

GIUSEPPE AMARELLI

**Le recenti prospettive di riforma della disciplina
degli stupefacenti (d.d.l. c.d.m. 13 novembre 2003):
profili di politica criminale**

Estratto da:

CRITICA

DEL

DIRITTO

Rassegna di dottrina
giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria

N. 1-2-3, Gennaio - Settembre 2004

Edizioni Scientifiche Italiane



Le recenti prospettive di riforma della disciplina degli stupefacenti (d.d.l. c.d.m. 13 novembre 2003): profili di politica criminale

Giuseppe Amarelli

Sommario: 1. LE PERIODICHE OSCILLAZIONI DELLE OPZIONI POLITICO-CRIMINALI NEL SETTORE DELLE SOSTANZE STUPEFACENTI. – 2. IL RECENTE PROGETTO DI RIFORMA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI DROGA: IL D.D.L. C.D.M. 13 NOVEMBRE 2003. – 3. L'AMBIGUITÀ DELLE PROPOSTE DI RIFORMA. – 4. L'EQUIPARAZIONE DELLE COMUNITÀ TERAPEUTICHE AI SER.T.: UNA SCELTA POCO FELICE.

1. LE PERIODICHE OSCILLAZIONI DELLE OPZIONI POLITICO-CRIMINALI NEL SETTORE DELLE SOSTANZE STUPEFACENTI

La materia dei rapporti tra il diritto penale e l'uso e lo spaccio di sostanze stupefacenti rappresenta tradizionalmente uno dei campi in cui le diverse convinzioni ideologiche degli schieramenti politici, che più o meno costantemente si alternano al governo del nostro Paese¹, conducono "l'attore sociale Stato" a scelte politico-criminali diametralmente opposte². Le opinioni giuridiche in argomento, infatti, sia repressive-sociali che libertarie-individuali, sono «tutte intrise di *precomprensioni* di ordine non propriamente giuridico», dal momento che si fondano prevalentemente «su ragionamenti di tipo morale, etico, politico e comunque metagiuridico»³.

Di più. La natura politica di queste soluzioni normative è tale che si può affermare che questo settore costituisca uno di quegli ambiti del mondo giuridico in cui il diritto tende ad essere «fagocitato dalla politica perdendo ogni forza di legittimazione, e rendendosi malleabile a calcoli di utilità e potere, finendo per venirne risucchiato»⁴. Ed un sistema giuridico, come rileva puntualmente Habermas, perde la sua autonomia e la sua funzione di stabilizzazione normativa delle generalizzate aspettative di comportamento, nel momento in cui non è più capace di «autoregolarsi in maniera riflessiva e di delimitarsi nei confronti della morale e della politica»⁵.

Questa permeabilità sotto il profilo etico-politico del 'problema giuridico droga' ha fatto sì che in materia si sia assistito, e si continui ad assistere, a



LA RIFORMA CONTINUA

ciclici cambiamenti delle strategie legislative di intervento⁶: gli estremi entro cui ha oscillato, ed ancora oscilla, il pendolo della politica criminale in questo ambito sono, da un lato, la propensione (esasperatamente) liberista di matrice laica alla legalizzazione dell'uso, della somministrazione controllata ed anche della vendita quanto meno delle 'droghe leggere', se non addirittura di quelle 'pesanti'⁷, dall'altro, la tendenza proibizionista di ispirazione etico-religiosa ad una indistinta incriminazione di qualsiasi condotta, non solo di spaccio, bensì anche di utilizzo e detenzione personale, di ogni tipo di sostanze stupefacenti.

Più precisamente, a causa di tale difformità di vedute, nella sola ed ancora breve storia repubblicana, si sono susseguite periodicamente, a partire dalla metà degli anni Cinquanta, riforme legislative volte a reprimere non solo lo spaccio, ma anche il mero uso personale, e riforme volte, invece, quanto meno, a depenalizzare quest'ultima condotta⁸.

Con la legge 22 ottobre 1954, n. 1041, *Disciplina della produzione, del commercio e dell'impiego degli stupefacenti*, il legislatore, ancora fortemente condizionato dalle valutazioni politico-criminali del codice penale del 1930, che considerava – come si evince a chiare lettere dai Lavori preparatori del codice penale⁹ – l'abuso di droghe (non come una condotta penalmente rilevante ma) come un dannoso vizio da ostacolare, ha così optato per incriminare ogni condotta connessa alla droga: dallo spaccio su larga scala, alla detenzione ed all'uso di modiche quantità (art. 6, commi 4° e 5°)¹⁰.

Nel 1975, invece, con la legge 22 dicembre n. 685¹¹, nel solco degli spiragli aperti da alcune pronunce della Corte costituzionale¹², e sotto la spinta dei movimenti libertari del Sessantotto, il legislatore ha invertito la rotta ed ha rinunciato ad una repressione a tappeto di ogni condotta connessa al 'circuitto droga', ritenendo penalmente irrilevanti la detenzione e l'uso personale di modesti quantitativi (art. 80).

Successivamente, con la legge 26 giugno 1990, n. 162 (c.d. legge Jervolino-Vassalli)¹³, in seguito al prospettarsi di un rinnovato allarme sociale (anche a livello internazionale¹⁴) per il problema droga ed alla riemersione nell'opinione pubblica di un "bisogno emotivo di pena" nei confronti di tale fenomeno deviante, è tornato ancora sui suoi passi, cambiando nuovamente orientamento sul punto, e – recuperando in una norma *minus quam perfecta*, l'art. 72, 1° co., l'assunto secondo cui "drogarsi è illecito"¹⁵ – ha reintrodotta la criminalizzazione del mero uso di sostanze stupefacenti (artt. 73 e 76)¹⁶.

Solo tre anni dopo, però, tale disciplina ispirata a criteri rigoristici – che era poi confluita nel testo unico delle leggi in materia di disciplina di sostanze



stupefacenti e di sostanze psicotrope, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – è stata sottoposta ad una ennesima modifica di segno opposto¹⁷.

Tacciata, infatti, di essere una “norma manifesto” dotata di valenza puramente simbolica¹⁸, non preposta alla tutela di alcun bene giuridico di rilevanza costituzionale, bensì destinata ad adempiere, in qualità di mera “norma limite” della libertà dei singoli, una funzione puramente promozionale e propulsiva del comportamento sociale dei destinatari¹⁹, la fattispecie che incriminava l’uso personale di sostanze stupefacenti al di sopra della dose media giornaliera è stata abrogata nel 1993 attraverso una consultazione referendaria.

Più precisamente, l’esito positivo del referendum abrogativo del 16 aprile 1993, recepito poi integralmente nel D.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, ha determinato la depenalizzazione di tale condotta²⁰, ma non, si badi, la sua assoluta liberalizzazione, essendo ancora prevista la possibilità di sottoporla a sanzioni con l’inflizione di misure di natura amministrativa (art. 75)²¹.

Nell’ultimo decennio, invece, il legislatore nazionale, probabilmente nella consapevolezza che solo una strategia unitaria a livello comunitario (o, meglio ancora, a livello più latamente internazionale) possa essere in grado di affrontare in maniera efficace il fenomeno droga, assunto ormai a dimensioni globali, ha arrestato la sua frenetica attività in attesa di indicazioni promananti da organismi sovranazionali²².

Queste, però, tardano ancora oggi ad arrivare ed il processo di armonizzazione legislativa, già avviato in altri campi²³, stenta a decollare, continuando a persistere significative differenze nell’approccio al tema già all’interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell’UE. Nelle more, la nostra disciplina ha continuato ad evolversi non lungo gli itinerari canonici delle fonti del diritto penale, bensì attraverso la costante attività della giurisprudenza, soprattutto quella di legittimità, anche a Sezioni unite, che si è surrogata al legislatore, alimentando il c.d. fenomeno della *legalità in action* e contribuendo a definire l’altrimenti incerta area del *Tatbestand* di queste fattispecie, connotata con alcune locuzioni decisamente non univoche dal punto di vista semantico²⁴.

Pur rimanendo invariate le prescrizioni normative, secondo gli schemi della *judge-made law*, sono stati, infatti, ritagliati, da pronunce giurisprudenziali a cui si tende a riconoscere quasi il valore di *binding precedents*²⁵, sempre più ampi margini di liceità alle condotte connesse con il ‘ciclo droga’, attraverso una nuova definizione, garantista, per via interpretativa, dei confini della loro tipicità.

In particolare, le Sezioni unite della Suprema Corte nel 1997 (e la quasi unanime giurisprudenza successiva), pronunciandosi sulla controversa ipotesi della rilevanza penale del c.d. «uso di gruppo» di sostanze stupefacenti, hanno



LA RIFORMA CONTINUA

ravvisato il semplice illecito amministrativo di cui all'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990, e non il reato di cui all'art. 73 del medesimo D.P.R., sia nel caso di acquisto contestuale di sostanza stupefacente per uso personale da parte di tutti gli appartenenti ad un gruppo, sia in quello in cui solo alcuni dei componenti del gruppo acquistino la sostanza per conto degli altri e poi procedano alla materiale suddivisione²⁶.

Inoltre, tramite altre pronunce della Corte di Cassazione è stato ulteriormente precisato, ampliando ancor di più l'ambito delle ipotesi di acquisto e cessione di droga penalmente irrilevanti, che la condotta dell'acquisto per il gruppo integra un illecito amministrativo anche qualora manchi un espresso mandato ad acquistare da parte degli altri appartenenti al gruppo, o la previa colletta del denaro²⁷.

Infine, ricorrendo alla figura del reato impossibile di cui all'art. 49, 2° comma c.p., si sono aperti spiragli nella giurisprudenza di merito e di legittimità anche sulla non sanzionabilità, con misure *stricto sensu* penali, della coltivazione 'domestica' di droga finalizzata al solo uso personale del coltivatore²⁸.

Questa continua, sia pur non univoca, rimodulazione giurisprudenziale *in melius* del precetto che incrimina lo spaccio e la coltivazione di sostanze stupefacenti 'leggere', oltre a testimoniare lo scarso allarme sociale che tale pratica oramai desta (a causa della sua larghissima diffusione, soprattutto, nella fascia di età adolescenziale), avrebbe anche dovuto lasciar presagire un nuovo intervento normativo in materia, orientato verso una esplicita liberalizzazione di alcune delle predette condotte.

Invece, il legislatore della fine degli anni Novanta e dell'inizio del Duemila è rimasto inerte davanti a tali indicazioni provenienti dalla prassi giudiziaria, o perché pago dei contributi da essa apportati, o perché in attesa, come si accennava, di indicazioni di rango sovranazionale, o forse, più probabilmente, perché timoroso di intervenire in un settore così esposto ai critici giudizi dell'opinione pubblica e dei *mass-media*. Fatto sta che non si è avuto alcun intervento normativo diretto a chiarire i problemi della rilevanza penale sia dell'uso di gruppo che della coltivazione domestica per uso personale di droghe leggere.

2. IL RECENTE PROGETTO DI RIFORMA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI DROGA: IL D.D.L. C.D.M. 13 NOVEMBRE 2003

Questo lungo periodo di quiete legislativa nel "settore droga" è stato, però, interrotto proprio di recente, quando in seguito all'alternarsi al governo di coa-



lizioni politiche differentemente orientate, si è inevitabilmente riaperto il ciclico dibattito sulla strategia di intervento più opportuna da adottare in materia.

In realtà, nel contesto odierno, ad alimentare l'esigenza di un cambiamento dell'attuale disciplina ha contribuito in maniera determinante anche il progressivo ed inarrestabile aumento della microcriminalità, o quanto meno della sua percezione a livello sociale: l'incapacità di applicare le norme penali poste a tutela dei beni giuridici aggrediti dalla *Alltagskriminalität*, unitamente alla stretta correlazione che si riscontra tra questa ed il problema della tossicodipendenza, ha finito con il far ritenere quale soluzione ideale del problema quella di sanzionare penalmente l'uso di droghe, nella convinzione (tutt'altro che dimostrata o dimostrabile scientificamente) che l'eliminazione della tossicodipendenza possa condurre all'eliminazione (o quanto meno ad una drastica riduzione) della microcriminalità²⁹.

Così, su queste basi, il 13 novembre 2003 il Consiglio dei Ministri, su proposta del Vicepresidente del Consiglio Fini, ha approvato un disegno di legge volto ad innovare in maniera significativa il testo unico n. 309/90 sulle sostanze stupefacenti³⁰.

Le novità salienti del progetto di legge in parola possono essere così sinteticamente riassunte: reintroduzione della rilevanza penale delle condotte di uso e detenzione di sostanze stupefacenti al di sopra di una determinata quantità stabilita da tabelle ministeriali (art. 72)³¹; superamento della distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, se non addirittura paradossale valutazione *mitior* per queste ultime (il nuovo testo dell'art. 73, infatti, non prevede più cornici edittali distinte per le condotte illecite aventi ad oggetto le droghe pesanti e quelle leggere, come gli attuali commi 1° e 4° dell'art. 73 del t.u. 309/90, e fissa a livelli più elevati i quantitativi tollerati delle prime rispetto alle seconde); inasprimento della risposta punitiva, con l'introduzione di sanzioni penali che variano da uno a sei anni di reclusione anche per le ipotesi meno gravi e con l'aumento delle pene pecuniarie da infliggere congiuntamente alle pene detentive³²; previsione di modalità alternative di conclusione del processo penale nei casi di minore gravità in cui non può concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena. In particolare, applicazione al tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti della sanzione del lavoro di pubblica utilità, secondo quanto già previsto nella normativa sulla competenza penale del giudice di pace. In deroga però a quanto disposto dall'articolo 54 del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata (art. 73, comma 5 *bis*)³³; ampliamento dei presupposti per accedere ai benefici carcerari quali la (at-



LA RIFORMA CONTINUA.

tualmente poco utilizzata) sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 90³⁴) e la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali in casi particolari (art. 94³⁵); equiparazione a tutti gli effetti delle strutture sanitarie private svolgenti attività terapeutiche-riabilitative per tossicodipendenti ai servizi sanitari pubblici (artt. 113-116).

Da una prima osservazione a caldo dei tratti più significativi del testo del progetto di riforma in questione, si può ricavare la conclusione che esso si muove lungo tre diverse linee politico-criminali, tra loro, in parte, apertamente contrastanti.

Una di tipo proibizionista, cui sono riconducibili le scelte principali e più 'visibili', quale la reintroduzione della rilevanza penale delle condotte di uso e detenzione di sostanze stupefacenti al di sopra di una determinata quantità.

Un'altra di segno diverso, diretta all'ampliamento di tutti gli istituti che consentono ai tossicodipendenti autori di reato di evitare l'effettiva inflizione o esecuzione delle severe pene detentive minacciate a livello editale.

Ed una terza, frutto della tendenza a ridurre sempre più i compiti di uno stato sociale di diritto, diretta a consentire una gestione interamente privata del tossicodipendente da parte delle comunità terapeutiche, svincolata dai controlli dei Ser.T. Ad essa sono attribuibili quelle norme volte a conferire a tali enti il potere di valutare lo stato di tossicodipendenza del drogato, di somministrare il metadone, di gestire le richieste di accesso ai benefici carcerari.

3. L'AMBIGUITÀ DELLE PROPOSTE DI RIFORMA

Ben si comprende allora che il d.d.l. appena varato presta il fianco a diversi ordini di obiezioni ed appare, dunque, auspicabile in sede di verifica parlamentare una sua radicale revisione.

Innanzitutto, per quanto concerne la prima delle linee portanti del disegno di legge (quella da cui sono scaturite le nuove soluzioni repressive), la considerazione preliminare da fare è quella tanto ovvia, quanto fondata, che se «la miglior politica criminale è costituita da una buona politica sociale»³⁶, la svolta proibizionista-incriminatrice sembra decisamente non annoverabile in quest'ultima categoria. Anzi essa segna un passo indietro in un settore in cui l'utopia del superamento (o quanto meno della riduzione dell'area di intervento) del diritto penale aveva lentamente iniziato a delinearsi, sulla base di un dato di non poco momento, relativo all'assenza di un bene giuridico di rango costituzionale meritevole di tutela.



Sicuramente più auspicabile sarebbe stato, invece, l'allestimento di una politica di intervento sociale di tipo preventivo volta a contrastare alla radice le cause del fenomeno in questione, o quanto meno, a ridurre il danno, anziché preoccuparsi di combatterne in maniera inefficace i sintomi³⁷.

La reintroduzione della rilevanza penale dell'uso delle sostanze stupefacenti al di sopra della quantità fissata dalle tabelle ministeriali e la punibilità con una reclusione che va da un anno a sei anni unitamente ad una multa che va da 3.000 a 26.000 euro, si muove, infatti, in aperto contrasto con l'aspirazione teorica ad un diritto penale minimo³⁸, ed ad un utilizzo della sanzione penale come ultima ed amara necessità inevitabile³⁹ in ossequio al principio dell'*extrema ratio*⁴⁰.

Va però detto che, pur non potendosi condividere la *ratio* ispiratrice del d.d.l., risulta apprezzabile l'introduzione nell'art. 73, 5° co. di un trattamento sanzionatorio espressamente differenziato tra il consumatore ed il piccolo spacciatore da un lato e lo spacciatore di stupefacenti su larga scala ed i narcotrafficanti organizzati dall'altro.

In ogni caso, questa opzione politico-criminale si pone in evidente antitesi anche con le più concrete ed immediate esigenze di una sensibile deflazione dei carichi di lavoro dell'autorità giudiziaria penale, e del recupero del rispetto di quei principi di celerità e buon andamento del procedimento penale troppo spesso trascurati.

Per di più, la reintroduzione della rilevanza penale dell'uso personale delle sostanze stupefacenti – l'ennesima riproposizione del giudizio che "drogarsi è illecito" – appare in dissonanza anche con le premesse di segno opposto tracciate dalla disciplina del testo unico n. 309/90 così come riformulata nel 1993, e dalle pronunce della Suprema Corte e della giurisprudenza di merito prima citate, risultando non in linea con il contesto sociale e giuridico odierno.

Tale distanza tra la norma penale e la realtà giuridica e sociale in cui dovrebbe essere calata una volta varata, potrebbe, a ben vedere, essere solo foriera di una sua scarsa o nulla effettività⁴¹, dal momento che, se dovesse trovare realmente applicazione, una moltitudine di adolescenti italiani rischierebbe di trovarsi sul banco degli imputati in un'aula giudiziaria (con gli annessi, e facilmente immaginabili, effetti di etichettamento negativo che per loro da ciò potrebbero scaturire) e tutti gli uffici giudiziari vedrebbero aumentare esponenzialmente il numero già troppo elevato di procedimenti penali pendenti finendo per rallentare, in modo inevitabile e deleterio, ulteriormente le loro attività.

Peraltro, per poter far fronte al numero elevatissimo dei destinatari della nuova incriminazione ed aspirare ad essere incisivo, tale progetto di legge



LA RIFORMA CONTINUA

avrebbe dovuto prevedere anche un adeguato stanziamento economico al fine di consentire un consistente incremento di organico sia del corpo giudiziario che di quello di polizia chiamati a confrontarsi quotidianamente con tale problema. Invece, come era già accaduto nel 1990, anche questa volta è mancata un'attenta valutazione dell'impatto di tale opzione incriminatrice «sull'unità sociale di funzioni di "giustizia penale"»⁴² ed è riemerso ancora una volta l'assurdo che in materia penale si può legiferare *sine cura* del problema della copertura economica necessaria per attuare in maniera effettiva le nuove disposizioni normative.

Senza tener conto che, ove mai dovesse essere approvata, una simile proposta di legge così fortemente connotata da valutazioni di tipo eticizzante, si compirebbero dei preoccupanti passi indietro in quel processo di laicizzazione del diritto penale che, almeno in materia di stupefacenti, sembrava avviato con successo da ormai oltre un decennio⁴³.

Inoltre, riprendendo una efficace immagine utilizzata da Baratta in un commento alla menzionata legge n. 162/1990, si può dire che lo Stato tornerebbe ad usare il proprio potere punitivo non più come potere di polizia, ma come potere 'pastorale', ponendosi quale guida pedagogica e disciplinare delle anime e dei corpi dei consociati, per guidarli nelle scelte riguardanti non il rispetto dei terzi o della collettività, bensì la propria salute o il proprio personale atteggiamento morale⁴⁴.

Ed ancora, va detto che la scelta di sanzionare penalmente l'uso personale di sostanze stupefacenti si espone ad un'ennesima censura da parte di chi muova da una prospettiva criminologica di indirizzo sociologico. Sotto questo profilo, si potrebbe recuperare quell'obiezione, mossa già ai tempi della legge del 1990, che una simile opzione sia il frutto della volontà del legislatore di creare consensi sul proprio operato attraverso provvedimenti che vanno a toccare i c.d. "nemici convenienti", quelle categorie di soggetti, cioè, quali i tossicodipendenti, ritenuti da una larga parte dei *mass media* una delle maggiori fonti di pericolo per la tranquillità sociale⁴⁵.

Come se tutto ciò non bastasse, la soluzione politico-criminale in questione, se letta in correlazione sistematica con altre disposizioni del disegno di legge, finisce per esporsi alle critiche anche di chi sostiene l'esigenza di adottare una strategia di intervento nel settore droga di stampo simbolico/autoritario, caratterizzata da un dichiarato rigorismo repressivo.

Infatti, come si è rilevato già in precedenza, se da un lato si è ampliata notevolmente sulla carta l'area del penalmente rilevante delle condotte appartenenti al 'ciclo-droga', dall'altro, si è però estesa contestualmente la possibilità



di utilizzare gli istituti alternativi al carcere: sicché risulta molto difficile (quasi impossibile) che nei confronti del tossicodipendente siano inflitte ed eseguite quelle rigide pene previste nella comminatoria edittale. Come dire, ciò che con una mano il legislatore cerca di scrivere, finisce per cancellarlo con l'altra.

Con una scelta politico-criminale che, lungi dal perseguire finalità special-preventive, alimenta il fenomeno della disgregazione del sistema sanzionatorio⁴⁶, ai sensi del d.d.l. sono, invero, molteplici le possibilità a disposizione del responsabile di tali reati per sottrarsi alle severe minacce di pena contenute nelle fattispecie.

In primo luogo, *ex art. 73, co. 6°*, nei confronti del tossicodipendente autore di reati di minore gravità, quando non si possa concedere la sospensione condizionale della pena, il giudice, su richiesta dell'imputato e sentito il p.m., può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, la pena del lavoro di pubblica utilità secondo le modalità previste dall'art. 54 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

In secondo luogo, se si esamina attentamente la nuova disciplina prevista per la concessione della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive e per la (ben più diffusa) misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova ai servizi sociali in casi particolari (rispettivamente contenute negli artt. 90 e 94 prima richiamati), ci si rende conto che sono stati ulteriormente (e forse eccessivamente) elevati i limiti di pena per accedere a tali benefici, passando da quattro a sei anni di reclusione. Si è ampliata, cioè, in maniera considerevole la sfera dei soggetti legittimati ad accedere a queste misure, fino a ricomprendervi, non solo tutti gli autori della nuova ipotesi di reato di cui si è già parlato, ma anche gli autori di reati non più di lieve o media gravità, come avviene oggi, bensì di notevole disvalore sociale i quali si trovino in stato di tossicodipendenza.

Inoltre, l'estensione delle possibilità di risoluzione alternativa rispetto all'inflizione ed all'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie minacciate, oltre ad evidenziare un deficit di razionalità tra le due diverse scelte, contribuirebbe ad appesantire ed ingolfare vieppiù il movimento della macchina della giustizia, a causa del considerevole aumento del numero degli aventi diritto a presentare la richiesta di accesso a tali benefici.

A ciò si deve aggiungere che l'ulteriore innalzamento a sei anni del livello di pena detentiva sostituibile con la misura alternativa di cui all'art. 94 t.u. n. 309/90, così come modificato dal d.d.l., implementerebbe quel processo di patologica divaricazione tra pena edittale, pena inflitta e pena eseguita a cui da tempo si sta già assistendo e che sta portando al collasso il nostro sistema penale⁴⁷. Un simile cambiamento dei presupposti per accedere a questa misura al-



LA RIFORMA CONTINUA

ternativa determinerebbe, infatti, la (quasi) impossibilità di applicare le severe pene minacciate, nonché uno stravolgimento della destinazione funzionale di questo istituto: nella fascia dei destinatari, come si è già accennato, finirebbero per rientrarvi, accanto agli emarginati sociali coinvolti in fatti di piccola-media criminalità, che si trovino in uno stato accertato di tossicodipendenza, anche gli autori di reati di rilevante gravità. La funzione special-preventiva di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi tradizionalmente attribuita a tale istituto giuridico, verrebbe sostituita dalla meno nobile esigenza di risolvere il sovraffollamento delle carceri con una forma incontrollata di grazia⁴⁸.

In buona sostanza si può concludere che, se il d.d.l. dovesse essere approvato senza sostanziali modifiche, il giro di vite contro l'abuso di sostanze stupefacenti finirebbe con il diventare un mero messaggio-manifesto affidato alla sola fase precettiva-edittale, dal momento che, alla resa dei conti, il tossicodipendente incriminato ai sensi del nuovo art. 73, comma 1° *bis* e 5° avrebbe a disposizione un ventaglio aperto di possibilità per non scontare la severa pena detentiva minacciata.

Tutto ciò sembra allora sintomatico o di una politica criminale deliberatamente simbolica ed ingannevole anche nei confronti dei suoi stessi sostenitori/beneficiari, volta ad appagare solo apparentemente le domande di pena provenienti da determinate cerchie sociali e non curante dei problemi di aggravio delle attività giurisdizionali che da ciò potrebbero derivare, oppure di una linea politica criminale sciatta e mal coordinata foriera di un sistema normativo privo di una coerenza e di una razionalità interna.

Sorge a questo punto un dubbio legittimo se sia più inopportuna la scelta antistorica e proibizionista di sanzionare penalmente l'uso personale di sostanze stupefacenti al di sopra di una determinata quantità indicata dalle tabelle ministeriali, ovvero l'ennesimo colpo assestato all'integrità ed alla credibilità del sistema sanzionatorio e la vanificazione delle esigenze di certezza del diritto e dell'applicazione della pena, derivante dalla introduzione di una nuova sanzione sostitutiva e dall'ulteriore ampliamento dei presupposti per accedere alle misure alternative alla detenzione per i soggetti tossicodipendenti.

4. L'EQUIPARAZIONE DELLE COMUNITÀ TERAPEUTICHE AI SER.T.: UNA SCELTA POCO FELICE

Infine, si ritiene opportuno annotare anche alcuni rilievi critici concernenti l'ultima delle linee di strategia legislativa cui prima si è fatto cenno: quella di-



retta all'equiparazione degli enti privati esercenti attività di recupero, ai servizi pubblici territoriali per i tossicodipendenti (i Ser.T.). Si tratta di un profilo che, sebbene sia messo inevitabilmente in ombra dalle più appariscenti scelte in precedenza menzionate, resta pur sempre di principale importanza.

Le innovazioni previste al riguardo sono, infatti, anch'esse di grande rilievo, anche perché si pongono in netta controtendenza rispetto alle precedenti risoluzioni legislative che hanno sempre ribadito l'esigenza in questo settore di un controllo pubblico sulle attività delle comunità private⁴⁹. Basti pensare che anche l'ultima modifica apportata nel 2001, con la l. 19 gennaio n. 4, all'art. 94 del t.u. 309/90 che disciplina l'affidamento in prova ai servizi sociali in casi particolari era volta a prevedere esplicitamente l'inammissibilità delle domande di accesso a tale misura redatte autonomamente da questi enti e prive, quindi, della certificazione da parte dei servizi sanitari nazionali dello stato di tossicodipendenza del condannato e della valutazione dell'idoneità, ai fini del suo recupero, del programma terapeutico da tali enti redatto.

Nel disegno di legge in questione è stata, invero, privilegiata la soluzione opposta rispetto a quella ora esposta ed è stata affermata la piena equiparazione degli enti privati esercenti attività riabilitative per tossicomani ai servizi sanitari pubblici, sottraendo così l'attività dei primi al controllo dei secondi⁵⁰.

A tale scopo sono state attribuite alle comunità terapeutiche funzioni che prima erano di competenza esclusiva del servizio sanitario nazionale; in particolare, esse potranno: *a*) beneficiare di finanziamenti pubblici stipulando convenzioni con le regioni e con il Ministero della Giustizia per il trattamento riabilitativo di tossicodipendenti residenti volontari, o autori di reato anche già *in vinculis* (artt. 113 e 116 d.d.l.); *b*) certificare autonomamente lo stato di dipendenza da droga dei tossicodipendenti che richiedono di accedere a benefici sanzionatori (artt. 91, 94, 96 e 116 d.d.l.); *c*) predisporre senza il controllo dei servizi pubblici il piano terapeutico (art. 120 d.d.l.); *d*) somministrare il metadone ai tossicomani residenti senza la previa autorizzazione del Ser.T. (art. 122 d.d.l.).

Appare evidente, sin da una prima lettura di queste disposizioni del disegno di legge, che il ruolo delle comunità terapeutiche private nel sistema sanzionatorio penale risulti in tal modo sensibilmente amplificato sia nei procedimenti per la concessione della misura alternativa alla detenzione (art. 94 d.d.l.) e della sospensione dell'esecuzione della pena (art. 91 d.d.l.), sia nella gestione dei detenuti tossicodipendenti all'interno del carcere (art. 96 d.d.l.). Svincolate dalle valutazioni dei soggetti pubblici controllori e concorrenti (i Ser.T.), e soprattutto dalla previa certificazione da parte di questi ultimi dello stato di tos-



LA RIFORMA CONTINUA

sidodipendenza del richiedente, le comunità potranno agevolare in modo considerevole l'accesso dei tossicodipendenti ai benefici alternativi al carcere⁵¹.

Una simile opzione legislativa, sebbene apparentemente sembri volta a risolvere il problema attuale del difetto di coordinamento tra gli enti privati ed i Ser.T. – causa delle frequenti difficoltà per i tossicomani autori di reato di intraprendere un programma terapeutico – si espone, però, a diverse critiche.

Innanzitutto, appare incongruo conferire eccessivi poteri (sia pure con le conseguenti gravose responsabilità) alle sole strutture riabilitative private, attribuendo loro l'onere dell'adempimento di tutte le attività necessarie alla concessione dei benefici alternativi al carcere prima menzionati, nonché alla loro esecuzione.

Le perplessità aumentano se si tiene conto che, come poc'anzi si è osservato, i limiti di pena per accedere a tali benefici sono stati ulteriormente (e forse eccessivamente) elevati: risulta evidente che, a queste condizioni, le comunità private avrebbero la possibilità di influire in maniera determinante sulla concessione dell'affidamento in prova o della sospensione dell'esecuzione di pene detentive non solo per i reati di lieve o medio disvalore sociale commessi dai tossicodipendenti, ma anche per quelli di maggiore gravità.

In secondo luogo, tale equiparazione tra le strutture private e quelle pubbliche, riduce il controllo dello Stato sui soggetti tossicodipendenti autori di reato (e dunque ora anche sui soli detentori di sostanze stupefacenti in quantità superiore a quella predeterminata *ex lege*) ad un controllo di tipo giurisdizionale, eliminando quello sanitario/amministrativo di tipo preventivo che, se svolto in maniera tempestiva ed attenta, diversamente da quanto avviene sovente oggi, appare invece ancora utile.

Inoltre, in tal modo si innesca il rischio, magari solo remoto, di possibili valutazioni parziali e non obiettive dello stato di tossicodipendenza del richiedente da parte dell'ente privato adito per lo svolgimento di un programma terapeutico.

Per di più, il riconoscimento di una piena discrezionalità alle strutture private nella valutazione del tossicodipendente e nella stesura del suo programma terapeutico, unitamente all'innalzamento dei limiti di pena per la concessione della misura alternativa alla detenzione, potrebbe finire con il determinare un aumento esponenziale del numero degli utenti delle comunità terapeutiche, a scapito delle esigenze di particolare cura, attenzione e personalizzazione che richiede il loro trattamento curativo-sanzionatorio.

Peraltro, non essendo stata prevista la creazione di strutture differenziate per il trattamento dei diversi tipi di utenti delle comunità, l'aumento del loro



numero porterebbe ad esasperare il problema della convivenza in un'unica sede di residenti volontari, tossicodipendenti/rei e, soprattutto, rei/tossicodipendenti, anche autori di illeciti penali di particolare gravità.

Tali problemi, dell'incremento del numero di utenti e della mancanza di strutture differenziate per il loro trattamento, molto probabilmente, potrebbero essere viepiù acuiti dalla scelta del d.d.l. di reintrodurre la rilevanza penale delle condotte di mera detenzione ed uso di sostanze stupefacenti. Per evitare il paradosso che a beneficiare delle alternative al carcere siano solo i tossicodipendenti autori di reato ed i rei/tossicodipendenti e non anche i semplici consumatori occasionali di droghe leggere, in relazione ai quali è più difficile (o forse impossibile) certificare lo stato di tossicodipendenza, dovranno essere ammessi anche questi ultimi (certamente molto numerosi, se la legge dovesse mai essere applicata) ai programmi terapeutici di recupero presso le comunità private: si possono facilmente immaginare tutte le conseguenze di sovraffollamento e di sovrapposizione di esigenze peculiari diverse che da ciò potrebbero scaturire.

Infine, nell'ambito di un d.d.l. che ridefinisce i compiti e le funzioni delle comunità terapeutiche ampliandoli in modo considerevole, risulta davvero poco comprensibile la mancata previsione di una specifica disciplina normativa finalizzata a definire in maniera puntuale e tassativa i limiti di liceità dei poteri attribuiti a tali enti ausiliari nei confronti dei propri residenti, siano essi residenti volontari o residenti autori di reato. Solo una simile precisazione normativa potrebbe, invero, risolvere in maniera definitiva il problema dell'utilizzabilità o meno da parte delle comunità di mezzi coattivi e restrittivi della libertà personale del tossicodipendente residente ed evitare il riproporsi di casi che tanti problemi hanno sollevato in giurisprudenza⁵².

In conclusione, le sintetiche osservazioni critiche ora espresse hanno l'intenzione di richiamare l'attenzione sui problemi giuridici sollevati dal d.d.l. in questione, e di mettere in evidenza come questo presenti sotto il profilo della politica criminale e della politica sociale troppi punti discutibili. Non va dimenticato che qualunque soluzione in materia, per potere essere condivisa e, dunque, per poter aspirare a svolgere un ruolo di stabilizzazione delle generalizzate aspettative di comportamento dei consociati⁵³, deve essere ossequiosa dei fondamentali principi costituzionali, nonché dei canoni che devono orientare le scelte legislative in ambito penale, e deve sottrarsi a contingenti influenze di tipo politico-elettoralistico o meramente etico⁵⁴. Solo così le opzioni politico-criminali (ricomprendendo in esse, si badi, anche quelle politico-sociali) possono aspirare realmente a svolgere una funzione di orientamento cul-



turale dei singoli ed a rispondere in maniera efficace alle pretese di certezza ed effettività del diritto, senza intaccare la coerenza e la razionalità interne del sistema sanzionatorio penale.

NOTE

¹ Nella materia della lotta alla droga è, infatti, tanto più vero quanto osserva S. MOCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, pag. 9, secondo il quale «il diritto penale è politica, e nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica». Sulle influenze esercitate dalle diverse convinzioni politiche, ideologiche e culturali sulla legislazione nel settore degli stupefacenti e sul rischio di sue possibili strumentalizzazioni sia in senso repressivo che libertario, cfr. G. M. FLICK, *Droga e legge penale*, Milano, 1979, pagg. 12 ss.; G. DI GENNARO-G. LA GRECA, *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie di contrasto*, Milano, 1999, pag. 30.

² Sulle dinamiche che orientano in entrata ed in uscita il consenso sociale nelle scelte di criminalizzazione, con particolare riferimento al problema dell'uso della droga, cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 898; F. PRINA, *Dalla repressione alla riduzione del danno. Mutamento e continuità nelle norme e nelle politiche in materia di droga*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, n. 2, pagg. 9 ss.; più in generale in argomento P. LASCUMES, *Gli attori e la legge penale. Pluralità di attori, pluralità di azioni nell'odierna formazione delle leggi*, ivi, 1992, n. 1, pagg. 27 ss.

³ Così V. B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata (La disciplina penale italiana sulla droga)*, in *Ind. pen.*, 2003, pag. 468.

⁴ Per ulteriori approfondimenti su questi profili si rinvia a J. HABERMAS, *Recht und Moral*, in *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, qui citato nella traduzione italiana a cura di L. Ceppa, *Morale, diritto, politica*, 2001, Torino, pag. 50.

⁵ Così si esprime J. HABERMAS, *Recht und Moral*, cit., in particolare pagg. 47, 63 e 76 nt. 8, quando parla di un pericolo di 'mediatizzazione' del diritto da parte della politica, alludendo con tale espressione – *Mediatisierung* – al rischio che il diritto «sia catturato e si metta a scorrere esclusivamente sul medium della politica che è al potere».

⁶ In tali termini si esprime A. MANNA, *Legislazione penale «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, pag. 218, il quale paragona il continuo cambiamento del diritto penale in materia di stupefacenti al «fenomeno della marea, che avanza o si ritrae a seconda delle oscillazioni».

⁷ Cfr. per una breve analisi critica delle proposte, *recte* degli auspici, in favore della depenalizzazione del consumo di droga, del superamento della scelta proibizionista e della messa in atto della politica di riduzione del danno attraverso la somministrazione controllata di droga a quei tossicodipendenti non raggiungibili da interventi riabilitativi, G. LA GRECA, *Polemiche poco informate sulla politica penale in tema di stupefacenti*, in *Foro it.*, 2000, II, pag. 244 s.

⁸ Per una ricostruzione delle differenti posizioni assunte dal legislatore sul problema droga dall'entrata in vigore del codice penale del 1930 sino agli anni Novanta si rinvia per



tutti ad E. FORTUNA, voce *Stupefacenti (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pag. 1188; G. MARINI, M. LA MONICA, L. MAZZA, S. RIONDATO, L. PISTORELLI, S. DINI, B. ROBERTI, *Sostanze stupefacenti, sostanze psicotrope, stati di tossicodipendenza*, Torino, 1990; M. RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990; ID., voce *Stupefacenti (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996; G. MARINI, *Note sulla rilevanza dell'«uso personale» di sostanze stupefacenti o psicotrope e della detenzione finalizzata a quest'ultimo*, in *Giur. Cost.*, 1992, pagg. 3551 ss.; nonché da ultimo V.B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata*, cit., pagg. 395 ss.

⁹ Nel codice penale, infatti, pur non essendo stata introdotta una fattispecie volta a sanzionare penalmente l'uso delle sostanze stupefacenti, emerge chiaramente la valutazione negativa del fenomeno tossicodipendenza quando si esaminano le norme in tema di imputabilità: se si eccettua il caso dell'intossicazione accidentale, il legislatore nelle altre ipotesi di assunzione dolosa o colposa, preordinata e abituale introduce delle finzioni giuridiche di imputabilità pur di perseguire penalmente chi ha commesso il fatto sotto gli effetti di sostanze stupefacenti. In particolare, per meglio comprendere quali fossero le convinzioni al riguardo dei compilatori del codice, si veda *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, *Relazione sul libro I del Progetto*, Roma, 1929, pag. 144, dove è affermato che «il grave fenomeno sociale dell'uso ed abuso degli stupefacenti, in tutte le classi e in tutte le età, ma specie nei giovani, promesse e speranze della Patria rinnovata dal Fascismo, doveva richiamare l'attenzione del legislatore ed indurlo a mettere il problema della lotta contro questa, che può ben dirsi una calamità sociale, allo stesso piano, sulla stessa linea della lotta contro l'alcolismo».

¹⁰ Cfr. sul punto T. DELOGU, *La problematica giuridica delle tossicomanie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pag. 506; L. STORTONI, voce *Stupefacenti (diritto penale)*, in *Nss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pag. 566.

¹¹ In argomento cfr. V. PATALANO, *La nuova disciplina degli stupefacenti (l. 22 dicembre 1975, n. 685) nei suoi profili penalistici e di politica criminale*, in *Riv. pen.*, 1977, pagg. 889 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale*, cit., pag. 5; P. SEMERARO, voce *Stupefacenti (diritto penale)*, in *Nss. dig. it., Appendice*, Torino, 1987, pag. 589; G. MARINI, *Note sulla rilevanza dell'«uso personale» di sostanze stupefacenti o psicotrope*, cit., pag. 3553.

¹² Cfr. per tutti la pronuncia della Corte costituzionale n. 9/1972, in *Giur. Cost.*, 1972, I, pagg. 27 ss. In argomento vedasi A. MANNA, *Legislazione penale «simbolica» e diritto penale*, cit., pag. 219.

¹³ Sul punto cfr. AA.VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. Bricola e G. Insolera, Padova, 1991; A. COLUCCIA-A. MARZI, *Le nuove linee di tendenza della politica criminale italiana in tema di sostanze stupefacenti*, in *Rass. it. crim.*, 1992, pagg. 449 ss. Per una lettura della genesi di questa disciplina normativa in termini più marcatamente politici vd. F. PRINA, *Dalla repressione alla riduzione del danno*, cit., pagg. 12 ss.

¹⁴ Vedi F. C. PALAZZO, *Dogmatica e empiria nella questione di costituzionalità della legge anti-droga*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 313, il quale, facendo riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite di Vienna del 20 dicembre 1988, affermava, più di dieci anni fa, che si ravvisava un vero e proprio trend internazionale orientato alla più intensa stigmatizzazione del fenomeno droga.

¹⁵ F.C., PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, Padova, 1993, pag. 89.

¹⁶ Per una critica all'utilizzo in questa circostanza della legislazione penale per il perseguimento di finalità promozionali di atteggiamenti conformistici, si veda per tutti F. BRI-



LA RIFORMA CONTINUA

COLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto penale e sistema premiale*, Milano, 1983, pag. 124; nonché D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, 1985, pagg. 31 ss.; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, *ivi*, pag. 165. In argomento cfr. nella dottrina tedesca per tutti, J. HABERMAS, *Recht und Moral*, cit., pag. 63 s.; nonché W. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975, p. 16, il quale rileva che una accentuazione della finalità propulsiva-promozionale del diritto penale rischia di trasformare quest'ultimo, da strumento giuridico di tutela di beni giuridici, in strumento di governo, soggetto ad eventuali e contingenti strumentalizzazioni politiche. Più ampiamente, sull'importanza di una politica criminale vincolata alla tutela dei soli beni giuridici di rilevanza costituzionale, e sulla necessità che il bene giuridico assolva una funzione critico-garantista si vedano per tutti F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pagg. 87 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 1, 1984, pagg. 104 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 345; si veda in tal senso anche A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in onore di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, pag. 94 s.

¹⁷ Sull'intervento referendario del 1993 cfr. tra gli altri V. B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata*, cit., pagg. 431 ss.

¹⁸ Sulla valenza simbolica della legislazione penale in materia di droga, ma anche sulla sua capacità di realizzare gli scopi di un diritto penale preventivo, si vedano le considerazioni formulate in relazione alla legge tedesca sul commercio di sostanze stupefacenti (BtMG) del 1982 da W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1986, pagg. 420 ss.

¹⁹ Esprimevano fondate perplessità in tal senso F. SGUBBI, *Il bene giuridico e la legge di riforma in materia di stupefacenti*, in AA.Vv., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, cit., pag. 65; A. MANNA, *L'attuale politica criminale sulla droga*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, n. 1, pagg. 99 ss.

²⁰ A. MANNA, *Gli effetti del referendum abrogativo sulla legislazione in materia di stupefacenti*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, n. 2, pagg. 52 ss.; G. SANTACROCE, *La legge antidroga tra referendum abrogativo e discrezionalità giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 1994, II, pagg. 251 ss.

²¹ Vd. a tal proposito R. ACQUAROLI, *La legislazione in materia di stupefacenti dopo il referendum abrogativo dell'Aprile 1993*, in *Crit. dir.*, 1994, pagg. 21 ss.; L. FIORAVANTI, *Dal referendum «sulla droga» del 1993 ad una nuova lettura della legge 26 giugno 1990, n. 162 (A margine di un documento interassociativo)*, in *Pol. dir.*, 1994, pagg. 113 ss.; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, cit., pag. 124; G. CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, in U. Curi e G. Palombarini, a cura di, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, pagg. 53 ss.

²² Rileva la mancanza di efficaci tentativi di avviare un processo di armonizzazione comunitaria (se non internazionale) degli interventi sia preventivi che repressivi in materia di droga V. B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata*, cit., pag. 458. Un primo timido passo è rappresentato da una Proposta di Decisione quadro del Consiglio d'Europa presentata alla Commissione il 23 maggio 2001, finalizzata a rendere lecite tutte le condotte di uso, produzione e cessione di sostanze stupefacenti per uso personale e senza fine di lucro.



²³ Per una ricognizione sul grado di sviluppo della politica criminale a livello internazionale in altri campi, con particolare riferimento al crimine organizzato transnazionale, cfr. V. PATALANO, a cura di, *Nuove strategie di lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, *passim*. Più in generale, sulla politica criminale europea e sui suoi possibili modelli di intervento, si vedano, tra gli altri, i recenti lavori di S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, pagg. 35 ss. e di M. DONINI, *Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pagg. 141 ss. Per dei commenti sul tentativo ulteriore di predisporre un codice penale europeo unitario per i soli reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il c.d. *Corpus iuris*, si vedano per tutti AA.Vv., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999; AA.Vv., *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione*, a cura di G. Grasso, Milano, 2000.

²⁴ Sulla 'funzione normativa della giurisdizione', volta ad alimentare la definizione di un sistema giuridico complesso posto a difesa dei diritti di ispirazione costituzionale, si vedano, con particolare riferimento al 'diritto penale della contiguità mafiosa', i lavori di V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, cit., pagg. 272 ss.; *Una judge-made law italiana: l'affermata punibilità, ex artt. 110 e 416 bis c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, pagg. 682 ss. Più ampiamente, sulla proposta di adottare la regola della 'forza vincolante del precedente' anche negli ordinamenti giuridici di *civil law* si rinvia per tutti ad A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim*.

²⁵ Per degli utili ed esaurienti approfondimenti sul sistema delle fonti di produzione del diritto penale negli ordinamenti giuridici di *common law* ed, in particolare, sul *binding precedent*, si rinvia per tutti a S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, pagg. 72 ss.

²⁶ SS.UU., 28 maggio 1997, Iacolare, in *Cass. pen.* 1997, pag. 3350, con nota di G. AMATO, *L'«uso di gruppo» di sostanze stupefacenti secondo le Sezioni unite*; od anche in *Foro it.*, 1997, II, pag. 529 con note di G. AMATO e F. COSENTINO. Con tale pronuncia è stato affermato che non sono punibili – e rientrano pertanto nella sfera dell'illecito amministrativo di cui all'articolo 75 del Dpr 9 ottobre 1990 n. 309 – l'acquisto e la detenzione di sostanze stupefacenti destinate all'uso personale che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse anche di soggetti diversi dall'agente, quando è certa l'identità dei medesimi, nonché manifesta la loro volontà di procurarsi le sostanze destinate al proprio consumo. Ad avviso della Suprema Corte, l'omogeneità teleologica della condotta del procacciatore rispetto allo scopo degli altri componenti del gruppo caratterizza la detenzione quale codetenzione e impedisce che il primo si ponga in rapporto di estraneità e quindi di diversità rispetto ai secondi, con conseguente impossibilità di connotazione della sua condotta quale cessione. Qualora, invece, l'acquirente-detentore non sia anche assuntore, ovvero non abbia avuto alcun mandato all'acquisto o alla detenzione, si deve pervenire alla conclusione opposta. In argomento cfr. D. POTETTI, *L'opinabile soluzione delle Sezioni unite al problema della «droga di gruppo»*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 400. Da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità successiva alla citata pronuncia delle Sezioni unite, si veda nello stesso senso Cass. Sez. VI, 28 dicembre 2002, Di Domenico, con nota di G. AMATO, *La cassazione applica le regole sul mandato e conferma la natura amministrativa del fatto*, in *Guida dir.*, n. 9, 2003, pagg. 76 ss.



²⁷ In questo senso cfr. Cass. Sez. feriale, 26 agosto 1997, Parpaiola, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Stupefacenti*, n. 61, o in *Cass. pen.*, 1998, pag. 2147; Cass. Sez. VI, 4 giugno 1999, De Carolis, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 520, con nota di G. AMATO, *Auspicabile un maggior rigore probatorio per ritenere l'«uso di gruppo» di droga*, o in *Foro it.*, 2000, II, pag. 244 s., con nota di G. LA GRECA, *cit.*

²⁸ Cfr. al riguardo le recenti pronunce Cass., Sez. VI, 5 giugno 2003, n. 24622; Trib. Roma, 13 febbraio 2001, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3186, con nota di G. AMATO, *La coltivazione «domestica» di sostanze stupefacenti non costituisce reato*; Trib. Roma, 9 dicembre 2002, Morelli e altro, *ivi*, 2003, pag. 2809, con nota di G. AMATO, *L'irrelevanza penale della coltivazione «domestica» di sostanze stupefacenti*. Sul punto vedasi anche, dello stesso Autore, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1999, pagg. 150 ss. Da ultimo, sebbene in termini parzialmente diversi, si veda Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2004, n. 4836, Felsini, in *Guida dir.*, n. 16, 2004, pag. 88, in cui viene affermato che nel caso di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti viene meno l'offensività della condotta e si configura il reato impossibile unicamente «laddove risulti l'assenza o l'insufficienza di effetto drogante della sostanza coltivata».

²⁹ In tal senso si rinvia alle analoghe osservazioni di C. E. PALIERO, *Consenso sociale*, *cit.*, pag. 899, relative alla legge n. 162/1990.

³⁰ Per dei primi commenti critici su tale disegno di legge si vedano G. ZUFFA, *Dal sociale al penale. Quali prospettive per le politiche sulle droghe?*, in *Quest. giust.*, 2004, pagg. 91 ss., la quale sottolinea criticamente come con esso il legislatore, invece di percorrere la strada dal penale al sociale, abbia intrapreso quella opposta: dal sociale al penale; L. GRASSO, *L'incremento del danno*, *ivi*, pagg. 103 ss., il quale attribuisce al d.d.l. un valore meramente politico-elettoralistico; A. CAPUTO, *Un nuovo modello punitivo per i consumatori di droghe*, *ivi*, pagg. 114 ss., il quale, concentrando l'attenzione sulle innovazioni concernenti il sistema sanzionatorio, ne mette in evidenza il carattere eccessivamente rigoristico.

³¹ Il testo del primo comma dell'art. 72 del disegno di legge (reintroducendo una disposizione analoga a quella della legge Jervolino-Vassalli) recita, infatti, che «sono vietati l'uso e qualunque impiego di sostanze stupefacenti e di sostanze psicotrope non autorizzati secondo le norme del presente testo unico».

³² Il d.d.l. prevede l'inserimento nell'art. 73 di un nuovo comma 1 *bis* volto a stabilire che «Con le medesime pene [reclusione da sei a venti anni e multa da euro 26.000 a euro 260.000] è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: a) sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope che risultano in quantità superiore a quella indicata nella tabella I allegata al presente testo unico ovvero che, per modalità di presentazione, con riguardo al peso lordo complessivo, al confezionamento frazionato o ad altre circostanze dell'azione, appaiono destinate a terzi o comunque ad un uso non esclusivamente individuale; b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto».

Nel disegno di legge è però previsto anche che «quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000».

³³ Il d.d.l. prevede, infatti, che «nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di



cui all'articolo 73, comma 1 *bis*, commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 secondo le modalità ivi previste. In deroga a quanto disposto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture iscritte nell'albo di cui all'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, su richiesta del Pubblico ministero o d'ufficio, il Giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del c.p.p., tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della misura con conseguente ripristino della pena sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per Cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte».

³⁴ L'art. 90 del d.d.l. dispone che: «Nei confronti di persona che debba espiare una pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente, il tribunale di sorveglianza può sospendere l'esecuzione della pena detentiva per cinque anni qualora, all'esito dell'acquisizione della relazione finale di cui al successivo articolo 123, accerti che la persona si è sottoposta con esito positivo ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo eseguito presso una struttura sanitaria pubblica od una struttura privata iscritta all'albo di cui al successivo articolo 116. Il Tribunale di sorveglianza, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può altresì sospendere anche l'esecuzione della pena pecuniaria che non sia stata già riscossa. La sospensione può essere concessa solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente il reato di cui all'articolo 4 bis legge 26 luglio 1975, n. 354».

³⁵ L'art. 94 prevede che: «Se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma da lui concordato con un'unità sanitaria locale o con una struttura privata iscritta all'albo di cui al successivo articolo 116 e specificamente autorizzata per l'attività di diagnosi ai sensi del comma 2, lett. d) del medesimo articolo. L'affidamento in prova in casi particolari può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Alla domanda deve essere allegata, a pena di inammissibilità, certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura privata iscritta all'albo di cui al successivo articolo 116 e specificamente autorizzata per l'attività di diagnosi ai sensi del comma 2, lett. d) del medesimo articolo attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stu-



LA RIFORMA CONTINUA

pefacenti, psicotrope o alcoliche, l'andamento del programma concordato eventualmente in corso e la sua idoneità, ai fini del recupero del condannato».

³⁶ In tal senso si rinvia a ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, pag. 169, anche in lingua italiana *Politica criminale*, a cura di Bazzoni, Milano, 1989; nonché nella dottrina italiana si veda per tutti D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., in particolare pag. 50.

³⁷ Evidenzia in generale la natura illusoria del tentativo di risolvere i problemi attraverso la mera attivazione del diritto penale S. MOCCIA, *Legalità e flessibilità dell'intervento*, in *Crit. dir.*, 2002, pag. 245, ed in particolare pagg. 249 e 250, dove rileva che «ponendo la risposta penalistica come *prima ratio* della politica sociale per male intese esigenze efficientiste, spesso si tralascia l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale. Si finisce, così, con l'abbandonare l'intervento penale al controproducente simbolismo efficientista della 'politica criminale spettacolo' (...) Ma ciò non significa rinunciare a soluzioni di tipo giuridico, tutt'altro, a partire dallo stesso diritto penale, nei termini ed alle condizioni in cui può essere legittimamente e proficuamente attivato nello stato di diritto vanno con consapevolezza utilizzati i rimedi offerti dal diritto civile e dal diritto amministrativo, così come vanno attivati strumenti razionali di politica sociale. In ogni caso (...) la soluzione di complessi problemi di politica sociale non può essere affidata in prima istanza al diritto penale, se non si vogliono correre i noti rischi dell'inefficienza e della perdita di garanzie». Sul punto si rinvia anche a A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, pagg. 5 ss.

³⁸ Sul tema del diritto penale minimo si veda per tutti A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in AA.Vv., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, fascicolo speciale della rivista *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985, pagg. 443 ss. e L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, pagg. 493 ss.; nonché di quest'ultimo Autore cfr. il recente lavoro *Sul diritto penale minimo*, in *Foro it.*, V, 2000, pagg. 125 ss. in cui fornisce dei chiarimenti sul significato di tale modello di diritto penale di cui parla anche diffusamente nella sua opera fondamentale *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, in particolare pagg. 473 ss.; per delle osservazioni critiche a tal proposito (quelle da cui è scaturito il lavoro di puntualizzazione e chiarimento di Ferrajoli appena richiamato) cfr. E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 817.

³⁹ Sempre chiaro e suggestivo a tal proposito è 'l'aforisma' di C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, pag. 37, che sintetizza perfettamente l'aspirazione ad un diritto penale minimo, necessario, laico, razionale ed allo stesso tempo anche efficiente: «La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male».

⁴⁰ Sull'opportunità che la politica criminale sia improntata al canone dell'*extrema ratio* si veda per tutti ARTH. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für Engisch*, 1974, pag. 103; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pag. 41, il quale rileva che «il primo necessario intervento va, dunque, riservato ai controlli preventivi e ai rimedi di tipo civilistico ed amministrativo, solo sussidiariamente rafforzati da un controllo penalistico, da modellare, però, secondo gli schemi consueti del diritto penale classico»; nonché F. BRICOLA,



Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, Padova, 1984, pag. 5.

⁴¹ Per una esauriente trattazione del principio di effettività nel diritto penale e di tutte le sue implicazioni, si veda il lavoro di C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, pagg. 430 ss.

⁴² In tal senso si esprime riguardo alla legge n. 162 del 1990 ancora C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., pagg. 442 e 445.

⁴³ Sulla tendenza nel diritto penale a realizzare una scissione fra diritto ed etica si veda W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 2002, pag. 86; C. ROXIN, *Sul rapporto fra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, pagg. 24 ss.; sotto una diversa prospettiva, F. STELLA, *La laicità dello stato: fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., pagg. 310 ss.

⁴⁴ Si mutuano in questo caso le osservazioni fatte riguardo alla legge del 1990 da A. BARRATA, *Editoriale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, n. 3, pag. 10.

⁴⁵ Per tali considerazioni e per una più chiara definizione del concetto di "nemici convenienti" e delle relative implicazioni si rinvia a F. PRINA, *Dalla repressione alla riduzione del danno*, cit., pag. 7. In argomento cfr. anche G. ZUFFA, *Dal sociale al penale*, cit. pag. 92, la quale riconduce il nuovo d.d.l. Fini sulla droga, insieme alla legge Bossi-Fini sull'immigrazione del 2002, nel modello delle scelte legislative contro i *suitable enemies* (i "nemici appropriati"), nell'ambito cioè di quelle soluzioni normative catalizzatrici di consensi perché adottate contro quei gruppi sociali «adatti a svolgere il compito di capri espiatori verso cui le classi egemoni indirizzano i sentimenti di insicurezza, deviandoli dall'ambito in cui originano, squisitamente sociale, a quello criminale».

⁴⁶ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 419.

⁴⁷ Su tale fenomeno di 'disintegrazione' del sistema punitivo penale si veda per tutti T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, cit., pag. 419; per delle analoghe osservazioni cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, *ivi*, 1998, pagg. 414 ss.

⁴⁸ Evidenza la deriva dell'attuale sistema sanzionatorio realizzata proprio attraverso la modifica radicale di alcuni istituti penali e processuali, tra cui l'affidamento in prova, G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pagg. 162 ss. Più in particolare sulle misure alternative alla detenzione e sull'affidamento in prova si rinvia ai recenti contributi di E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pagg. 857 ss.; R. ZANNOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2000, pagg. 707 ss.; R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pagg. 1230 ss.; V. MUSACCHIO, *Le alternative alla detenzione nel sistema penale italiano: profili teorico-pratici*, in *Giust. pen.*, 2002, II, pagg. 434 ss.; U. NAZZARO, *L'affidamento in prova in casi particolari tra norma e prassi*, in *Riv. pen.*, 2003, pagg. 1053 ss.

⁴⁹ Sottolinea i rischi connessi alla scomparsa del controllo del pubblico sulle attività delle comunità private, G. ZUFFA, *Dal sociale al penale*, cit. pag. 99.

⁵⁰ Sul punto si veda L. GRASSO, *L'incremento del danno*, cit., pag. 111, ad avviso del quale il riconoscimento anche agli enti privati del potere di certificare lo stato di tossicodipen-



LA RIFORMA CONTINUA

denza innesterebbe «un evidente *conflitto di interessi*, in quanto la struttura che certifica è la stessa che effettua il trattamento, con conseguente possibilità di abusi, non solo per il reclutamento diretto della propria utenza, ma anche per le possibili semplificazioni diagnostiche».

⁵¹ Sul ruolo delle comunità terapeutiche nel sistema sanzionatorio penale, sia consentito il rinvio al nostro *Comunità terapeutica*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, in corso di pubblicazione.

⁵² Si pensi, ad esempio, alle polemiche relative ai metodi della Comunità di San Patrignano. Sui problemi interpretativi originati dal caso Muccioli si rinvia a Tribunale di Rimini, 16 febbraio 1985, Muccioli, in *Foro it.*, 1985, II, pagg. 431 ss. con note di G. LA GRECA, *Trattamenti obbligatori e comunità terapeutiche per tossicodipendenti* e D. PULITANÓ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*; Corte d'Appello di Bologna, 28 novembre 1987, in *Foro it.*, 1988, II, pagg. 588 ss. con nota di C. RAPISARDA; per dei commenti su questa pronuncia cfr. anche G. BARBALINARDO, *Sopravvenuto dissenso sul trattamento in comunità terapeutica e sequestro del tossicodipendente*, in *Giu. mer.*, 1988, II, pagg. 556 ss.; L. SARACENI, «L'immagine e l'istituzione di San Patrignano» al vaglio del giudizio di cassazione, in *Quest. giust.*, 1989, pagg. 385 ss.; A. SERENI, *Il caso Muccioli e i motivi dell'azione necessitata*, in *Ind. pen.*, 1989, pagg. 439 ss.; Cass. Sez. III, 29 marzo 1990, Muccioli, inedita; sul punto F. VIGANÒ, *Art. 54 Stato di necessità*, in G. Marinucci e E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato. Parte generale*, vol. I, Milano, 1999, 509. Sia consentito, inoltre, di rinviare al riguardo ancora alla nostra voce *Comunità terapeutica* prima citata.

⁵³ Per approfondimenti sulla teoria giuridica del funzionalismo sistemico di N. LUHMANN, incentrata sulla concezione del diritto come meccanismo autopoietico che suggella i processi di autoconservazione del sottosistema sociale normativizzando le aspettative di comportamento della collettività, si rinvia per tutti al suo *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, trad. it., *Sociologia del diritto*, Bari, 1977.

⁵⁴ Su questo punto si rinvia nuovamente a J. HABERMAS, *Recht und Moral*, cit., pag. 63.