle stesse, dei reparti di custodia attenuata per i soggetti tossicodipendenti. Tanto, innanzitutto, per evitare il rischio che una promiscuità carceraria possa trasformare il tossicodipendente in un delinquente; e, poi, per consentire al tossicodipendente, già all'interno delle strutture ed in attesa di provvedimenti alternativi alla detenzione in carcere, un graduale percorso di recupero che passi attraverso la presa di coscienza dell'antigiuridicità del fatto commesso, penalmente rilevante, e la problematica della devianza derivante dalla tossicodipendenza o comunque ad essa connessa.

A questo scopo potrebbero essere istituiti differenti programmi di recupero, da erogare come misure alternative e/o integrative alle pene detentive, che siano però meglio strutturati rispetto a quelli già attualmente esistenti e che prevedano più ampie possibilità di accesso al beneficio per la popolazione carceraria. In quest'ottica, anche lo stesso istituto della messa alla prova potrebbe essere riformato, al fine di garantirne la più ampia diffusione possibile tra i colpevoli di reati di minor gravità e assicurare un vero, valido ed efficace recupero sociale dei suoi beneficiari. Al reo che sia anche tossicodipendente dovrebbe essere garantito un recupero attraverso programmi sanitari e psicologici che siano realmente efficaci e stringenti, e se possibile più snelli nei procedimenti di attivazione; tali da metterlo quanto prima nelle condizioni di essere curato e nel frattempo di svolgere un'attività lavorativa che gli permetta di reintegrarsi agevolmente nella *fisiologia* della società esterna alla struttura carceraria.

Il problema di queste riforme è che probabilmente non sarebbero "a costo zero" ma richiedono un investimento in termini economici e umani che il sistema pubblico dovrebbe scegliere consapevolmente di mettere in moto, per garantire nel lungo termine risultati efficaci, a questo punto non solo nella lotta al fenomeno della tossicodipendenza ma alla criminalità in genere.

incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca, in *dir. pen.cont.*, 8.5.2018; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Dir.pen.cont.*, 3.4.2017; A. DELLA BELLA, *Rideterminazione della pena in materia di stupefacenti: quali i poteri del giudice dell'esecuzione?* in *dir.pen.cont.*, 23.6.2014.

¹²³ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2017.