

## STUPEFACENTI: MEGLIO “DI TUTTA L’ERBA UN FASCIO” OPPURE “UN FASCIO PER OGNI ERBA?”\*

di Ombretta Di Giovine

(Professore ordinario di diritto penale presso l’Università di Foggia)

SOMMARIO: o. Breve rassegna di criticità legislative, dichiarazione di intenti e denuncia dell’ordine del discorso. I Parte: Ricognizione della normativa in tema di droga. – 1.o. Il formante legislativo. – 1.1. Il codice Zanardelli. – 1.2. La legge del 1923. – 1.3. Il codice Rocco. – 1.4. Il T.U. sanitario. – 1.5. La legge del 1954. – 1.6 La legge del 1975. – 1.7. La legislazione del 1990. – 1.8. – La legge del 2006. – 1.9. La legge del 2014. – 1.10. Sintesi. – 2.o. Il formante giurisprudenziale. – 2.1. Uso personale e grossi quantitativi di droga. – 2.2. Consumo personale di gruppo. – 2.3. Detenzione di (notevoli quantitativi) di droghe pesanti e di droghe leggere. – 2.4. Fatto lieve. – 2.4.1. Fatto lieve e criminalità organizzata. – 2.5. Fabbricazione/coltivazione/produzione ad uso personale e offensività. – 2.5.1. La coltivazione di *cannabis* nella giurisprudenza costituzionale. – 2.5.2. La coltivazione di *cannabis* nella giurisprudenza di legittimità. – 2.5.3. La coltivazione di *cannabis* e la non punibilità del fatto di particolare tenuità. – 2.6. Drogato e clausola di salvamento. – 2.7. Imputabilità e cronica intossicazione da sostanze stupefacenti (cenni). – 2.8. Sintesi e indicazioni per la prosecuzione del discorso. II Parte: Tesi proibizioniste e tesi legalizzatrici. – 3.o. Premessa. – 3.1. La droga come pericolo per la salute individuale; relativa critica. – 3.2. La droga come pericolo per la sicurezza e l’ordine pubblici; relativa critica. – 3.3. la droga come problema di sanità pubblica; relativa critica. – 3.4. Le aporie logiche delle tesi proibizionista e legalizzatrice. – 4.o. Il caso della *cannabis*. – 4.1. Può farsi *di tutta l’erba un fascio?* – 4.2. Il c.d. effetto *gateway*. – 4.3. L’argomento dell’irragionevole disparità di trattamento tra alcool e *cannabis*. – 4.4. Commercio di *cannabis* e criminalità organizzata. – 5.1. I rapporti tra diritto e scienza e la caleidoscopica varietà dell’universo “droghe”. – 5.2. Prima conclusione: sul sistema legislativo. – 6.1. Seconda conclusione: sulla giurisprudenza.

o. - Il tema del contrasto penale alle droghe è stato scelto dagli organizzatori del Convegno quale esempio delle patologie del procedimento deliberativo: e cioè dei meccanismi che portano il legislatore a elaborare binari di tutela separati, riservando un trattamento di sfavore a determinati soggetti - i “nemici” -, allo scopo di neutralizzare contraddittori sgradevoli o di assecondare pulsioni punitive irrazionali per finalità elettorali.

In effetti, molti elementi indiziano una simile lettura.

Si pensi alle numerose deroghe legislative alla normativa generale, se non ai principi del diritto penale, sostanziale e processuale.

Tali deroghe vanno dalla disciplina degli “agenti sotto copertura”<sup>1</sup>, alla previsione del delitto di “Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti” (art. 74 d.p.R. 309/1990; c.d. T.U. in materia di stupefacenti), alla disciplina del ravvedimento operoso nei commi 7 degli artt. 73 e 74 dello stesso T.U., che garantisce al reo un cospicuo sconto di pena in caso di collaborazione giudiziaria. Né vale la pena di precisare che, sebbene le deviazioni non rappresentino più una peculiarità di questa materia, essendo state mutate alla disciplina di altri fenomeni criminali, tale “condivisione” non le rende meno odiose.

Ancora, tipico della logica del “nemico” è l’entità draconiana delle sanzioni.

L’art. 73 T.U. Stupefacenti punisce con la reclusione addirittura fino a venti anni i soggetti che realizzano condotte sul fronte dell’offerta, e cioè condotte di coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinamento, vendita, offerta ecc. Esuberante era anche il minimo edittale di otto anni, ridotto a (un comunque non irrilevante) sei anni dalla Corte costituzionale con una pronuncia (n. 40/2019) che ha segnato un ulteriore (preoccupante) passo verso la graduale appropriazione da parte della Consulta di una potestà squisitamente legislativa in materia penale, ma motivata da una protratta, inaccettabile inerzia del Parlamento. Pene, quelle dell’art. 73, addirittura sproporzionate per eccesso rispetto a quelle già pesantissime dell’art. 74 (*Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*) che prevede la reclusione non inferiore a venti anni per i promotori, finanziatori e vertici e quella non inferiore a dieci anni per i semplici associati.

Soprattutto, la logica del “nemico” è indiziata da una tecnica descrittiva poco rassicurante sotto il profilo della tassatività- determinatezza.

Emblematica l’ipotesi di detenzione. Già la condotta di “detenzione” riesuma le perplessità che storicamente insistevano sui reati di possesso e sulla relativa connotazione in chiave di autore. Si aggiunga che la sua illiceità è fatta discendere dalla circostanza che la droga “appaia” destinata a un uso non esclusivamente personale: dove il verbo “apparire” «tradisce probabilmente la cattiva coscienza del legislatore, il

---

\* *Testo della Relazione al Convegno nazionale AIPDP, Siracusa, 25 ottobre 2019*

<sup>1</sup> Art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146, estesa dall’art. 8, l. 13 agosto 2010, n. 136 ai reati in materia di stupefacenti e recentemente (comma 8 dell’articolo unico della l. n. 3 del 9 gennaio 2019) ai delitti contro la Pubblica Amministrazione. Come noto la disciplina sulla non punibilità, estesa nel 2019 anche alle persone interposte, è sotto la lente di osservazione della Corte europea dei diritti dell’uomo che, nei casi in cui l’agente sotto copertura agisca altresì come agente provocatore, ritiene sussistente la violazione dell’art. 6, § 1 Cedu, *sub specie* di violazione del diritto al giusto processo da parte dell’imputato.

quale utilizza una presunzione probatoria che nel caso concreto può risultare fallace»<sup>2</sup>. Le perplessità si acquisiscono in rapporto alla locuzione «non esclusivamente personale» che rappresenta il cuore della fattispecie, ma che nel tempo ha dato la stura a letture discordanti.

Ora, vero è che il legislatore detta alcuni criteri per stabilire quando la condizione dell'uso personale venga meno. Tali criteri sono però tutt'altro che esaustivi.

Nella legge si allude alla quantità di sostanze stupefacenti o psicotrope «in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della Giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Nazionale per le Politiche Antidroga». L'indice (al pari dei successivi) è tuttavia ritenuto meramente probatorio e quindi non vincolante<sup>3</sup>.

Certo, si potrebbe valorizzarlo trasformandolo in elemento costitutivo, ma per tal via – come in un “gioco a somma 0” – si recupererebbe tassatività al precetto, a costo, tuttavia, di perdite significative sul versante della riserva di legge<sup>4</sup>.

Il legislatore rinvia poi, in aggiunta, alle modalità di presentazione della droga, «avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato» (modalità su cui può dirsi formata una giurisprudenza abbastanza stabile), *nonché* alle «altre circostanze dell'azione».

Anche tale ultima locuzione non brilla però per determinatezza, prestandosi oltretutto, secondo una lettura, a comprendere le condizioni personali del reo e rafforzando in tal modo l'idea che la risposta penale s'indirizzi all'autore, piuttosto al fatto<sup>5</sup>.

Come se non bastasse, infine, l'uso della congiunzione «nonché», in luogo del vecchio «ovvero», ha suscitato altre - almeno iniziali - incertezze interpretative: essendosi supposto che nel passaggio dalla precedente all'attuale formulazione si sia richiesta la compresenza di tutti gli elementi, piuttosto che la rilevanza anche solo

---

<sup>2</sup> C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *RIDPP*, 2006, 240.

<sup>3</sup> Un “indice probatorio”. C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, in D. Pulitanò, *Diritto penale, parte speciale*, Volume I, Torino 2011, 177 s.; C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga cit.*, 238.

<sup>4</sup> Tra gli altri, A. Manna, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *DPP*, 2006, 839 s.; V. Manes, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti: Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova 2006, 112 s.

<sup>5</sup> C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, in D. Pulitanò, *Diritto penale, parte speciale*, Volume I, Torino 2011, 177; in un certo senso, anche sent. Corte cost. n. 333 del 1991, su cui *infra*.

disgiunta degli stessi, come secondo la tesi invece dominante la quale argomenta dal carattere meramente indiziario e probatorio dei requisiti<sup>6</sup>.

Lecture contrastanti si registrano, ancora, nella fissazione del *discrimen* tra le condotte (alternative?) minuziosamente elencate dall'art. 73 T.U. stup., ad esempio per quanto riguarda la cessione, l'intermediazione, il trasporto in rapporto alla detenzione ecc.<sup>7</sup>.

Proseguendo l'elenco dei *deficit* di tassatività, non certo tipizzato appare il «fatto lieve», vera *star* dei repertori di giurisprudenza, che non precisa il proprio ambito applicativo consegnandosi in questo modo alla discrezionalità dei giudici<sup>8</sup>.

La logica del nemico percorre poi la scelta di criminalizzare in modo autonomo condotte di mero contorno quali: l'agevolazione (art. 79); l'istigazione, il proselitismo e l'induzione all'uso di sostanze stupefacenti (art. 82 T.U. stup.).

Infine, molti reputano segno, se non di vera e propria lotta al nemico, quantomeno di inammissibile paternalismo legislativo, l'equiparazione penale delle condotte aventi ad oggetto droghe leggere e droghe pesanti, soffermando in particolare l'attenzione sulla *cannabis* e adducendo il confronto con recenti esperienze straniere, come quella californiana, segnate dalla legalizzazione di quest'ultima e dalla correlata costituzione di monopoli statali<sup>9</sup>.

Quelli elencati (e tanti altri) sono problemi invero noti e ampiamente denunciati in dottrina. Per questa ragione non vi ci soffermeremo ulteriormente.

Ci proporremo piuttosto l'obiettivo di illustrare se e in che misura tali deviazioni siano davvero odiose o se ragioni oggettive possano giustificarne quanto meno alcune.

---

<sup>6</sup> Riferisce della questione V. Paziienza, *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, 4 giugno 2014, 24.

<sup>7</sup> Una interessante casistica si trova in S. Bandini - G. Stallone - A. Zanacca, le condotte punite dall'art. 73 d.P.R. 309/1990. Le aggravanti e attenuanti, in G. Insolera - G. Spangher - L. Della Ragione (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano 2019, 142 ss., 220 ss.

<sup>8</sup> Si tratta comunque di ipotesi meno vaga di altri suoi celebri consimili. F. Donelli, *Circostanze del reato e "tipicità negata" nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *RIDPP*, 2016, 1879.

<sup>9</sup> A. Cadoppi - B. Scarcella, *California dreamin'.* Per una legalizzazione della *cannabis* e dei suoi derivati, in *DPenCont* (Riv. Trim.), 2016, 202 ss.; sul versante della *cannabis* terapeutica, L. Goisis, *Uso della cannabis a scopo terapeutico: disciplina italiana e statunitense a confronto*, in *DPP*, 2018, 927 ss.

Recenti indagini comparatistiche peraltro restituiscono l'immagine di un assetto di disciplina in generale non troppo divergente, se non - come in Francia - ancora più rigoristico dal nostro. Vd. M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti*, cit., 8 ss.; ID., *Il sistema degli stupefacenti nel sistema francese*, in [www.aidp.it](http://www.aidp.it); C. Ruga Riva, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, *ibidem*.

A tal fine tenteremo un'approssimata ricognizione dell'evoluzione normativa con esclusivo riguardo alla droga *non* terapeutica, guardando distintamente dapprima al formante legislativo e poi a quello giurisprudenziale<sup>10</sup>.

Ricorderemo cose che i più conoscono, ma lo faremo al dichiarato scopo di evidenziare come il formante legislativo rappresenti la (relativa) variabile della narrazione penalistica in tema di droghe; quello giurisprudenziale sembra invece integrarne una (altrettanto relativa) costante.

Quindi, riprenderemo, sempre per *flash*, gli argomenti a favore e contro l'uso della sanzione criminale in materia di droga, in generale e con riferimento al "caso della *cannabis*", per trarre alcune conclusioni.

**1.** - Si diceva che il formante legislativo è una relativa variabile.

"Relativa" perché, nel contrasto alla droga, c'è sempre stato un elemento di continuità, seppur non dichiarato. Convitato di pietra al desco della lotta contro gli stupefacenti è la gestione degli interessi economici sottesi alla circolazione di tali "beni di lusso". Interessi la cui considerazione ha spesso inquinato (*biased*) la trattazione del tema<sup>11</sup>.

"Variabile" perché, dal punto di vista dei contenuti, il pendolo delle strategie di contrasto penale è continuamente oscillato tra posizioni assistenzialiste, che considerano il drogato una persona da curare e/o da recuperare alla società, e ondate proibizioniste, che eleggono nel diritto penale lo strumento per cercare di sradicare il problema o quantomeno emarginare l'autore che tale problema rappresenta, togliendolo alla vista della società<sup>12</sup>.

**1.1.** - Così, concentrando l'attenzione sul passato italiano (più o meno) recente, il Codice Zanardelli, che non conosceva l'espressione «psicotrope e stupefacenti», si limitava a reprimere la vendita e la circolazione di cose pericolose per la salute umana, in special modo medicinali.

---

<sup>10</sup> *Amplius*, J. De Lillo, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Riforme (2008-2015)*, Torino 2015, 487 ss.

<sup>11</sup> Basti pensare alla c.d. guerra dell'oppio che, verso metà del Milleottocento, vide Francia ed Inghilterra contrapporsi alla Cina (verso cui era indirizzato il commercio), e che portò alla stipula dei Trattati di Nanchino del 1842, di Tientsin del 1858 e di Shanghai del 1858: Trattati precursori del primo trattato multilaterale sul tema, che fu la Convenzione dell'Aia del 1912. Ampiamente, L. Sbolci, *Stupefacenti (diritto internazionale)*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, 1230 ss.

<sup>12</sup> Entrambe le locuzioni, «assistenzialismo» e «proibizionismo», hanno una valenza negativa e che tale accezione è stata loro assegnata dagli avversari della tesi di volta in volta legislativamente vincente.

Sotto il suo vigore, l'assunzione di stimolanti o allucinogeni era una scelta insindacabile dell'individuo e lo Stato si asteneva dall'interferire con essa, appunto nel rispetto della visione liberale che permeava quella legislazione. Si sarebbe quindi tentati di dare una lettura romantica della scelta "astensionistica", in cui potrebbe vedersi un'incarnazione dell'anti-paternalismo liberale. Questa però non sarebbe l'unica lettura possibile.

**1.2.** - L'opzione di non criminalizzare l'assunzione di droga (a meno che il consumo avvenisse con determinate modalità) e, più in generale, il disinteresse complessivo per il fenomeno si protrassero, nel tempo, ben oltre la fase liberale del diritto penale. E furono confermati dalla prima legge italiana in materia di stupefacenti - l. n. 396 del 18.2.1923, recante "*Provvedimenti per la repressione dell'abusivo commercio di sostanze velenose aventi azione stupefacente*", emanata all'indomani della nascita del partito fascista.

**1.3.** - Nemmeno il codice Rocco, che peraltro convisse con la legislazione del 1923, punì l'assunzione di droghe in sé, avendo invece previsto come delitti: il commercio o la detenzione di sostanze stupefacenti a scopo di farne commercio clandestino o fraudolento; la somministrazione o il procurare ad altri in modo clandestino o fraudolento; la vendita a minore degli anni diciotto, ovvero in condizioni di infermità o deficienza psichica, o a chi fosse dedito all'uso di sostanze stupefacenti (art. 446); la destinazione di un locale pubblico o privato a convegno di persone che vi accedessero per fare uso di sostanze stupefacenti; la partecipazione a tali convegni (art. 447).

In forme di contravvenzioni, erano invece repressi: l'omessa denuncia all'Autorità da parte dell'esercente la professione sanitaria che avesse assistito od esaminato persona affetta da malattia di mente o da grave infermità psichica, la quale avesse dimostrato di essere pericolosa a sé o agli altri (art. 717); l'essere colto, in luogo pubblico o aperto al pubblico o in circoli privati, in stato di grave alterazione psichica correlata all'abuso di droghe (art. 729) (*in pendant*, quindi, con il vecchio e glorioso art. 688 Cp); la consegna di sostanze velenose o stupefacenti, anche su prescrizione medica, a minore di anni sedici da parte chi fosse autorizzato alla vendita o al commercio di medicinali (art. 730).

Può darsi che i vecchi legislatori valorizzassero più di quelli attuali l'autodeterminazione individuale. Ma può anche darsi che la scelta astensionista, sia sotto il vigore del codice Zanardelli, sia sotto il vigore del codice Rocco, fosse banalmente motivata dall'ancora contenuta, ed elitaria, diffusione del fenomeno: in ultima analisi, dalla ridotta entità delle conseguenze sociali e dallo scarso allarme sociale. In fondo, «al sorgere del XX secolo l'Italia non conosceva il problema

dell'abuso delle sostanze psicotrope nelle dimensioni che stavano affiggendo altre nazioni e non è quindi per nulla strano che nel nostro paese opinione pubblica, mezzi di informazione e mondo politico mostrassero scarso interesse per il fenomeno»<sup>13</sup>.

**1.4.** - Comunque sia, il T.U. Sanitario (d.P.R. 1265 del 1934) dispose la punizione di «chiunque comunque detiene» sostanze stupefacenti. Anche se, come risulta anche dalla *sedes materiae*, l'intervento fu qui primariamente orientato all'assistenza sanitaria: il drogato era criminalizzato ma considerato soprattutto una persona bisognosa di cura. "Malato", appunto, e non (ancora) "nemico".

**1.5.** - La svolta proibizionista si ebbe soltanto con l. 1041 del 1954, che assimilò nella risposta penale, peraltro assai severa, tutte le condotte sul fronte della domanda, dell'offerta e della mera detenzione.

Per controbilanciare tale equiparazione, il legislatore introdusse la circostanza attenuante ad effetto speciale del fatto di lieve entità che, prevedendo un sensibile abbattimento della risposta sanzionatoria, diventerà presto la "valvola di sfogo" della disciplina penale in materia di stupefacenti.

Ad ogni modo, la penalizzazione a tappeto delle condotte aventi ad oggetto la droga e quindi l'equiparazione tra drogato e spacciatore (la cui legittimità venne peraltro in varie occasioni confermata dalla Consulta<sup>14</sup>) coincise con la comparsa dell'eroina e dei derivati della canapa.

Tale scelta ovviamente, lungi dal favorire interventi di tipo sanitario-assistenziale, produsse cifra oscura. Il tossicomane era costretto a nascondersi, socialmente emarginato, e quindi stigmatizzato.

Per questa ragione, oltre che forse per l'influenza esercitata dalle ideologie sessantottine, nel 1975 il legislatore cambiò nuovamente registro.

**1.6.** - La lunga «età dell'innocenza» dell'Italia, sostanzialmente addebitata ad una situazione di arretratezza socioeconomica, scomparve al cessare di questa, negli anni Settanta del secolo scorso, che conobbero sin dal loro esordio una diffusione massiva di droghe leggere e pesanti<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Così scrive in un recente testo di storia politica, il farmacologo comportamentale P. Nencini, *La minaccia stupefacente. Storia politica della droga in Italia*, Bologna 2017, cui si rinvia anche per Id., *L'estasi farmacologica. Uso magico-religioso delle droghe nel mondo antico*, Giovanni Fioriti, 2016, pp. 97 ss. La citazione è a pp. 119 s. Vd. inoltre L. Caramiello, *La droga della modernità. Sociologia e storia di un fenomeno tra devianza e cultura*, Torino 2003.

<sup>14</sup> Vd. Corte Cost., sent. 19.1.1972, n. 9.

<sup>15</sup> P. Nencini, *La minaccia stupefacente*, cit., 323 ss.

Il legislatore ritenne di dover nuovamente intervenire. Tuttavia, come preannunciato, cambiò regime.

La l. n. 685 del 1975 inasprì la risposta alle condotte sul fronte dell'offerta di droga (artt. da 71 a 79) e contestualmente depenalizzò l'acquisto e la detenzione di minimi quantitativi (le "modiche quantità") (art. 80). Complessivamente, puntò non alla repressione, bensì alla prevenzione, al trattamento socio-sanitario e al pieno reinserimento dei soggetti tossicodipendenti.

A partire da questo momento fu tematizzata la liceità dell'uso personale di droga, categoria dai confini non agevolmente definibili, che i legislatori tratteggeranno con contorni differenti e che ancora oggi si trova al centro dell'attenzione di giurisprudenza e dottrina.

Come accennato, oltre ad escludere la punibilità di tale ipotesi, la legge del 1975 tentò la medicalizzazione del tossicodipendente. A giudizio di alcuni commentatori, la dimensione del recupero sanitario nella legge fu anzi indebitamente anteposta a quella del «recupero sociale» dell'individuo. Ed è per questo che costoro ascrissero la strategia legislativa del 1975 a quelle "assistenzialiste", temendo che ciò potesse veicolare la percezione della neutralità della condotta e stimolare di conseguenza condotte devianti<sup>16</sup>.

**1.7.** - La legge 26 giugno 1990, n. 162 operò modifiche alla disciplina del 1975 imprimendole maggior rigore, ma nel contempo conservò la (allora) attenuante del fatto di lieve entità.

Peraltro, la disciplina, così significativamente modificata, venne di lì a pochissimo raccolta e (almeno dal suo punto di vista) razionalizzata nel T.U. stup., d.P.R. 309 del 1990, noto anche come legge Iervolino-Vassalli, in dichiarata opposizione al modello assistenzialista<sup>17</sup>.

Ancora una volta, la risposta più dura fu riservata al produttore-spacciatore, ma si vietò anche qualunque forma di impiego non terapeutico di droga, attribuendo rilievo penale all'acquisto, alla detenzione e alla circolazione illecita di sostanze: a condizione tuttavia che il quantitativo fosse superiore alla dose media giornaliera (DMG).

---

<sup>16</sup> In senso critico, taluno ha osservato che il recupero fu inteso più come mera disintossicazione che come percorso coinvolgente l'intera persona che prova a uscire da una fonte di dipendenza, non solo materiale ma anche psichica; in tal senso, il ruolo delle strutture mediche fu preponderante, mentre le comunità di recupero non furono nemmeno menzionate dalla legge. A. Mantovano, in A. Mantovano – G. Serpelloni – M. Introvigne, *Libertà dalla droga. Diritto, Scienza, Sociologia*, Milano 2015, 14.

<sup>17</sup> Per un'analisi approfondita di quell'assetto di tutela, non si può che rinviare a F.C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, II ed., Padova 1994.



Una dottrina ha visto nel T.U. Iervolino-Vassalli una forma di compromesso tra il proibizionismo del 1954 e l'assistenzialismo del 1975<sup>18</sup>. Di certo la legge intensificò l'azione di controllo e di prevenzione nei confronti della droga. Non vide più nel consumatore un ammalato, bensì un soggetto che ha compiuto una scelta riprovata dall'ordinamento e che andava quindi "recuperato" a livello sanitario ed anche sociale. Appunto in tale prospettiva disponeva che, già nel momento del contatto tra l'assuntore di droga e l'ufficio della prefettura, quest'ultimo indirizzasse il primo verso strutture di recupero.

Vero ciò, anticipando l'attuale assetto legislativo, il T.U. mostrò però anche un'altra faccia. Dispose per esempio che, in caso di condanna a pena complessiva non superiore a tre anni (o quattro in casi particolari), ne fosse disposta la sospensione per un periodo di cinque, ove il condannato avesse avviato un percorso di recupero, e poi l'estinzione del reato, se durante questo periodo il reo non avesse compiuto altri reati e avesse portato a termine il recupero.

Inaugurò così un uso duttile del diritto penale che, da un lato, comminava pene assai severe, dall'altro, predisponendo strumenti legislativi utili a considerare le caratteristiche della vicenda umana del tossicodipendente e a seguirne nel tempo lo svolgimento.

In realtà, gli stessi suoi sostenitori ammettevano che il sistema non fosse perfetto.

Di seguito, un breve elenco delle criticità<sup>19</sup>.

Le lunghe attese per ottenere la certificazione da parte del SerT (servizio per le tossicodipendenze) dello stato di dipendenza potevano costituire, per il tossicodipendente che si fosse deciso a questo passo, un ostacolo psicologico, impedendone l'ingresso in comunità e favorendone quindi la ricaduta nella droga.

Peggio ancora, quand'anche il tossicodipendente avesse accettato di sottoporsi al programma di recupero a seguito di misura cautelare (arresto domiciliare); lo avesse seguito; si fosse disintossicato, c'era il serio rischio che dovesse comunque espiare la pena perché le condanne per i reati commessi erano nel frattempo giunte a definizione.

Disagi nascevano dai tempi estesi che impegnava l'aggiornamento delle tabelle soprattutto in relazione alle droghe chimiche, a seguito della scoperta di nuove molecole di sintesi con effetti drogastici.

Il sistema della DMG dava luogo a disparità di trattamento tra consumatore abituale (favorito) e quello occasionale (sfavorito). Ciò indusse la Corte costituzionale a dare impulso al «fatto lieve». Con la sent. n. 333 del 1991, la Consulta ricordò cioè che tra le circostanze dell'azione menzionate nell'art. 73, comma 5, rientravano anche le

---

<sup>18</sup> E. Fortuna, *Stupefacenti (dir. interno)*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, p. 1193.

<sup>19</sup> ... stilato da A. Mantovano, *Libertà dalla droga*, cit., 20 ss.

circostanze soggettive e di conseguenza affermò che anche la detenzione di una quantità di sostanze stupefacenti eccedente in misura non “lieve” la d.m.g» potesse «comunque essere ricondotta nell’ambito dell’incriminazione attenuata ove il giudice ritenga, in relazione alle circostanze del caso, di potere a tal fine valorizzare l’inequivoca destinazione al consumo personale»<sup>20</sup>.

Il “problema dei problemi” si manifestò a seguito dell’esito del Referendum del 1993 che eliminò il parametro oggettivo alla cui stregua la legge individuava la DMG, affidando alla mera indagine sull’elemento soggettivo il *discrimen* tra le condotte ad uso personale e quelle eterodirette. Ingenerando una situazione di anomia interpretativa.

### 1.8. - Il resto è storia recente, nota a tutti.

Nel 2006 (l. 49/2006, c.d. legge Fini-Giovanardi), una nuova ondata di proibizionismo cancellò il doppio binario tra droghe leggere e droghe pesanti (le droghe furono raggruppate tutte nella stessa tabella, divisa in sezioni), in base all’assunto che scientificamente non possa darsi una convincente distinzione tra le une e le altre<sup>21</sup>.

Almeno secondo una lettura, la riforma del 2006, reintrodusse (nelle tabelle) la DMG (non era chiaro se si trattasse di elemento di fattispecie – e, in questo caso, costitutivo oppure condizione di punibilità – oppure di un mero elemento indiziario con valenza meramente probatorio-processualistica. Dispose il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva della pena prevista per il «fatto lieve» (art. 4-bis l. 49/2006). Inoltre, nel confermare la scelta di punire l’uso personale (indifferentemente di droghe pesanti e leggere) solo per via amministrativa, ne inasprì la disciplina. In particolare: ampliò l’estensione temporale delle sanzioni; dispose provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica; introdusse il ritiro immediato della patente di guida e del certificato d’idoneità tecnica, nonché il fermo amministrativo del mezzo.

L’intervento legislativo non incontrò i favori della dottrina penalistica dominante<sup>22</sup>. «Di nuovo, la salute non era concepita come un bene individuale in

---

<sup>20</sup> Su tale pronuncia, v. spec. il commento di G. Fiandaca, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *FI*, 1991, I, 2630 ss.

<sup>21</sup> Per tutti, C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga* cit., p. 234 ss. La scelta legislativa fu giudicata non irragionevole da *CP*, sez. IV, 21-5-2008, n. 22643.

<sup>22</sup> C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, cit., p. 184, individua nell’art. 75 la chiave di lettura dell’intero intervento legislativo, il contenuto delle sanzioni svelando quello che il legislatore reputa il vero interesse tutelato, e cioè la sicurezza pubblica. Vd. anche Id., *La nuova legge sulla droga*, cit., *passim* e in part., pp. 245 ss. Per un commento analitico dell’art. 73 T.U stup., D. Carra, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa

ordine al quale l'individuo possiede un autentico diritto di autodeterminazione; ma come un bene collettivo, strumentale al perseguimento di interessi statali, come quelli legati al concetto di ordine pubblico o di sicurezza pubblica, a prescindere dalla concreta verifica dell'idoneità della condotta a porre effettivamente in pericolo tali beni»<sup>23</sup>.

1.9. - Nel 2014, tuttavia, con la pronuncia-terremoto Corte Cost. 11 febbraio 2014, n. 32, tutte le disposizioni della legge Fini-Giovanardi (che derivava dalla conversione di un decreto legge, difettoso dei necessari requisiti di necessità ed urgenza) furono dichiarate illegittime, con l'effetto, dichiarato dalla Consulta, di far rivivere le disposizioni abrogate dalla legge Vassalli-Iervolino e le relative tabelle<sup>24</sup>.

Intervenire allora nuovamente il legislatore con d.l. 36/2014, convertito in legge n. 79 del 2014<sup>25</sup>.

In particolare, allo scopo di evitare letture iper-penalizzanti <sup>26</sup>, è stata reintrodotta nel T.U. (art. 75) la finalità di uso personale quale "causa di non punibilità"

---

(a cura di), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino 2010, 641 ss.

<sup>23</sup> De Lillo, *Spaccio e detenzione personale*, cit., p. 511.

<sup>24</sup> Sull'intervento, per tutti, V. Manes-L. Romano, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2014; M. Gambardella, *La nuova disciplina* cit., 11 ss.; B. Lavarini, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cos.*, 2014, 1903 ss.

<sup>25</sup> Ne è nato un acceso dibattito quanto alle vicende di diritto intertemporale. Vd. F. Viganò, *Droga: il Governo corre ai ripari con un d.l sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte ...)*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 marzo 2014; in senso diverso, M. Gambardella, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" diritto penale degli stupefacenti*, in *CP*, 2014, pp. 1132 ss. Ora vedi la sintesi di S. Bandini - G. Stallone - A. Zanacca, *Le condotte punite dall'art. 73 d:P:R. 309/1990. Le aggravanti e attenuanti*, in G. Insolera - G. Spangher - L. Della Ragione (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano 2019, 142 ss.

Sulla questione sono peraltro intervenute SS.UU. 25 febbraio 2015, n. 29316, affermando *claris verbis* l'irrilevanza penale delle condotte compiute tra l'emanazione della legge poi dichiarata incostituzionale e il d.l. 36/2014. La sentenza è reperibile in *penalecontemporaneo.it*, 1 agosto 2015, con nota adesiva di F. Viganò, *Le sezioni unite risolvono un contrasto ... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*. Sui profili di diritto intertemporale, vd. anche G. Toscano, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *RIDPP*, 2015, 880 ss.

Sulle incongruenze dell'intervento legislativo, L. Romano, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2014.

<sup>26</sup> Parla di iperpenalizzazione G. Toscano, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *RIDPP*, 2015, 880 ss.

(che però tale non è) delle condotte di cui all'art. 73 T.U., e si è cercato di tipizzare le circostanze da cui desumere tale finalizzazione.

E' stata confermata la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, sostituendo le due tabelle della legge del 2006 con quattro: la prima e la terza elencano le droghe pesanti; la seconda e la quarta volte elencano le droghe leggere, tra cui la *cannabis* e i suoi derivati (*marjuana* e *hashish*). La caducazione delle tabelle Fini-Giovanardi per effetto dell'intervento della Consulta determinava infatti la naturale reviviscenza del sistema pregresso, ma non degli aggiornamenti di sostanze di cui si fosse nel frattempo verificata la capacità psicotropa o stupefacente ad opera degli organismi tecnici, e questo era forse il problema più fortemente avvertito sul piano della politica criminale.

La legge approfittò inoltre dell'occasione per disciplinare il "fatto di lieve entità" (comma 5 dell'art. 73 d.lgs. 309/2009) non più come circostanza attenuante, bensì come reato autonomo (allo scopo di evitare la vanificazione del beneficio sanzionatorio attraverso il bilanciamento delle circostanze)<sup>27</sup>, prevedendo per esso la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni: una pena, cioè, quantificata in misura tale da evitare al reo la custodia cautelare in carcere (art. 289 Cpp) e da consentirgli, per converso, di accedere alla messa alla prova di cui all'art. 168-bis Cp, con conseguente estinzione del reato (in caso di esito positivo).

La riforma, se non si è spinta al punto di prevedere un trattamento differenziato del "fatto lieve" a seconda del tipo (leggero o pesante) di droga, ha comunque potenziato una disposizione di cui avevamo già evidenziato la natura compromissoria. Il *jolly* che il giudice gioca nelle situazioni difficili, per abbattere pene altrimenti troppo severe.

E' stato inoltre reintrodotta l'art. 5-bis dell'art. 73 TU stup. (inserito con la novella del 2006 e anch'esso caducato dalla Corte costituzionale) che, nel caso di fatto lieve commesso dall'assuntore di sostanze stupefacenti, consente oltretutto l'affidamento in prova al servizio sociale e l'applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

I decreti legge n. 78/2013 (conv. in legge 94/2013) e 146/2013 (conv. in l. 10/2014) avevano nel frattempo mitigato il rigore sanzionatorio anche dei reati comuni commessi dal tossicodipendente (per i quali il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione), estendendo, rispettivamente, la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità e la misura alternativa dell'affidamento in prova terapeutico e accentuando dunque il volto socio-assistenzialista della disciplina (art. 73, comma 5 *ter*).

---

<sup>27</sup> Sulla natura di ipotesi autonoma di reato, per tutti M. Gambardella, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *CP*, 2014, 9 s.

**1.10.** - In conclusione, oggi, in astratto, dovrebbe essere pesantemente colpito sul piano penale chi realizza condotte eterodirette, sia che le droghe siano pesanti, sia che le droghe siano leggere, ma le pene sono diversamente graduate.

A fronte di cotanto sfoggio di muscoli, il legislatore ha peraltro dapprima introdotto e successivamente messo a punto la «valvola di sicurezza» del fatto lieve, che non soltanto prevede un trattamento molto più mite sul piano degli editti, ma soprattutto rappresenta il volano che rende operativi meccanismi volti ad evitare il circuito carcerario, a favore del lavoro di pubblica utilità e del recupero presso centri pubblici e privati (comma 5 dell'art. 73 T.U.).

Attualmente discusso è che, nonostante la reintroduzione legislativa della distinzione sanzionatoria tra droghe leggere e droghe pesanti, il fatto lieve preveda un trattamento di pena unitario e non differenziato<sup>28</sup>; si lamenta, tra l'altro, il mancato rispetto della Decisione Quadro 2004/757/GAI.

In proposito, ci limitiamo a ricordare che la Corte costituzionale non ha ritenuto ammissibile la questione, perché un suo intervento sarebbe sconfinato nella discrezionalità legislativa<sup>29</sup>. Aggiungendo soltanto che, forse, quello denunciato è un problema minore: non tanto perché il giudice può sempre orientare la risposta sfruttando la forbice edittale (che peraltro, a seguito dell'abbassamento del massimo a quattro anni, si è ridotta), quanto perché tale differenziazione sarebbe stato forse un lusso nell'attuale incompressibile vaghezza della disciplina sul fatto lieve.

Stante la disciplina del «fatto lieve» e delle sue «pertinenze», il sistema della lotta all'offerta di droga appare quindi (sempre più) come un ordigno bellico che al contempo reca in dotazione *detonatori* volti a depotenziarne/disinnescarne gli effetti oppure a farli deflagrare in chiave risocializzatrice.

Ben diverso dovrebbe essere il circuito riservato alle condotte auto-dirette. Un circuito, sempre in astratto, non penale. L'autore di condotte «riflessive» (chi cioè illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope) è infatti destinatario della mera sanzione

---

<sup>28</sup> Perplessità, tra gli altri, in M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 giugno 2019, 18 s.; 38.

<sup>29</sup> Corte cost. 13 gennaio 2016, n. 23. Sul punto, con riferimento a questione di legittimità già in precedenza sollevata, L. Romano, *Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di «spaccio» di lieve entità*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 ottobre 2014.

Per una ricognizione delle vicende costituzionali in P. Insolera, *Reati in materia di stupefacenti e dialogo tra le corti*, L. Della Ragione (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano 2019, 107 ss.

amministrativa, diversamente graduata a seconda che si tratti di droga pesante o di droga leggera.

Ponendo tuttavia mente al contenuto (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 per un periodo fino a tre anni; 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), si ricava la facile impressione di essere al cospetto, piuttosto che di sanzioni amministrative, di misure di sicurezza, se non di vere e proprie misure di prevenzione. Qualificazione che risulterebbe d'altronde coerente con l'elezione a bene giuridico di interessi (non più individuali, bensì) sovra-individuali, quali la contestatissima "sicurezza pubblica" (su cui *infra*) e che troverebbe conferma nel ruolo attribuito al questore<sup>30</sup>, oltre che al Prefetto<sup>31</sup>.

**2.o.** - Se finora abbiamo constatato quanto le ideologie in tema di droga fanno continuamente oscillare il pendolo della legislazione positiva, che pertanto concreta la (relativa) variabile del sistema, ora passiamo a dimostrare come il formante giurisprudenziale ne rappresenti invece una costante, sebbene anch'essa relativa.

"Costante": sin dall'inizio dell'odissea legislativa, la giurisprudenza ha cercato di mitigare il rigore della legislazione (di tutte le legislazioni) in tema di droga.

"Relativa" perché non univoca (in pochi altri ambiti del diritto penale si registra un numero così sorprendente di pronunce a Sezioni Unite della Corte di Cassazione).

Una dottrina notava d'altronde che già sotto il vigore del T.U. sanitario (del 1934) i giudici mostrarono particolare benevolenza verso il mero consumatore<sup>32</sup>.

E pare che anche successivamente, negli anni Cinquanta, quando cioè la disciplina ebbe una svolta chiaramente proibizionista, i giudici cercarono - nonostante il testo della legge - di ritagliare uno spazio per non punire le condotte di uso personale, proponendo una lettura riduttiva del dato legislativo.

---

<sup>30</sup> Si tratta di aspetto evidenziato con forza da C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, cit., p. 184; ID., *La nuova legge sulla droga* cit., 246 ss.

<sup>31</sup> A detta del Ministero dell'Interno, l'attività del Prefetto, sarebbe comunque orientata verso l'aiuto nei confronti della persona segnalata dalle Forze dell'Ordine, essendo « svolta attraverso l'istituto dei Nuclei Operativi per le Tossicodipendenze composto da funzionari delegati e assistenti sociali che affiancano il Prefetto nell'espletamento di tale attività». Ministero del Tesoro, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie. Direzione centrale per le risorse umane, Ufficio XI: centro studi, ricerca e documentazione, p. 73.

<sup>32</sup> E. Fortuna, *Stupefacenti*, cit., 1186 ss.

Ciò, quantomeno, sino ad una (allora celebre) sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>33</sup>, che inaugurò un orientamento più rigoroso e tra le cui motivazioni fece capolino la ragione politico-criminale che ispira tutte le politiche proibizioniste in tema di droghe: l'intento di evitare la formazione di anelli deboli nella catena della repressione, "anche a costo", quindi, di colpire il tossicomane.

Da quel momento in poi la curva della benevolenza giudiziaria ricominciò a crescere, toccando il culmine dopo il Referendum del 1993, quando fu eliminato il termine di misurazione della c.d. "dose media giornaliera", che fungeva da spartiacque tra ciò che rilevava e ciò che non rilevava penalmente. Lo constateremo analizzando le più significative tipologie casistiche.

**2.1.** - Frequentemente citata è sentenza Cass. S.U. del 1998, c.d. Kremi<sup>34</sup>.

Ora, vero è che tale pronuncia risolse il contrasto interpretativo insorto nella giurisprudenza di legittimità affermando la punibilità di condotte di cessione aventi ad oggetto droga con quantitativo di principio attivo inidoneo a produrre effetto stupefacente.

Vero è anche che a tal fine invocò, oltre ai beni sovra-individuali dell'ordine e sicurezza pubblica, una poco convincente "salvaguardia delle giovani generazioni" e che, per tale ragione, è stata considerata espressiva di un diritto penale dell'autore<sup>35</sup>.

Tuttavia, forse per il venir meno di un parametro comunque oggettivante; forse interpretando il mutato "spirito dei tempi", altra giurisprudenza - soprattutto di merito - non rinunciò ad assolvere in casi anche eclatanti, in cui il quantitativo e la qualità (purezza) della droga erano cioè tali da rendere poco verosimile l'ipotesi di consumo personale.

Basti pensare a una sentenza della Corte di Appello di Bari (16 settembre 2005) che destò anche attenzione mediatico in quanto aveva riformato una pronuncia con cui il Tribunale di Foggia aveva condannato a 8 anni di reclusione con rito abbreviato una persona per la detenzione ad uso personale di "scorte" di cocaina del peso di 1,620 kg, idonee - secondo il perito - a confezionare (la bellezza di) 5.500 dosi<sup>36</sup>.

**2.2.** - Emblematica la casistica in tema di "consumo personale di gruppo", dove l'ossimoro rivelò lo sforzo di allargare oltre il tipo le maglie della non punibilità.

---

<sup>33</sup> Cass. S.U., 10.12.1957, Borsese e Vichi, in *CED*, rv. 97829.

<sup>34</sup> Sentenza Cass. S.U., 24 giugno 1998, Kremi.

<sup>35</sup> C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, p. 185.

<sup>36</sup> Ne riferisce A. Mantovano, in A. Mantovano - G. Serpelloni - M. Introvigne, *Libertà dalla droga*, cit. 18 s.

Già nel 1997 le Sezioni Unite avevano affermato il principio che l'acquisto e la detenzione di sostanze stupefacenti che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse di soggetti diversi dall'agente, di cui sia *ab origine* certa l'identità e la volontà di procurarsi le sostanze per il proprio consumo personale, non sono punibili e rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 75, d.P.R. n. 309/1990<sup>37</sup>.

Da questa statuizione, in sé condivisibile, è nato appunto lo strano tipo giurisprudenziale del "consumo personale di gruppo", che si concretizza in affermazioni del seguente tipo: «l'uso di gruppo, rilevante solo amministrativamente (articolo 75 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), è integrato ogniqualvolta l'acquisto e la conseguente detenzione della sostanza stupefacente siano stati previamente concordati al fine di consumo personale da una determinata cerchia di persone, a nulla rilevando che all'acquisto abbiano provveduto solo alcuni degli appartenenti al gruppo; mentre, al riguardo, l'eventuale preventiva provvista dei mezzi finanziari (raccolta di denaro) costituisce solo un indice sintomatico di tale comune intenzione»<sup>38</sup>.

Se, come detto, il principio può essere condiviso, sorprende tuttavia la propensione della Cassazione a depotenziare gli indici probatori contrari. Così come quando precisa che, ai fini della non punibilità, è sufficiente dimostrare «l'esistenza di un preventivo incarico all'acquisto dato dal gruppo ad uno dei partecipanti, in vista della futura materiale divisione e apprensione fisica della quota di ognuno, *dovendo escludersi sia l'ulteriore condizione del previo versamento della somma necessaria all'acquisto da parte di tutti, sia la sussistenza di una precedente intesa in ordine al luogo e ai tempi del consumo*»<sup>39</sup> (tra l'altro, la sentenza pone l'accento sull'onere probatorio a carico dell'accusa: come dovrebbe sempre accadere, si replicherà, ma altrove spesso trascurato).

Va riconosciuto che, in materia di uso personale di gruppo, a un certo punto si registrò una svolta proibizionista. Dopo il varo della c.d. legge Fini-Giovanardi, un'iniziale giurisprudenza di legittimità tentò di rinnegare l'insegnamento consolidato, attribuendo pregnanza semantica all'avverbio «esclusivamente», da quella introdotto e riferito all'uso personale. Il *retrofront* non durò però a lungo, in quanto le SS.UU. intervennero a rianimare il consumo personale di gruppo, affermando che il legislatore, per ottenere l'effetto di rendere penalmente rilevante l'uso personale di gruppo avrebbe dovuto fornire indicazioni chiare e precise (e

---

<sup>37</sup> Cass. S.U., 28.5.1997, n. 4, Iacolare, in *CED*, rv. 208216.

<sup>38</sup> Tra le tante, Cass. 18.9.2002, n. 43670, Di Domenico, in *CED*, rv. 222811.

<sup>39</sup> Cass. 3.6.2003, n. 28318, in *CED*, rv. 225684. Il corsivo è nostro.



ritenendo che tale condizione che non si fosse inverata per effetto dell'aggiunta dell'avverbio!)<sup>40</sup>.

2.3. - Ancora, si pensi a quello che fu uno dei maggiori problemi posti dal ripristino della distinzione tra droghe pesanti e leggere ad opera della riforma del 2014: e cioè se le condotte inerenti a quantitativi significativamente atti ad escludere la destinazione personale di droghe pesanti e di droghe leggere, desse luogo ad un solo reato (soluzione obbligata sotto il vigore della disciplina Fini-Giovanardi) oppure a diversi reati avvinti da vincolo della continuazione.

La Cassazione, annullando le pronunce di merito che optavano per tale ultima tesi, non ha esitato ad affermare che la simultanea detenzione di droghe differenti integra un unico reato<sup>41</sup>. L'orientamento è stato oltretutto avallato dalle Sezioni Unite<sup>42</sup> in una situazione in cui l'imputato era accusato di detenzione illecita, ai fini della vendita di sostanze stupefacenti diverse ed in varia quantità, e specificamente di circa 2500 dosi di marijuana, 1000 dosi di *hashish* e 30 dosi di cocaina (queste ultime, però, già suddivise in 56 dosi sigillate), oltre che di cinque bilancini di precisione, una spillatrice e mille pellicole trasparenti a chiusura ermetica, all'interno di un'automobile parcheggiata nei pressi del bar dove egli si trovava al momento del controllo.

Inoltre, anche in tale ipotesi (e cioè quando il soggetto detenga sia droghe leggere sia droghe pesanti), ritenne configurabile il «fatto lieve». Non soltanto: secondo le stesse S.U, alla configurabilità del fatto lieve non osta nemmeno la presenza di un'organizzazione, purché rudimentale.

---

<sup>40</sup> Cass. S.U. 10.6.2013, n. 25401 ric. G., in *CED*, rv. 255258. La sentenza è pubblicata anche in *DPP*, 10/2013, 1169 ss., con nota di Gironi, *Una parola... definitiva (?) sull'acquisto e detenzione di stupefacenti per uso di gruppo*; Nazzaro, *La riconduzione dell'«uso di gruppo» nell'alveo del consumo personale*, in *RP*, 10/2013, 979 ss.

La sentenza definì nel contempo i requisiti del consumo personale di gruppo, nell'intento di distinguerlo dalla cessione. «Occorre [...] che l'acquirente sia uno degli assuntori; che l'acquisto avvenga sin dall'inizio per conto degli altri componenti il gruppo, al cui uso personale la sostanza era destinata; che quindi sia certa sin dall'inizio l'identità di questi altri soggetti i quali abbiano in un qualunque modo manifestato la volontà sia di procurarsi la sostanza per mezzo di uno dei compartecipi sia di concorrere ai mezzi finanziari occorrenti all'acquisto. Ricorre invece una normale ipotesi di cessione qualora tutte queste condizioni non si verificano, come nel caso in cui il soggetto abbia ceduto per il consumo comune sostanza di cui era autonomamente in possesso per averla acquistata senza alcun mandato degli altri, ovvero abbia acquistato su mandato di terzi ma senza essere a sua volta assuntore, ovvero abbia ceduto parte della droga a soggetti estranei al gruppo dei mandanti».

<sup>41</sup> Cass. 4.12.2013, n. 15483 in *DG*, 8 aprile 2014.

<sup>42</sup> Cass. S.U. 27.9.2018, Murolo, n. 51063, rv. 274076, in *penalecontemporaneo.it*, 21 novembre 2018.

L'osservazione funge da volano per l'analisi della giurisprudenza sul «fatto lieve».

**2.4.** - Quasi superfluo a questo punto notare che, anche sul tema, la giurisprudenza appare talvolta – non sempre – benevola.

Il giudice di legittimità ha tenuto invero a puntualizzare che il fatto lieve fosse configurabile soltanto nel caso di minima offensività della condotta, deducibile, in base a una valutazione globale e onnicomprensiva, sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità e circostanze dell'azione)<sup>43</sup>. E nello stesso senso, ancora di recente, ha escluso il fatto lieve in un caso in cui l'imputato era stato trovato in possesso di eroina che avrebbe consentito il confezionamento di 162 dosi medie e di 5.880 euro in contanti<sup>44</sup>.

Sempre di recente, il giudice di legittimità ha inoltre statuito che «la valutazione dell'offensività della condotta non può essere ancorata solo al quantitativo singolarmente spacciato o detenuto, ma alle concrete capacità di azione del soggetto ed alle sue relazioni con il mercato di riferimento, avuto riguardo all'entità della droga movimentata in un determinato lasso di tempo, al numero di assuntori riforniti, alla rete organizzativa e/o alle peculiari modalità adottate per porre in essere le condotte illecite al riparo da controlli e azioni repressive delle forze dell'ordine. Ne consegue che non può ritenersi di lieve entità il fatto compiuto nel quadro della gestione di una "piazza di spaccio", che è connotata da un'articolata organizzazione di supporto e difesa ed assicura uno stabile commercio di sostanza stupefacente»<sup>45</sup>. Ciò precisato, nella motivazione i giudici insistono però sul fatto che – stante la povertà dei tipi legislativi – è necessario valorizzare gli specifici contesti, operando una valutazione che potremmo definire olistica, vale a dire fondata sul bilanciamento dei diversi elementi legislativi e quindi in sostanza rimessa alla valutazione del giudice sul caso singolo.

In genere, sempre più frequentemente la Cassazione teorizza in materia di stupefacenti ciò che dovrebbe *sempre* affermarsi, vale a dire che, al di là dei diversi orientamenti individuabili, è soltanto una valutazione del caso concreto a orientare il giudice verso l'applicazione del reato “minore”.

**2.4.1.** - Un'analisi incentrata sul singolo caso ha consentito alla Cassazione di configurare il fatto di lieve entità anche quando lo spaccio sia realizzato in modo non episodico, ma nel contesto di attività criminale organizzata o professionale, a tal fine argomentando dal comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, che prevede un'attenuante

---

<sup>43</sup> Così, Cass. S.U. 24.6.2010, n. 35737, Rico, in *CED*, rv. 247911.

<sup>44</sup> Cass. 2.7.2019, n. 37225, in *DG*, 9 settembre 2019.

<sup>45</sup> Cass. 20.2.2018, n. 296, Lombino, in *CED*, rv. 13982.

per l'ipotesi di associazione finalizzata alla commissione di fatti di detenzione e cessione di "lieve entità" (cioè di piccolo spaccio, ancorché organizzato). Peraltro, nella medesima pronuncia il giudice di legittimità precisa che, ai fini della sussistenza della lieve entità, va considerato non soltanto il numero di dosi (nel caso di specie, tutt'altro che scarso), bensì elementi anche diversi, tra cui il *quantum* di redditività dell'attività, ed inaugura quindi un (insolito) uso in chiave delimitativa del principio di proporzione<sup>46</sup>.

2.5. - Passando ad altro *topos* penalistico, è opportuno ricordare innanzitutto che il legislatore criminalizza la coltivazione, insieme alla produzione e alla fabbricazione, e le pone sullo stesso piano delle condotte di vendita, offerta, messa in vendita, cessione, distribuzione, commercializzazione, trasporto ecc.

Il presupposto è che la produzione, sebbene neutra, non sia mai *sicuramente* volta soltanto a soddisfare i bisogni personali. Ciò per le sue caratteristiche ontologiche: vale a dire perché accresce la quantità di droga potenzialmente a disposizione ed è quindi idonea ad alimentare il mercato dell'offerta<sup>47</sup>.

D'altro canto, la condotta di produzione a proprio uso e consumo appare all'evidenza criminologicamente affine all'acquisto per uso personale, sicché una differenziazione di trattamento può, in effetti, risultare poco ragionevole in relazione ad alcuni casi concreti.

Ebbene, come si è ritenuto di uscire da questa *impasse*?

Cercando di mediare tra le due soluzioni contrapposte, e cioè ipotizzando la biforcazione - da molti criticata in dottrina<sup>48</sup> - tra offensività in astratto e offensività in concreto. La prima, e cioè l'offensività in astratto, è intesa come direttrice rivolta al legislatore e realizzata a condizione che la scelta di incriminazione sia empiricamente documentabile e ragionevole (condizione che in questa materia la giurisprudenza reputa soddisfatta); la seconda, l'offensività in concreto, consiste nella spinta impressa ai giudici di merito perché verifichino - senza avarizia - gli spazi di non punibilità appunto nel caso di specie.

In questo modo, volendo semplificare sino alla banalizzazione, si preserva il marchingegno della punibilità di tutte le condotte di produzione delle droghe, ma nel contempo lo si disinnesca nel singolo caso, attraverso pronunce così incentrate sulla

---

<sup>46</sup> Cass. 4.10.2013, n. 41090 in *DPP*, 2014, 163 ss., con nota di F.C. Palazzo, *Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato*.

<sup>47</sup> Un "reato ostacolo" o «reato senza offesa». V. Mongillo, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione della cannabis*, in *Giur. Cos.*, 2016, 948.

<sup>48</sup> V. Mongillo, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione della cannabis*, in *Giur. cos.*, 2016, 941 ss.

specificità della situazione oggetto di giudizio, da non prestarsi nemmeno a una indagine *bottom-up*, di tipo casistico.

Per dimostrare l'assunto, muoveremo dalla giurisprudenza costituzionale per poi trattare quella di legittimità.

**2.5.1.** - La questione della rilevanza penale della coltivazione di *cannabis* è stata sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale che non a caso proprio in questa materia ha inaugurato le sue aperture sull'offensività e ha anzi per prima distinto, come si diceva, tra offensività astratta (dalla Consulta chiamata presunta) e offensività in concreto, insussistente quando il giudice di merito ritenga che la sostanza ricavabile dalla coltivazione non sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.

Così, a partire dal 1995, la Corte Costituzionale ha precisato che spetta all'interprete «la identificazione, in termini più o meno restrittivi, della nozione di "coltivazione" che incide anch'essa sulla linea di confine del penalmente lecito", confermando dunque l'irrilevanza penale di condotte che, pur avendo ad oggetto la coltura di piante stupefacenti, per le loro qualità e quantità, non rientrano nel concetto di coltivazione in senso stretto penalmente rilevante»<sup>49</sup>.

Ancora di recente è stata poi sollevata questione di legittimità costituzionale della fattispecie di coltivazione, questa volta *sub specie* d'ineguaglianza/irragionevolezza, in particolare lamentandosi la disparità di trattamento tra chi sia colto in detenzione di droga ad uso personale dopo la raccolta e non punito, e chi invece sia colto in un momento antecedente alla raccolta, e cioè nel momento della mera produzione, e quindi punito.

Anche questa volta, la Consulta ha confermato la scelta legislativa<sup>50</sup>, confutando lo stesso presupposto del ragionamento del giudice *a quo*: ha richiamato l'insegnamento delle S.U. 2008 (su cui, *infra*) che - in un loro passaggio - chiarisce come non sia la coltivazione ad essere assorbita nella detenzione, bensì la detenzione nella produzione (che, in alternativa, rappresenta un *post factum* non punibile). Ne ha quindi desunto come quest'ultima resti punibile, non potendo oggettivamente essere volta in modo univoco alla consumazione personale.

Neppure questa volta ha però dimenticato di invitare i giudici a svolgere il solito giudizio sull'offensività in concreto<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Sent. C. Cost. 13.7.1995, n. 360. Vd. poi quantomeno C. Cost., 18.7.1996, n. 296 e C. Cost. 10.7.2002, n. 354.

<sup>50</sup> Sent. C. Cost., 9.3.2016, n. 109.

<sup>51</sup> La sentenza è pubblicata anche in GC, 2016, 927 ss., con commento critico di V. Mongillo, *Sullo stato del principio di offensività*, cit.

**2.5.2.** - Un percorso analogo ha tracciato la Corte di Cassazione, nella trama della cui giurisprudenza s'intravede una sorta di *escalation*.

Limitando l'indagine all'ultima dozzina di anni, partiamo dalla constatazione che alcune sentenze avevano distinto tra coltivazione domestica, non punibile, e coltivazione in senso tecnico-agrario oppure imprenditoriale, punibile.

In base a tale orientamento, «la coltivazione di piante da cui possono ricavarsi sostanze stupefacenti - che non si sostanzia nella coltivazione in senso tecnico-agrario, ovvero imprenditoriale, per l'assenza di alcuni presupposti, quali la disponibilità del terreno, la sua preparazione, la semina, il governo dello sviluppo delle piante, la disponibilità di locali per la raccolta dei prodotti, e che, pertanto, rimane nell'ambito della cosiddetta coltivazione domestica - ricade, pur a seguito della L. 21 febbraio 2006, n. 49, nella nozione della detenzione, sicché occorre verificare se, nel caso concreto, essa sia destinata ad un uso esclusivamente personale di quanto coltivato»<sup>52</sup>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervennero nel 2008 in senso astrattamente contrario<sup>53</sup>. Presero le mosse dalla *ratio* dell'incriminazione, che sconta l'impossibilità logica di stabilire se la coltivazione sia destinata esclusivamente a uso personale; ne inferirono l'arbitrarietà della distinzione tra coltivazione tecnico-agraria e coltivazione domestica e richiamarono la giurisprudenza costituzionale (nel caso di specie, si trattava della coltivazione di sette piantine, non ancora in fase di maturazione, contenenti un modesto quantitativo di principio attivo, insuscettibile di produrre effetti droganti).

Poi però conclusero che l'esatta perimetrazione del concetto e il rispetto del principio di offensività richiedessero una valutazione caso per caso affidata al giudice di merito, chiudendo con il consueto richiamo all'offensività in concreto e offrendo quindi il destro per alcune aperture giurisprudenziali, anche spinte.

Le sezioni semplici, dal canto loro, talvolta hanno ritenuto che «non può aversi riguardo allo stadio (iniziale, in corso, avanzato, esaurito) del processo produttivo accertato (ciò che equivarrebbe a dare ingresso a un improprio criterio di punibilità differenziata), poiché l'offensività della condotta si radica nella sola idoneità della coltivazione a produrre la sostanza per il consumo. Con l'ovvio effetto che non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza dell'accertamento, ma la conformità delle piante al tipo botanico previsto e la loro attitudine (anche per

---

<sup>52</sup> Cass. 11.10.2007, n. 40362, Mantovani, in *CED*, rv. 237915. Negli stessi termini, almeno, Cass. 20.9.2007, n. 42650, P.G. in proc. Piersanti, in *CED*, rv. 238153; Cass. 18.1.2007, n. 17983, Notaro, in *CED*, rv. 236666.

<sup>53</sup> Cass. S.U., 24.4.2008, n. 28605, Di Salvia, in *CED*, rv. 239921.

modalità e cura di coltivazione) a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente" utilizzabile per il consumo»<sup>54</sup>.

Hanno cioè optato per la natura legale della definizione di "sostanza stupefacente".

Altre volte hanno sostenuto che «la punibilità per la coltivazione non autorizzata di piante di canapa indiana va esclusa allorché il giudice ne accerti l'inoffensività in concreto, nel senso che la condotta deve essere così trascurabile da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità della droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa»<sup>55</sup>.

In altri casi ancora, si sono impegnate nella ricognizione in concreto della capacità psicotropa della sostanza<sup>56</sup>, come quando hanno affermato che «esulano [...] dalla sfera dell'illecito [solo] le condotte afferenti a quantitativi di stupefacente talmente tenui, quanto alla presenza del principio attivo, da non poter indurre, neppure in misura trascurabile, la modificazione dell'assetto neuropsichico dell'utilizzatore»<sup>57</sup>. In modo ancora più chiaro, hanno infine precisato che «Ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente l'accertamento della loro conformità al tipo botanico vietato, dovendosi invece accertare l'offensività in concreto della condotta, intesa come effettiva ed attuale capacità della sostanza ricavata o ricavabile a produrre un effetto drogante e come concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso»<sup>58</sup>.

Altre volte, spingendosi ben oltre, la Corte di Cassazione ha statuito che «ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente la mera coltivazione di una pianta conforme al tipo botanico vietato che, per maturazione, abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante, ma è altresì necessario verificare se tale attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato»<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Cass. 30.3.2014, n. 15152, in *GD*, 2014, 22.

<sup>55</sup> Cass. 10.11.2015, n. 5254, Pezzato e altro, in *CED*, rv. 265641 (fattispecie in cui la S.C. ha escluso il reato per la coltivazione di due piante di canapa indiana e la detenzione di 20 foglie della medesima pianta, in presenza di una produzione che, pur raggiungendo la soglia drogante, era "assolutamente minima").

<sup>56</sup> D'accordo C. Ruga Riva, ad esempio in *La disciplina repressiva degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, in [www.aidpdp.it](http://www.aidpdp.it), 171; M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti* cit. →, 7

<sup>57</sup> Cass. 20.9.2013, n. 43184, Carioti e altro, in *CED*, rv. 258095.

<sup>58</sup> Cass. 17.2.2016, n. 8058, Pasta, in *CED*, rv. 266168 (di conseguenza, i giudici hanno annullato senza rinvio la pronuncia di condanna relativa alla coltivazione di una pianta di cannabis indica, da cui sono risultati ricavabili gr. o, 345 di principio attivo).

<sup>59</sup> Cass. 22.2.2017, n. 36037, Compagnini, in *CED*, rv. 271805.

Così facendo, il giudice di legittimità richiede: non soltanto la conformità a tipo botanico, ma anche la presenza di principio attivo in quantitativo sufficiente non già a produrre effetti drogastici su un individuo, bensì a concretare un pericolo per la salute pubblica (il che incidentalmente equivale a ripristinare la distinzione tra coltivazione domestica e tecnico-agraria). Ne è discesa, nel caso di specie, la conferma della sentenza di assoluzione nell'ipotesi di coltivazione, all'interno della propria abitazione, di 6 piantine di *cannabis* dell'altezza circa di 90 cm ciascuna, contenenti complessivamente un quantitativo di principio attivo pari a 1,070 grammi di THC puro, corrispondente a circa 42,8 dosi medie singole.

In estrema sintesi (e con molta approssimazione), il giudice di legittimità, dopo aver inizialmente sposato la nozione legale di droga, richiedendo solo la conformità al tipo botanico, ha imposto, in aggiunta alla conformità al tipo botanico, un'indagine sull'effettiva capacità drogante in relazione - almeno parrebbe - al singolo caso o a pochi casi. Infine, ha preteso, oltre alla conformità al tipo botanico e all'indagine sul principio attivo, che l'offensività in concreto sia valutata con riferimento alla salute pubblica e all'incremento considerevole del mercato. E il gigantismo dei beni oggetto di tutela ha ovviamente prodotto riflessi immediati sulla scala di misurazione delle condotte che anch'esse, di conseguenza, devono essere molto pregnanti per assurgere a rilievo penale<sup>60</sup>.

**2.5.3.** - Valga brevemente osservare che analoga progressione si registra nell'inquadramento normativo del tema dell'offensività.

Il giudice di legittimità ha talvolta in passato ha richiamato la fattispecie sul reato impossibile, celebrando la concezione realistica del reato e auspicandone una maggiore valorizzazione giurisprudenziale<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> E' peraltro doveroso riportare l'informazione provvisoria (n. 27) relativa alla recente sent. S.U. 19 dicembre 2019, secondo cui "Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore".

<sup>61</sup> Così, Cass. 17.2.2011, n. 25674, P.G. in Proc. Marino, in CED, rv. 250721, la quale ha ritenuto che la coltivazione domestica di una piantina di canapa indiana contenente principio attivo pari a mg. 16, posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, costituisse condotta inoffensiva ex art. 49 Cp, tale da non integrare il reato di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73.

Poi, anche quando si è formalmente incanalata nel solco delle S.U., ha precisato che, ove non sia possibile concludere che la condotta è inoffensiva, c'è sempre spazio per applicare l'art. 131-bis Cp, sulla particolare tenuità del fatto, assicurando in materia di droga a tale fattispecie - per il resto non particolarmente fortunata - uno spazio applicativo privilegiato<sup>62</sup>.

In particolare, ha avuto cura di evitare possibili profili di assorbimento dell'art. 131-bis Cp nel "fatto lieve" di cui al comma 5 dell'art. 73 T.U. Stup., affermando, per esempio, che «in tema di stupefacenti, la fattispecie di lieve entità di cui al comma quinto dell'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis Cp sono fattispecie strutturalmente e teleologicamente non coincidenti. Mentre ai fini della concedibilità della prima il giudice è tenuto a valutare i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione nonché la quantità e la qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa, ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità devono essere considerate le modalità della condotta, il grado di colpevolezza da esse desumibile e l'entità del danno o del pericolo ed altresì il carattere non abituale della condotta»<sup>63</sup>.

Nemmeno quanto a tale «occasionalità» ha lesinato interpretazioni indulgenti.

In un'ancora recente sentenza della Cassazione si trova affermato (in un caso di pluralità di cessioni di sostanze stupefacenti poste in essere nell'arco della stessa giornata) che «la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. non può essere dichiarata in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, in quanto anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale", ostativa al riconoscimento del beneficio»<sup>64</sup>. Così, conformandosi all'orientamento dominante in altri ambiti applicativi<sup>65</sup>.

Vero ciò, le Sezioni Unite avevano tuttavia sostenuto che «ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis Cp, il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame», precisando in motivazione che il giudice può «fare riferimento non solo alle condanne irrevocabili ed agli illeciti sottoposti alla sua cognizione - nel caso in cui il procedimento riguardi

---

<sup>62</sup> Così, Cass. 7.7.2015 n. 38364, in *GI*, 2016, 193 ss. commentata da E. La Rosa, *La coltivazione "domestica" di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, *ivi*, 196 ss.

<sup>63</sup> Cass. 15.7.2016 n. 48758, Giustolisi, in *CED*, rv. 268258.

<sup>64</sup> Cass. 25.9.2018 n. 44896, Abramo, in *CED*, rv. 274270.

<sup>65</sup> Per esempio, Cass. 29.3.2018, n. 19159, Fusaro, in *CED* rv. 273198 che seccamente esclude l'occasionalità in presenza di reato continuato.



distinti reati della stessa indole, anche se tenui- ma anche ai reati in precedenza ritenuti non punibili *ex art. 131 bis cod. pen.*»<sup>66</sup>.

Con ancor maggiore indulgenza, la Cassazione aveva poi ritenuto che l'imputato debba andare prosciolto pure se esistono nei suoi confronti plurime denunce per altri reati relativi a sostanze stupefacenti. Questo perché l'art. 131 *bis* Cp, nel configurare le ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto, e nel definire le ipotesi di comportamento abituale, non ricomprende l'ipotesi di altre denunce a carico dell'imputato per reati dello stesso tipo, ma solo le ipotesi di condotte seriali, individuate tramite procedimenti penali definiti o pendenti<sup>67</sup>.

Una certa benevolenza (sempre rispetto a quanto accade in altri ambiti applicativi) traspare anche su altri fronti, come quando si precisa che «ai fini della configurabilità della abitudine del comportamento, ostativa all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* Cp, l'identità dell'indole dei reati eventualmente commessi deve essere valutata dal giudice in relazione al caso esaminato, verificando se in concreto i reati presentino caratteri fondamentali comuni» e conseguentemente si annulla (con rinvio) la sentenza impugnata che aveva escluso la applicabilità della causa di non punibilità essendo l'imputato gravato da precedenti condanne per reati contro il patrimonio, perché il giudice non si era confrontato con la condotta in concreto contestata, relativa ad una ipotesi di concorso in spaccio di stupefacenti commesso al fine di ottenere una somma pari ad euro 2, da ritenersi, pertanto, talmente esigua da rendere irrilevante il fine di lucro<sup>68</sup>.

In generale, la Cassazione tiene molto ad incentivare valutazioni in concreto. In un caso di coltivazione di 18 piante di canapa indiana, sussunta nella fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, TU stup., ha per esempio cassato la sentenza di merito di condanna ed ha stabilito che devono essere valutate complessivamente le peculiarità del caso concreto, le modalità della condotta ed il grado di colpevolezza utili a pronunciarsi approfonditamente sulla non punibilità per la particolare tenuità della condotta di coltivazione illecita<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Cass. S.U. 25.2.2016, n. 13681, Tushaj, in *CED*, rv. 266591 e in *GI*, 2016, 1731 ss., con nota di Bartoli, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*.

<sup>67</sup> Cass. 22.2.2017, n. 36616, in *GD*, 2017, 34.

<sup>68</sup> Cass. 4.5.2017, n. 27323, Garbocci, in *CED*, rv. 270107.

<sup>69</sup> Cass. 28-9-2017, n. 52721, in *Dejure*.

Vd. anche Cass. 10.5.2017 n. 30238, Tontini, in *CED*, rv. 270191, secondo cui: «La causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* cod. pen. non è incompatibile con il delitto di coltivazione di piante idonee a produrre sostanze stupefacenti e psicotrope quando, sulla base di una valutazione in concreto dei quantitativi ricavabili, delle caratteristiche della coltivazione, della destinazione del prodotto, e più in generale sulla base dei principi soggettivi ed oggettivi ricavabili dall'art. 133 cod. pen.,

Sicché, volendo sintetizzare anche questo punto, il giudice di legittimità, che aveva dapprima ipotizzato l'applicabilità (per il resto, come noto, rara) del reato impossibile (art. 49, comma 2, Cp), a partire dalla sua introduzione, nel 2015, sembra aver virato sull'art. 131-bis Cp, e cioè sulla particolare tenuità del fatto.

A tale fattispecie: per un verso e in via preliminare, ha assicurato la possibilità stessa di operare (evitandone la soccombenza per assorbimento nel «fatto lieve» di cui al comma 5 dell'art. 73 T.U. stup., pure astrattamente ipotizzabile); per altro verso, ha ritagliato presupposti applicativi sufficientemente ampi, lavorando in particolare su una lettura della «abitudine» abbastanza ampia da neutralizzarla, così da disinnescare il requisito che con maggiore ricorrenza avrebbe ostato alle possibili assoluzioni.

**2.6.** - Del tutto incidentalmente, notiamo infine che l'atteggiamento indulgente della Cassazione verso l'assuntore di droga si esplica anche in direzioni diverse o, per meglio dire, in settori diversi dal T.U., come a proposito della scusante dell'art. 384, I comma, Cp (c.d. clausola di salvamento).

A partire da una celebre sentenza Cass. S.U. del 2007 (c.d. Morea)<sup>70</sup>, i giudici osservano compattamente il principio di diritto per cui, in mancanza di elementi da cui inferire un uso *non* personale della droga, colui che è colto in suo possesso non acquista il ruolo di imputato, ma è semplice persona informata sui fatti (in relazione al processo per lo spaccio degli stupefacenti stessi) e ne desumono la possibilità di invocare la scusante (le S.U. parlano di «scriminante») dell'art. 384 Cp, avendo cura di precisare che l'inevitabilità del nocimento non è vanificata nemmeno dalla possibilità, che l'ordinamento offre al tossicodipendente, di ottenere la sospensione del procedimento sottoponendosi al programma terapeutico e socio-riabilitativo. Ciò perché – spiegano sempre le S.U. – «lo stesso programma comporta limitazioni della libertà e potenziale pregiudizio per la reputazione del soggetto».

Più in generale, grazie al tossicodipendente, il giudice di legittimità ha ribaltato il proprio precedente orientamento, che legava l'operatività dell'art. 384, primo comma, Cp al solo timore di un procedimento penale oppure di un pericolo di condanna, pur sempre penale.

---

la condotta illecita sia sussumibile nel paradigma della particolare tenuità dell'offesa»; Cass. 16.10.2018, n. 1766, Piantoni, in *CED*, rv. 275071, che statuisce: «Il reato di coltivazione di piante idonee a produrre sostanze stupefacenti e psicotrope non è di per sé incompatibile con la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen., dovendo aversi riguardo invece alle caratteristiche specifiche della condotta posta in essere dimostrative della assenza di ripetuti comportamenti protratti nel tempo».

<sup>70</sup> S.U. Cass. 22.2.2007, n. 21832, Morea, in *CED*, rv. 236371.

2.7. - Secondo una dottrina, la giurisprudenza sarebbe stata sempre comprensiva verso il tossicodipendente anche in punto di non imputabilità, essendosi si mostrata restia ad applicare gli schemi dell'*actio libera in causa* nel caso di intossicazione da stupefacenti, a differenza che nell'ipotesi di intossicazione da alcool<sup>71</sup>.

Diversamente, invece, in punto di cronica intossicazione da stupefacenti. Nonostante infatti il codice penale ipotizzi, come noto, anche sotto questo aspetto un perfetto parallelismo tra uso di alcool e uso di sostanze stupefacenti, si sarebbe consolidata una disparità di trattamento a svantaggio dei tossicodipendenti. La giurisprudenza, per escludere l'imputabilità nel caso di cronica intossicazione, richiede infatti che si sia prodotto uno stato di demenza, sostanzialmente corrispondente con l'insorgenza – sul piano organico – delle encefalopatie di Wernicke oppure di Korsakoff. Ebbene, una situazione di questo genere si produce a causa della cronica intossicazione da alcool (in relazione alla quale dunque le sentenze talvolta dichiarano il difetto di imputabilità); non sarebbe invece nemmeno immaginabile in rapporto all'uso di droghe, per difetto del requisito temporale, della "durata". La fase di decadenza psichica determinata dall'assunzione continuativa delle droghe sarebbe infatti circoscritta al momento della crisi di astinenza del tossicodipendente e non si protrarrebbe nel tempo<sup>72</sup>.

Ebbene, se questa è la situazione attuale, le cose potrebbero tuttavia mutare in prospettiva, grazie all'avvento delle neuroscienze, in grado di segnalare oggi anomalie un tempo non rilevabili ad occhio nudo, e cioè attraverso le classiche indagini cliniche neuro-psichiatriche<sup>73</sup>. E qui formuliamo la scommessa che, almeno a soccorso del tossicodipendente, *neuroimaging* e in generale *behavioural genetics* riusciranno a sfondare le porte di tribunali e Cassazione.

2.8. - Tirando le fila del discorso, la giurisprudenza innegabilmente esercita, in materia di sostanze stupefacenti, un effetto "cuscinetto", "ammortizzatore" del rigore legislativo. Anzi, forse in nessun altro ambito del diritto penale l'interpretazione giurisprudenziale appare così garantista come in materia di stupefacenti.

In fondo, sappiamo che il legislatore penale è sempre stato reattivo al disagio sociale "percepito": pronto cioè a captare i segnali che vengono dalla società, per strumentalizzarli in chiave propagandistico-elettorale. E che la droga è sicuramente

---

<sup>71</sup> A. Gaboardi, *La disciplina penale degli stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino 2015, p. 109.

<sup>72</sup> M. Serraino, *Questioni insolite sui rapporti tra imputabilità penale e stupefazione*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale.*, cit., 187 ss. (in part., 191).

<sup>73</sup> *Amplius*, Di Giovine, *Behavioural genetics e imputabilità: i termini di un rapporto difficile*, in corso di pubblicazione su *DPP*.

un fenomeno a forte impatto emotivo, quindi mediatico, su cui è fin troppo facile speculare. Potremmo dunque accontentarci della solita vecchia, invero ormai un po' stantia, spiegazione che fa leva sull'incapacità di un legislatore inadeguato sul piano tecnico e malevolo nelle intenzioni. Per concludere che, tutto sommato, questo doppio binario sembra raggiungere un equilibrio precario ma soddisfacente.

Tuttavia, un dato incuriosisce e spinge a un *surplus* di riflessione.

Si tratta della netta divergenza tra la "narrazione" legislativa (se così si può chiamare, visto che è sempre stata molto) ondivaga e la narrazione giurisprudenziale, persistentemente orientata nel senso della mitigazione delle scelte di diritto positivo anche a costo di esondare la *littera legis*.

Difficile reprimere la domanda: che cosa ha ispirato una contrapposizione così netta?

**3.0.** - Cominciamo stilando un'asciutta sinossi delle solite, note e generali argomentazioni in campo sul tema degli stupefacenti: dando atto delle tesi proibizioniste<sup>74</sup>; delle tesi legalizzatrici/liberalizzatrici<sup>75</sup>, nonché delle posizioni intermedie: dapprima con riferimento al fenomeno in generale; poi con riguardo al "caso" particolare della cannabis. E tenteremo in conclusione una risposta al quesito con cui avevamo chiuso la seconda parte.

**3.1.** - Quanto alla droga in generale, soprattutto in passato, era facile imbattersi nell'affermazione che il fenomeno andasse penalmente represso perché lesivo della salute individuale. Ancora di recente, in un documento del Ministero dell'Interno del 2018<sup>76</sup>, si rappresenta che i decessi per assunzione di stupefacenti (per gran parte

---

<sup>74</sup> ... che, incidentalmente, può vantare agganci costituzionali (anche se ciò non implica che la soluzione repressiva sia la migliore nella prospettiva politico-criminale di contrasto al fenomeno). Vd. le precisazioni di F.C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., 30 ss.

<sup>75</sup> I fautori di questa tesi tengono invero a precisare che propongono una legalizzazione e non una liberalizzazione *tout court* della droga (vd. per esempio, A. Cadoppi - B. Scarcella, *California dreamin'* cit., 213 ss.). Tuttavia, come diremo, proprio nell'impossibilità di argomentare coerentemente una netta distinzione tra legalizzazione e liberalizzazione sembra consistere il problema principale.

<sup>76</sup> Ministero del Tesoro, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie. Direzione centrale per le risorse umane, Ufficio XI: centro studi, ricerca e documentazione, p. 97.

Il documento tiene a precisare che tali dati, forniti dalla Direzione Centrale per i Servizi Antidroga, sono relativi ai casi accertati di morte per assunzione di droga, dei quali le Forze di Polizia sono venute a conoscenza e che riguardano solo i casi in cui la morte è stata attribuita in via diretta all'assunzione di droga, mentre sfuggono tutti quei casi in cui la droga rappresenta una causa indiretta, seppure determinante, della morte: ad es. malattie conseguenti all'uso di droga o morti accidentali di soggetti

eroina e con un certo distacco cocaina) nel corso del 2017 sono stati 294, aggiungendosi che l'età media dei segnalati è di 24 anni, e che le classi di età con maggiore incidenza sono quelle tra i 18 e i 20 anni (8.535) e quella oltre i 30 anni (10.490).

L'argomento può spingersi – si è talvolta spinto - a proporre la criminalizzazione delle condotte inerenti all'uso personale di droga.

Va da sé che, in questa prospettiva, della dimensione costituzionale (art. 32) della salute si esalti, più che la declinazione in termini di “diritto individuale”, quella solidaristica dell'«interesse della collettività». Si sottolinei, in altri termini, come il singolo abbia diritti ma anche doveri verso la società, e che tali doveri limitano il suo diritto all'evasione.

Sull'altro versante, si replica che nell'ottica squisitamente liberale che domina il diritto penale debba prevalere il principio di autodeterminazione: in mancanza di un danno ad altri, il comportamento di autoesposizione a rischio dell'individuo deve rimanere lecito, ognuno essendo padrone della propria salute.

E talvolta si aggiunge che questo approccio sarebbe stato consacrato dal Referendum 1993, che abrogò la DMG e che avrebbe affermato il principio per cui la tutela della propria salute non può essere imposta legislativamente<sup>77</sup>.

**3.2.** - Oggi come oggi, tra i fautori delle tesi proibizioniste prevale l'idea che la disciplina penale in tema di droga persegua la tutela di interessi sovra-individuali, quali la sicurezza e l'ordine pubblici (cui la segnalata sentenza Kreml 1998 aggiunse una molto opinabile «salvaguardia delle giovani generazioni»).

Anche in questa prospettiva ci si può spingere ad affermare che tale oggettività potrebbe essere sottesa non soltanto ai reati che si collocano sul versante dell'offerta (posti in essere o controllati solitamente da vere e proprie associazioni criminali), ma anche al mero uso personale di droga, in base ad una lettura in chiave di pericolo indiretto o astratto.

Infatti, da un lato (pericolo indiretto), occorre contrastare la domanda se si vuole contenere l'offerta. D'altro lato (pericolo astratto), l'uso di droga sarebbe criminogeno in quanto: per un verso, altera la percezione della realtà e allenta i freni inibitori in chi ne fa uso, rendendo più probabile la commissione del reato (criminogenesi diretta); per altro verso, spinge alla commissione di reati chi è costretto

---

sotto l'effetto di sostanze psicotrope. Aggiunge inoltre che, rispetto all'anno precedente, in cui si sono verificati 268 casi di decesso, si registra un incremento del 9,70%.

<sup>77</sup> Vd., per esempio, Ord. Corte Appello Brescia, 10 marzo 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 11 giugno 2015, con commento di L. Romano, *Sollezata questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del D.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui non annovera la coltivazione finalizzata all'uso personale tra le condotte passibili di mera sanzione amministrativa*.

a procurarsi le disponibilità per far fronte ai bisogni eventualmente indotti da una dipendenza (criminogenesi indiretta).

E nemmeno le innegabili difficoltà in cui incorre un efficace contrasto al fenomeno toglierebbero qualcosa alla necessità di una sua incriminazione a largo raggio. In questa prospettiva, taluno ha per esempio sviluppato un parallelismo tra droga e ... corruzione allo scopo di dimostrare – ritenendo di svolgere la spirale del paradosso - che, come la presenza di un'elevata cifra oscura nulla toglie alla necessità di contrastare la corruzione, così le difficoltà pure oggettive di debellare il fenomeno droga non costituiscono una buona ragione per desistere dalla sua punizione<sup>78</sup>.

Sul versante invece delle tesi legalizzatrici, è facile osservare che l'ultimo argomento – di sapore vagamente kantiano (il Kant della ragion pura), per poter funzionare, è costretto ad assumere che la droga sia “il male assoluto”, da sradicare ad ogni costo, e non uno dei molti problemi criminali rispetto al quale sia quindi possibile (e doveroso) immaginare una politica legislativa orientata allo scopo.

D'altronde, si aggiunge, non tutte le droghe favoriscono comportamenti antisociali. Anche prescindendo dal caso della *cannabis* (di cui si tratterà in seguito), in alcuni momenti storici e all'interno di alcune culture, l'uso di droga risulta tutt'altro che stigmatizzato<sup>79</sup>. Per restare ad esperienze recenti, basterebbe pensare alla narrazione sessantottina, in cui la droga si accompagnava all'esaltazione del pacifismo e dell'amore. E a sostegno di questa tesi si potrebbe addurre che, in effetti, è scientificamente ben plausibile che l'uso di droghe determini propensione a comportamenti antisociali solo in combinato con una predisposizione neuro-biologica individuale e in date circostanze ambientali.

Ancora più in radice, nella dottrina penalistica, molti autori negano legittimazione stessa agli interessi della sicurezza e dell'ordine pubblico (il tossicodipendente sarebbe a più alto rischio di commettere reati), essendo il pericolo in questi casi meramente indiretto: troppo lontano, dunque, perché possa ricevere risposta dal diritto penale<sup>80</sup>.

**3.3.** - Un altro argomento talvolta speso a favore del proibizionismo è quello economicistico. Reprimendo le condotte individuali, si contiene anche la spesa necessaria a far fronte agli effetti della droga, sul duplice piano della repressione giudiziaria e della gestione sanitaria del problema.

---

<sup>78</sup> M. Introvigne, in A. Mantovano – G. Serpelloni – M. Introvigne, *Libertà dalla droga* cit., 116 ss.

<sup>79</sup> Un quadro approfondito in P. Nencini, *L'estasi farmacologica* cit. Cfr. anche L. Caramiello, *La droga della modernità*, cit., in part., 159 ss.

<sup>80</sup> Per tutti, A. Cavaliere, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *DPP*, 2014, n. 5, 588 ss.

Corollario dell'assunto proibizionista è l'irrilevanza della distinzione tra spacciatori organizzati in associazioni volte a realizzare profitti mediante il commercio di droga e "venditore occasionale". Il problema – si afferma – è la vendita in sé, a prescindere dalla scala in cui viene realizzata perché, riducendo la domanda, si contiene anche l'offerta.

Sul versante delle tesi legalizzatrici si replica che, anche se fondato, l'argomento economicistico non potrebbe avere legittimazione penalistica<sup>81</sup>. E che comunque la sua validità è molto dubbia, visto che una (a detta di tutti, parziale) legalizzazione della (di alcuni tipi di) droga finirebbe, al contrario, con il produrre vantaggi economici per lo Stato a favore del quale si istituisca un monopolio.

Ma le cose non sono pacifiche nemmeno per tali impostazioni. Neppure l'idea di un monopolio statale in tema di droga, per quanto allettante, è a sua volta inattaccabile. Sarebbe infatti un errore ridurre il problema della droga alla sola dimensione dell'associazione criminale in senso stretto, poiché tale visione rischia di trascurare le (nemmeno troppo) nuove frontiere della vendita della droga via internet. Un fenomeno globale, transnazionale, variegato sul piano criminologico la cui portata potrebbe vanificare strategie legislative di contrasto elaborate a livello locale e come tali destinate a produrre effetti soltanto sul piano nazionale.

**3.4.** - Ci premeva evidenziare che la trama delle argomentazioni in tema di droghe pesanti è irta di nodi oggettivi, prim'ancora che di – pure innegabili – precomprensioni soggettive.

La difficoltà principale nasce però, a nostro avviso, non tanto dall'impossibilità di definire i beni tutelati dalla legislazione penale (bene individuale della salute vs. bene collettivo della sicurezza pubblica<sup>82</sup>), quanto dalla difficoltà di svolgere in modo del tutto coerente, sul piano logico-consequenziale (secondo *razionalità di scopo*), la premessa per cui si esprima la preferenza. Proviamo a spiegarci.

Muoviamo dal carattere individuale, personalistico, del bene salute tutelato. Immaginiamo cioè che la legislazione in tema di droga abbia a cuore la salute del cittadino. E proviamo a dispiegare in modo rigoroso l'*harm principle*<sup>83</sup>.

Nella prospettiva della legalizzazione, dovrebbero diventare leciti non solo il consumo e la detenzione ad uso personale di *tutte* le droghe, ma anche le condotte di contorno, sino, probabilmente, a revocare in dubbio la plausibilità delle stesse

---

<sup>81</sup> A. Cavaliere, *Il controllo* cit., 596 ss.

<sup>82</sup> Un classico è F. Sgubbi, *Il bene giuridico e la legge di riforma della legge in materia di stupefacenti*, in F. Bricola-G. Insolera, *La riforma della legislazione penale in tema di stupefacenti*, Padova 1991, 63 ss.

<sup>83</sup> Vd. però le chiare aperture "paternaliste" (*soft*) della Corte costituzionale in tema di prostituzione (sent. n. 141/2019).

incriminazioni concernenti il traffico su larga scala<sup>84</sup>. Anche questo, a ben vedere, cesserebbe di essere stigmatizzabile in sé, e lo diverrebbe in ragione di chi lo pone in essere (un appartenente ad associazione criminale, in quanto estraneo al circuito legale della droga), sicché, non potendo conservare un suo disvalore fattuale, finirebbe con l'esemplificare le logiche di autore o, nella migliore delle ipotesi, con il concretare un pericolo presunto: l'incriminazione fondandosi, a questo punto, sull'elusione dei controlli statali su quantità e qualità di droga (ammesso che possa raggiungersi un consenso scientifico sul punto).

Una conclusione forse eccessiva pure per i sostenitori della legalizzazione<sup>85</sup>.

In sintesi, nella prospettiva rigorosamente liberale della tutela della salute dell'individuo, si dovrebbe immaginare un monopolio statale non solo per *cannabis* e droghe leggere, ma anche per eroina, cocaina e droghe sintetiche. Al di là del fatto che tale scenario non sarebbe fattibile in prospettiva sovranazionale, esso appare poco sostenibile sul piano sociale e verosimilmente nemmeno efficace, considerate le già denunciate dimensioni globali e sovranazionali della circolazione della droga, le quali incentiverebbero senza dubbio la creazione di un mercato nero.

Cambiamo allora registro, e proviamo ad assumere a bene tutelato quello, collettivo, dell'ordine e sicurezza pubblici (se non della salute pubblica).

In questo caso, la logica del pericolo potrebbe suggerire di allargare la repressione penale anche al versante della domanda, con conseguente regresso rispetto a conquiste giuridiche faticosamente realizzate nel tempo. Ci si muoverebbe in controtendenza rispetto alla soluzione che sembra incontrare i favori (quantomeno) della dottrina dominante, con punte di proibizionismo allarmanti. La panpenalizzazione incrementerebbe la cifra nera del fenomeno, vanificherebbe le politiche socioassistenziali e nemmeno riuscirebbe, con ogni probabilità, a scalfire il fenomeno.

Invero, infine, si potrebbe ritenere che è meglio rinunciare alla "coerenza a tutti i costi", prescindere cioè dalla discussione teorica in chiave di bene giuridico e valorizzare la dimensione sostanziale-criminologica delle condotte. In tale prospettiva, sarebbe lecito optare - come ha fatto il nostro legislatore - per un'impostazione pragmaticamente orientata; sposare una posizione "mediana" e distinguere tra

---

<sup>84</sup> ... che, per converso, in sede ONU tende ad assurgere addirittura a crimine contro l'umanità. L. Sbolgi, 1239 ss.

<sup>85</sup> Non per niente, anche A. Cadoppi - B. Scarcella, *California dreamin'* cit., 216 s., qui giustificano deroghe in senso paternalistico o - precisano - fintamente paternalistico; G. Civati, *Cannabis. Dal proibizionismo alla legalizzazione*, Roma 2016, 18.



condotte eterodirette (estroflesse) e condotte autodirette (introflesse), in quanto dotate di sostrati empirici profondamenti diversi<sup>86</sup>.

Una cosa sono infatti i comportamenti “estroflessi” o eterodiretti, finalizzati cioè a consentire il consumo da parte di una classe indifferenziata e non facilmente predeterminabile di soggetti (tra cui minori e persone che si trovino comunque in uno stato di debolezza); condotte realizzate con modalità e in “direzioni” su cui - date le dimensioni e la qualità del fenomeno - non sia possibile neanche in astratto esercitare alcuna forma di controllo. Per tali reati sarebbe a nostro avviso urgente soltanto rivedere la risposta sanzionatoria, oggi affatto eccessiva.

Altra cosa è il palcoscenico “domestico” dell’uso personale, in cui si rinviene per lo più soltanto il sintomo di un disagio, di un disadattamento sociale ma che, nondimeno, è oggi bersaglio di una risposta severa che - come ricordato - somiglia più a quella delle misure di prevenzione che a quella delle sanzioni amministrative.

La proposta di cassare, *de iure condendo*, le sanzioni amministrative dell’art. 75 T.U. riscontrerebbe probabilmente un consenso ampio, essendo stato da più parti sottolineato che l’uso di stupefacenti non differisce sostanzialmente dall’uso di alcool, sicché l’intervento potrebbe essere utilmente limitato all’ipotesi in cui un reato o altro fatto illecito sia commesso in una condizione di accertata intossicazione (solitamente alla guida oppure in occasione di manifestazioni sportive, pubbliche ecc.)<sup>87</sup>. Siamo ovviamente accantonando ogni valutazione sulla fattibilità concreta del disegno, che risulterebbe probabilmente osteggiata dalle politiche europee<sup>88</sup>. Una dottrina ha inoltre di recente ricordato l’impedimento derivante dagli strumenti internazionali, prime tra questi, le Convenzioni di Vienna del 1988 e di New York del 1961, che condussero la Corte costituzionale, con sent. n. 27 del 1997, a ritenere preclusa la possibilità di presentare un referendum abrogativo delle sanzioni in tema di uso personale<sup>89</sup>.

Ad ogni buon conto, anche in questa prospettiva “pragmatica”, non ogni problema sarebbe risolto, e ciò per la già constatata difficoltà di tracciare una netta demarcazione tra condotte “estroflesse” e “introflesse”, difficoltà che a sua volta nasce da una notevole anticipazione della tutela, come diremo, a nostro avviso per parte irrinunciabile.

---

<sup>86</sup> Per questa soluzione, già G.M. Flick, *Droga* cit.

<sup>87</sup> Tra gli altri, A. Gaboardi, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. Morgante, *Stupefacenti e diritto penale*, Torino 2015, 104 s.

<sup>88</sup> Sulle politiche europee in tema di stupefacenti, N.M. Maiello, *I riflessi internazionali e eurounitari sulla normativa in tema di stupefacenti*, in G. Insolera - G. Spangher - L. Della Ragione (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano 2019, 57 ss.

<sup>89</sup> Così M. Gambardella, *Illeciti in materia di stupefacenti* cit., 22.

**4.0.** - Non di rado, all'interno delle narrazioni liberali (non solo penalistiche) in tema di droga, alla *cannabis* è riservato un posto a sé stante.

L'intento, dichiarato, è quello di semplificare il discorso giuridico, "estrapolandone" una parte che si rende autonoma perché foriera di problemi minori. E la ragione per cui tale parte porrebbe problemi minori – assunto di base del ragionamento – è la scarsa nocività della *cannabis*. Sicché, com'è chiaro, tutto dipende dalla fondatezza di quest'assunto<sup>90</sup>.

Come abbiamo fatto in precedenza, riassumeremo quindi di seguito gli argomenti a favore e contro la legalizzazione/liberalizzazione della *cannabis* (non terapeutica<sup>91</sup>), anticipando che nemmeno la strada volta costruire un binario separato per la sola *cannabis* sembra piana, e ciò a causa delle trasformazioni che tale sostanza starebbe subendo nel tempo.

**4.1.** - Come si accennava, la tesi legalizzatrice della produzione ecc. di *cannabis* si basa sull'affermazione che, mentre l'uso prolungato di alcune droghe produce effetti irreversibili sull'organismo, ciò non accadrebbe per la *cannabis* che a buona ragione va dunque considerata una droga leggera. Di conseguenza, non è ragionevole – si dice spesso ironicamente – fare di «tutta l'erba un fascio».

Per contro, si obietta che: «alla fine degli anni Novanta il principio attivo della *cannabis* (delta9 tetraidrocannabinolo – THC – non oltrepassava il tasso prodotto spontaneamente dalla pianta naturale, il cui limite massimo è del 2.5%. La percentuale di THC rilevata nel quadriennio 2010-2013 è giunta invece a una media del 16.8% quanto al materiale vegetale (inflorescenze e foglie) e del 26.6% quanto ai derivati (resine o oli), con punte massime del 60.6% [...]. Ciò è stato possibile grazie alla coltivazione intensiva e a manipolazioni fito-produttive, che hanno concentrato il principio attivo e alterato le caratteristiche della pianta».

---

<sup>90</sup> In proposito, valga per ora soltanto notare che nel 2019 è nata addirittura una rivista (*Journal of Cannabis Research*) internazionale multidisciplinare dedicata specificamente al tema e che ricomprende non soltanto ricerche dal punto di vista clinico e scientifico ma anche sull'impatto etico, giuridico, economico e sociale della *cannabis*. E che di tale rivista non si sarebbe certo sentito il bisogno se il discorso fosse stato così lineare come i fautori della liberalizzazione sostengono.

<sup>91</sup> Crescente attenzione viene dedicata all'uso terapeutico della *cannabis*, al punto che agli inizi del 2019 l'OMS ha raccomandato la rimozione della sostanza dalla tabella IV della convenzione unica ONU sugli stupefacenti del 1961—che contiene le sostanze dannose e a uso terapeutico ridotto — e il suo inserimento nella tabella III della stessa convenzione, quella delle sostanze “con valore terapeutico e basso rischio di abuso.”

Non possediamo le competenze per stabilire se queste affermazioni – tratte dalla relazione di accompagnamento al progetto governativo che sfociò nella riforma del 2006 e riportate anche da un esponente accanito del proibizionismo, personalmente impegnato sul piano politico ai tempi del varo della “riforma” del 2006<sup>92</sup> – siano vere. Se lo fossero, l’assunto di base delle tesi liberalizzatrici ne uscirebbe però offuscato perché, quanto meno, dovrebbe distinguersi tra *cannabis* “leggera” e “*cannabis* pesante”.

**4.2.** - Ammesso pure che sia utile distinguere tra *cannabis* “buona” e “cattiva”, secondo i proibizionisti non andrebbe poi sottovalutato l’effetto *gateway* delle c.d. droghe leggere. Effetto così compendiabile: la *cannabis* ha procurato una sensazione piacevole; questo spinge a sperimentare sostanze più pesanti nell’aspettativa che esse procurino un una sensazione di ancor maggior (momentaneo) benessere<sup>93</sup>.

A tale argomento si replica che l’effetto *gateway* non è dimostrato. La circostanza che alcune persone che in passato avevano fatto uso di *cannabis* siano passate all’uso di droghe pesanti non implica l’esistenza di connessioni causali tra l’uno e l’altro. Occorre cioè guardarsi dalla fallacia della mera successione: una cosa è la prova che l’impiego di *cannabis* causi uso di droghe più pesanti; altra cosa sono gli studi che rilevano mere successioni di fenomeni.

D’altronde, si aggiunge, poiché la quasi totalità degli eroinomani, prima di fare uso di *cannabis*, avevano già provato droghe legali, come tabacco e alcool, secondo questo ragionamento si dovrebbe affermare che sia il tabacco sia l’alcool portano all’eroina<sup>94</sup>.

Tale notazione, sicuramente ad effetto, offre il destro per introdurre l’argomento forse più ricorrente.

**4.3.** - Ci si chiede se sia ragionevole attrarre nell’orbita penalistica la *cannabis* e non anche altre droghe parimenti dannose, come alcool e tabacco i quali, le quali

---

<sup>92</sup> A. Mantovano, in A. Mantovano – G. Serpelloni – M. Introvigne, *Libertà dalla droga* cit., 41 s.

<sup>93</sup> Ad esempio, G. Serpelloni, in A. Mantovano – G. Serpelloni – M. Introvigne, *Libertà dalla droga* cit., 72, cita uno studio longitudinale di coorte condotto da Kandel (1975), secondo cui il 26% delle persone che hanno consumato *cannabis* come prima droga di sperimentazione passa successivamente ad una droga più pesante ed un altro studio di Kandel e Yamaguchi (2002) secondo cui l’86% dei soggetti che usano droghe illecite prima hanno usato *cannabis*. Richiama anche uno studio longitudinale di coorte condotto in Nuova Zelanda per cui a 15 anni coloro che consumano *cannabis* settimanalmente hanno una probabilità di passare all’uso di altre sostanze illecite 60 volte maggiore rispetto a chi non le usa; a 25 anni, la probabilità si abbassa a 4.

<sup>94</sup> Così, G. Civati, *Cannabis*, cit., 126.

inducono analoga dipendenza e problemi simili sul piano della salute individuale, nonché - quantomeno l'alcool - della sicurezza pubblica.

Senza voler ovviamente negare l'origine per larga parte sociale e culturale (dunque, relativa) del distinguo tra droghe legali e illegali<sup>95</sup>, anche la validità di questa tesi poggia sull'assunto che ne rappresenta la premessa. Di conseguenza, sarebbe quantomeno attenuabile ove si confermasse che il principio attivo della *cannabis* è oggi molto più alto che in passato. D'altronde, si afferma, i tempi in cui si producono effetti negativi sulla salute fisica e psichica nel caso di assunzione della *cannabis* sono molto più lunghi che per alcool e tabacco (il tempo di smaltimento di una canna è di 15-20 giorni).

A ciò si potrebbe aggiungere che la *cannabis* è sostanza più modificabile rispetto a tabacco ed alcool e che questa caratteristica la rende più resiliente ai tentativi di legalizzazione (aspetto su cui torneremo verso la fine del discorso).

Insomma, i frequenti parallelismi tra *cannabis*, da una parte, e tabacco ed alcool (quest'ultimo in effetti considerato una "droga" nelle trattazioni scientifiche, come d'altronde - a volte - anche la caffeina), dall'altra, reggono fino a un certo punto. E questo punto è quello della individuazione di sostanze che abbiano caratteristiche simili a tali droghe, all'interno di un mondo che - a differenza di quello del tabacco - appare molto più vario e, come risaputo, in continuo divenire.

**4.4.** - Infine, si nota: se il problema principale sono le associazioni criminali, legalizzando la *cannabis* conteniamo il problema, perché sottraiamo entrate alle associazioni criminali<sup>96</sup>.

"Legalizzare", d'altronde, è diverso da "liberalizzare". Non significa "tutto permettere", ma cercare di governare gli effetti non desiderabili di un fenomeno. E il suggello a questa tesi sarebbe posto dai tanti studi che denunciano il fallimento della lotta contro la criminalità organizzata in materia di droghe leggere, in uno con l'appello lanciato addirittura dal Procuratore Nazionale Antimafia che, nel 2015, ha per questa ragione ne ha auspicato la legalizzazione.

Ma è proprio così? Disponiamo di dati negativi sull'attuale sistema di tutela, ma svolgiamo ovviamente mere prognosi riguardo ad un assetto alternativo. E ovviamente andrebbe usata ogni cautela nell'immaginare gli effetti di una politica legalizzazione, considerato che essa potrebbe tutt'al più, restringere il mercato nero, ma non eliminarlo, come dimostrato d'altronde dal fatto che il contrabbando di tabacco, nonostante l'ormai risalente legalizzazione dello stesso e la correlata creazione di un

---

<sup>95</sup> Ancora, l'indagine di L. Caramiello, *La droga della modernità* cit.

<sup>96</sup> Tra gli altri, A. Cadoppi - B. Scarcella, *California dreamin'*, cit., 209 s.; G. Civati, *Cannabis*, cit., 142 ss.

monopolio statale, non è stato affatto debellato. D'altronde, non potendosi ammettere all'acquisto di *cannabis* chiunque, come ad esempio i minori (oltre agli incapaci), i soggetti esclusi attingerebbero pur sempre al mercato nero. Per non parlare del fatto che tale canale di diffusione potrebbe essere alimentato dalla domanda di *cannabis* dotata di una maggiore capacità drogastica.

In sintesi, pur a voler immaginare un controllo statale sul quantitativo di principio attivo, ci si troverebbe comunque a fronteggiare i comportamenti *contra legem* di chi produca e offra *cannabis* sul mercato nero, perché più "stupefacente" di quella a marchio statale o perché elegga un *target* anche anagraficamente diverso da quello del mercato legale.

Il parallelismo tra legalizzazione e contrasto della criminalità organizzata potrebbe dunque rivelarsi meno decisivo di quanto solitamente prospettato.

5.1. - E' chiaro dunque come la bontà della scelta di diritto dipenda dalla scienza e, in particolare, da ciò che essa ci dice sugli effetti delle droghe. Tale approccio sarebbe coerente con l'orientamento ormai granitico in tema di politica criminale, secondo cui le scelte di incriminazione devono confrontarsi preliminarmente e tener conto dei presupposti empirici del fenomeno da disciplinare.

Tuttavia, come diremo subito, il problema consiste nel fatto che la scienza è ben lungi dal poter dire che cosa debba intendersi per sostanza psicotropa o stupefacente.

Proveremo a prendere sul serio la "dichiarazione di resa" della scienza per lanciare una provocazione. Non sosterremo cioè (come sovente accade) che, in mancanza di chiarezza scientifica, il legislatore non possiede le coordinate empiriche che gli consentano di tratteggiare l'incriminazione. Esattamente al contrario, ci chiederemo se non sia proprio l'opacità della scienza a fornire legittimazione all'intervento penale; ad autorizzarlo a prescindere da quello che la scienza (non) dice.

Muoviamo quindi dalla definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che nelle sostanze stupefacenti ravvisa: «ogni sostanza, naturale o artificiale, che modifica la psicologia o l'attività mentale degli esseri umani» (*United Nation, Bulletin of Narcotics*, 1967, n. 19).

Tale definizione è ancora oggi evocata nella discussione sulle droghe, e noi stessi l'abbiamo di fatto assunta in precedenza. Essa è però anche molto criticata per la sua eccessiva vaghezza.

Ora, non c'è dubbio che sia vaga. Ma, ci chiediamo, potrebbe non esserlo? Che cosa ci si può aspettare dalla scienza in questo campo?

Possiamo pretendere che stabilisca, a date condizioni, gli effetti di questa o di quella droga (su base epidemiologica e quindi statistica). Non certo esigere che si

pronunci sulla nocività del fenomeno-droga *in generale* e nemmeno sulla nocività, in sé, di famiglie intere di stupefacenti.

Tale nocività resterebbe pur sempre relativa e contesto-dipendente, come dimostrato tra l'altro dal fatto che molti principi attivi (producono effetti collaterali negativi, ma) possiedono anche importanti proprietà terapeutiche.

Si lamenta poi come la definizione OMS ignori le più elementari acquisizioni di neuro-biologia, e si osserva, a tal fine, che «ogni stimolo ambientale o interno, somatico o psicologico, modifica le funzioni e anche l'anatomia del cervello e quindi l'attività mentale degli esseri umani. In altre parole, ogni esperienza e ogni sostanza è più o meno acutamente psicoattiva»<sup>97</sup>. Dunque, la definizione sarebbe vuota.

Al di là dell'enfasi critica che in concreto la denota, l'osservazione suggerisce però un'inversione dell'ordine tipico del discorso gius-penalistico. Si tratta di una inversione forse controintuitiva per noi giuristi, abituati a cercare nella scienza un fondamento alla scelta di criminalizzazione, e tuttavia sempre meno infrequente negli ambienti scientifici, consapevoli invece della complessità e relatività dei loro studi.

Un'inversione che infatti conduce l'autore succitato a concludere che è - ma noi aggiungiamo: deve essere - il diritto a decidere convenzionalmente che cosa è droga, non potendolo fare la scienza.

Quel che vogliamo dire è che, a meno di immaginare un Eden popolato da sole persone adulte, responsabili e che vivono in contesti economico-socio-familiari ottimali, quindi in grado di autodeterminarsi in modo affatto libero da proibizioni, una qualche forma di controllo e di repressione in tema di droghe sarà pur sempre necessaria, in tutti *i mondi possibili*.

Se è così, però, il fatto che la scienza non riesca a definire che cosa si intende per "droga" legittimerebbe una surroga del legislatore ed avallerebbe quindi una nozione almeno parzialmente legale di droga. E ciò, a ben vedere, potrebbe assorbire - forse superare - molte censure di irragionevolezza sollevate nei confronti dell'assetto positivo di tutela<sup>98</sup>.

La verità è appunto che la definizione dell'OMS è il massimo della precisione realizzabile, e noi l'abbiamo provocatoriamente richiamata appunto per evidenziare come le sostanze stupefacenti (a differenza dell'alcool e del tabacco) rappresentino un universo ontologicamente molto variegato, che sfugge a definizioni se non generalissime.

---

<sup>97</sup> S. Canali, *Cos'è una droga? Una impossibile definizione tra scienza ed etica*, in *Psicoattivo* (on-line), 21 marzo 2016.

<sup>98</sup> La dottrina penalistica dominante è invece critica rispetto alla circostanza che il diritto arbitrariamente fissi una nozione di sostanza stupefacente, sulla base di «valutazioni culturali legate alla tradizione, ai costumi, a condizionamenti socio-economici». C. Ruga Riva, *Stupefacenti e doping*, cit., 176.

Le droghe, in sintesi *sono tante*, di vario genere, al punto che il legislatore, molto presto, ha dovuto adottare un sistema tabellare, esternalizzandone la individuazione (si è avvalso di tale sistema anche in tempi in cui questa tecnica normativa era contrastata da una lettura “forte” dei principi costituzionali, primi tra questo la riserva di legge).

Le droghe *cambiano in continuazione*. In proposito, valga richiamare la discussione, attuale, sul *fentanyl*, potente analgesico che appartiene alla famiglia degli oppioidi sintetici (100 volte più potente della morfina) e alla classe delle 4-anilidopiperidine, che provoca dipendenza, con la conseguente alto rischio di assunzione di quantitativi crescenti (da tempo tale sostanza è sotto accusa negli Stati Uniti per il fatto di aver provocato un elevato numero di morti da *overdose*).

Le droghe *producono effetti* tra loro anche molto *diversi*.

Le droghe si indirizzano a *differenti “tipologie” di fruitori* (che vanno da persone con reali disagi esistenziali ai c.d. *yuppies* delle “società bene”), per cui - ebbene sì - anche (ma non solo) la tipologia di autore contribuisce a colorare il significato criminologico del fatto.

Le droghe inducono tali differenti tipologie di individui a comportamenti che hanno un significato sociale molto diverso tra loro.

Più di tante parole valga un aneddoto che Flick ha riferito in varie sedi<sup>99</sup>.

Tre uomini, rispettivamente sotto effetto di alcool, di oppio e di hashish, «giunsero di notte avanti alle porte chiuse di una città. Colui che aveva preso l'alcool gridò adirato: lasciatemi rompere le porte; io posso farlo facilmente con la mia spada! Oh no, disse colui che aveva preso l'oppio; noi possiamo restar fuori fino a domani mattina, riposare ed entrare quando le porte verranno aperte. Che sono tutte queste chiacchiere - disse quello che aveva preso l'hashish - è meglio entrare attraverso il buco della serratura, perché noi possiamo diventare abbastanza piccoli per poterlo fare!»

E, oggi, altri aneddoti dovrebbero immaginarsi con riferimento ai vari sotto-tipi di ciascuna droga.

Eguualmente, gli attori delle vicende in tema di stupefacenti possono muoversi su diversi palcoscenici criminologici o non averne alcuno.

L'uso di droga è suscettibile di produrre effetti diversi o può non produrre alcun effetto sul piano della salute e comportamentale sociale, poiché, a rigore, si potrebbe/dovrebbe discernere in base alla “variabilità individuale”. Come più volte ripetuto, gli effetti della droga possono infatti diversificarsi in relazione a quella che fino a poco tempo si sarebbe detta la “struttura di personalità” individuale. E, se tutto ciò non bastasse, un altro elemento di complicazione del discorso è infine rappresentato dall'opinabilità dei dati scientifici disponibili sulla diffusione del

---

<sup>99</sup> ... a partire dalla sua monografia G.M. Flick, *Droga e legge penale*, Milano 1979, 98 ss.

fenomeno e sull'uso dei vari tipi di sostanze stupefacenti e psicotrope: dati inquinati dal problema della cifra oscura; dati che, anche in mancanza di questo problema, risentirebbero probabilmente dell'estrema fluidità del fenomeno, caratterizzato dal continuo ingresso, sul mercato, di sempre nuove sostanze.

5.2. - Se è così, l'etichetta "sostanze psicotrope e stupefacenti" si rivela decisamente sovra-inclusiva, perché comprende oggetti non riducibili ad un *unicum* concettuale e criminologico, e il suo uso è fuorviante, poiché evoca un fenomeno conchiuso che tale non è.

Di conseguenza, andrebbe attentamente valutata l'ipotesi che non sia possibile affermare di ciascuna delle argomentazioni prima prospettate, plurime e non convergenti, se sia giusta o sbagliata, e nemmeno convincente o non convincente *in toto*. Piuttosto, ciascun'argomentazione potrebbe essere o meno condivisibile, a seconda del *frammento* di fenomeno che cade di volta in volta sotto la lente dell'osservatore.

Come già accennato, non si pone quindi (sol-)tanto un problema di precomprensione soggettiva. E' innegabile che la percezione della pericolosità dell'uso di molte sostanze sia influenzata dalla sensibilità dell'osservatore. Si è soliti per esempio notare che gli artisti inclinano nel celebrare nelle capacità stupefacenti o psicotrope delle droghe uno strumento di stimolo della creatività o di fuga da una realtà vissuta come prosaica o dolorosa<sup>100</sup>; gli scienziati, portatori di una visione dominata da valori in un certo senso contrapposti, quali abnegazione e metodo, sarebbero al contrario più propensi a denunciare gli effetti a medio e lungo termine dell'uso della droga e, quanto all'immediato, la dipendenza che tale uso può indurre.

Tuttavia, la difficoltà che il legislatore incontra nel dettare una disciplina coerente o anche solo *stabile* nel tempo (senza cioè continuamente oscillare tra "proibizionismo" ed "assistenzialismo") potrebbe essere oggettiva e non rappresentare la mera conseguenza della sua inettitudine o, peggio, della sua mala fede.

Va cioè presa in considerazione l'ipotesi che tale difficoltà derivi dall'inadeguatezza intrinseca dello strumento di disciplina penale, in alcuni casi irrinunciabile, ma nel contempo incapace di cogliere le infinite sfaccettature di un fenomeno vario e frastagliato; in molti punti, sommerso e comunque chiaroscurale.

Non potendo nemmeno vagheggiarsi una disciplina differenziata per ogni possibile tipologia di situazione; scartata cioè, in quanto utopistica e irrealizzabile, l'aspettativa di veder tipizzate su carta le infinite variabili dell'universo droga, nel

---

<sup>100</sup> Seppure con toni diversi, vd. Lou Reed, *Heroin*, 1964; Rolling Stones, *Brown Sugar*, 1971, e *Sister Morphine*, 1971; Henry Clapton, *Cocaine*, 1976. Il nostro De Andrè, *Il cantico dei drogati*, 1968, invece cantava: "Ho licenziato Dio, Gettato via un amore, Per costruirmi il vuoto, Nell'anima e nel cuore".



mondo reale si tratta, modestamente, di scegliere tra diversi gradi di (comunque) parziale tipizzazione.

I legislatori - nazionali e sovranazionali - possono confrontarsi soltanto con l'opzione tra un modello di legislazione più o meno unitaria e generalizzante, ma per questa ragione poco rispettoso delle peculiarità fattuali, e un modello di legislazione invece più calibrato sulle specificità delle differenti situazioni, ma per ciò stesso frammentato, lacunoso e quindi probabilmente ancor meno gestibile a livello giudiziario.

L'opportunità di optare per il primo è, a detta dei più, necessaria al buon funzionamento del diritto penale e non merita di essere richiamata. Ma a tale paradigma non può chiedersi ciò che non è in grado di offrire, ed occorre riconoscere che il rozzo arnese penalistico, se non vuole perdere quel che resta della sua credibilità e, soprattutto, della sua "calcolabilità", può soltanto tagliare a fette grosse e imprecise la realtà dell'universo-droghe. Per di più - l'aspetto è correlato -, essendo la materia complessa, a nostro avviso, l'imponderabilità delle sue conseguenze giustifica a nostro avviso una - purché moderata! - anticipazione della sfera di intervento legislativo.

Ebbene, tagliare questa realtà a fette grosse (condotte estroflesse vs. condotte introflesse) e per questo imprecise<sup>101</sup> è quello che ha fatto anche il nostro legislatore, quando ha cercato un compromesso (a seconda dei momenti storici più o meno appagante) tra le esigenze di coerenza, in alcuni passaggi senz'altro disattese, e la (parziale, ovviamente) efficienza nel contrasto ad un fenomeno alcune delle cui punte, a torto o a ragione (potrebbe non essere possibile dirlo!), avverte come particolarmente pericolose<sup>102</sup>. E anticipare la soglia di intervento è sempre quanto il nostro legislatore ha fatto costruendo fattispecie dall'indistinta e ambivalente oggettività giuridica, che la dottrina ha giustamente ascritto all'area del pericolo indiretto o (molto) astratto.

Se tuttavia, come si è appena osservato, trattare situazioni profondamente diverse in modo unitario dal punto di vista giuridico risponde a un'esigenza di semplificazione almeno entro certi limiti inevitabile e consustanziale alle caratteristiche del diritto penale classico, allora, si devono accettare anche i difetti di tale scelta.

---

<sup>101</sup> Tra gli altri, lamenta l'equiparazione nell'art. 73 T.U. stup. di condotte dall'offensività molto diversa, A. Gaboardi, *La disciplina penale* cit., 113.

<sup>102</sup> Diverso e molto più severo il giudizio di una dottrina, che addebita all'incuria del legislatore il *deficit* di tassatività delle disposizioni in materia di detenzione ad uso personale e la conseguente sovra-esposizione nella prassi del "fatto lieve". Per tutti, F. Donelli, *Circostanze del reato e "tipicità negata" nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *RIDPP*, 2016, 1879 ss., che addebita i problemi all'inadeguatezza della formulazione testuale dei precetti legislativi.

**6.1.** - Specularmente, come peraltro accade sempre più spesso, diviene necessario acconsentire una certa flessibilizzazione del modello e pagare quindi un prezzo alla “calcolabilità” del diritto, rassegnandoci a che sia il giudice a svolgere, in tema di droghe, la vera funzione di “selezione” del penalmente rilevante.

Insomma, come abbiamo cercato di dimostrare, il raggiungimento di un punto di equilibrio da parte della giurisprudenza ci pare un risultato da non disprezzare.

Ovviamente non è dato sapere da che cosa tale equilibrio dipenda. Se sia cioè conseguenza della pietosa comprensione del dramma umano e dell'emarginazione sociale che tante volte si celano dietro il ricorso a strumenti di evasione dalla realtà. Oppure se discenda da più prosaiche (ma fortemente avvertite dalla classe giudicante) esigenze di deflazione del carico giudiziario e degli istituti penitenziari. Ovvero ancora, se al conseguimento di tale risultato concorra la possibilità, qui più evidente che altrove, di entrare nelle pieghe del fatto e di conoscerne meglio le caratteristiche, in modo da conformarvi il giudizio.

A noi piace propendere per quest'ultima ipotesi. Ci sembra cioè non irragionevole assumere che i giudici godano di un punto di osservazione privilegiato, poiché vicino alla vicenda di vita e quindi alle sue specificità. E che, per questo, siano gli unici in grado di comprendere davvero il contesto e poi il significato dei singoli comportamenti.

Banalmente, è il giudice - e non il legislatore - a trovarsi nella posizione di riconoscere la reale dimensione criminologica del fatto; a poter apprezzare le caratteristiche della vicenda concreta al cui interno entrerà - si noti - inevitabilmente anche la valutazione della persona.

E' quindi il giudice che può meglio conformare il diritto al fatto.

Orbene, è questo esito, complessivamente raggiunto dalla sinergia legislatore/giurisprudenza, un risultato disprezzabile?

Visto con le lenti del teorico del diritto, senza dubbio sì: il sistema si appalesa senza dubbio farraginoso, poco tassativo se non, in alcuni punti, irrazionale.

Inforcando però le lenti del pragmatismo, ci sembra di poter affermare che le deleghe in bianco (o quasi in bianco) conferite dal legislatore alla giurisprudenza e quelle che la giurisprudenza si è arrogata da sola siano state usate - in linea di massima e nell'insieme - con una certa non disprezzabile sapienza.

Sotto il primo profilo (delega in bianco conferita dal legislatore alla giurisprudenza), si pensi al «fatto lieve» (comma 5 dell'art. 73 d.P.R. 309/1990) che evidentemente non rende un buon servizio alla tassatività/determinatezza della fattispecie (avendo dato la stura a varie letture), ma che, d'altro canto, interpreta le ragioni dell'irriducibile, crescente diversificazione del fenomeno sul piano empirico-criminologico.

Sotto il secondo profilo, si pensi, tra i temi già richiamati, alle aperture, per il resto alquanto insolite, da parte dei giudici (costituzionali e ordinari), verso l'offensività in concreto in tema di produzione/fabbricazione ecc. di sostanze stupefacenti (v. parte I).

Di fatto, accanto a fattispecie penali di lotta al nemico si sono nel tempo create delle valvole di decompressione, suscettibili di attenuare la risposta penale in situazioni meno gravi e, in altri casi, di eluderla; per altro verso, la giurisprudenza, pur riconoscendo la necessità di decisioni caso per caso – o forse proprio per questo – sta riuscendo nell'impresa di dar vita a tipologie casistiche dal valore orientativo. E, stante l'irriducibile varietà del “macrocosmo sostanza stupefacenti”, il risultato, pur tra scossoni legislativi, supplenze della Corte costituzionale e “benevolenze” giudiziarie, ci sembra - rispetto agli altri realisticamente prospettabili - il migliore conseguibile<sup>103</sup>. Molto di più, dal nostro vecchio sistema penale, sarebbe incongruo attendersi.

---

<sup>103</sup> Si tratta di opinione non condivisa dalla dottrina dominante. Una valutazione diversa è per esempio espressa da E. Mazzanti, *L'insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici*, in *DPenCont* 2018, 178 ss.