



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e di Critica del diritto

**Corso di Laurea Magistrale in**

**Giurisprudenza**

Anno Accademico 2023-2024

**LA MOBILITÀ DEL PARADIGMA DELLE FONTI DEL  
DIRITTO: UNA RIFLESSIONE SULLA GIURISPRUDENZA  
QUALE FONTE DEL DIRITTO VIGENTE, A PARTIRE DALLA  
DISCIPLINA DELLA COLTIVAZIONE DEGLI STUPEFACENTI**

*Relatore:*

Prof. Alberto Berardi

*Laurendo:* Gaia Casonato

*Matricola:* 1198550



*A mia nonna Anna,  
affinché i suoi sacrifici  
non siano stati vani.*



## INDICE

<b>ABSTRACT</b>	1
<b>CAPITOLO PRIMO: DETENZIONE, COLTIVAZIONE E DISTRIBUZIONE DELLE DROGHE LEGGERE, LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA</b>	2
<b>1. DPR 309/1990</b>	2
1.1 Introduzione storica	2
1.2 Individuazione delle sostanze stupefacenti	4
1.3 Art.73 D.P.R. n. 309 del 1990	6
1.4 Art. 75 D.P.R 309/1990	10
<b>2. PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ</b>	13
2.1 Le implicazioni costituzionali	13
2.1.1 Come parametro costituzionale	13
2.1.2 In ambito esegetico-applicativo	15
2.2 Reati di pericolo concreto, astratto e presunto	16
2.3 Offensività in astratto e in concreto	18
2.4 Rilevanza penale della condotta di coltivazione	20
<b>3. LE REALTÀ INTERNAZIONALI</b>	23
3.1 Excursus storico	23
3.2 Confronto delle normative di vari stati in UE	26
3.3 I contesti culturali	31
<b>4. LE SENTENZE</b>	34
4.1 Sent. Cass., sez. un., del 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605	34
4.2 Sent. Cass., sez. un., del 30 maggio 2019, C.L., n. 30475	36
4.3 Sent. Cass., sez. un., del 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348	38
<b>5. COME NEL TEMPO I GIUDICI HANNO INTERPRETATO IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ?</b>	42
5.1 Introduzione	42
5.2 Offensività in astratto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti	43

5.3 Offensività in concreto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti	45
--	----

## **CAPITOLO 2: POSITIVISMO GIURIDICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE** 48

### **1. COS'È IL POSITIVISMO?** 48

1.1 Definizione	48
-----------------	----

1.2 Positivism giuridico come metodo di ricerca	49
---	----

1.3 Positivism giuridico e applicazione del diritto	52
---	----

### **2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE** 56

2.1 Lo scopo del principio di legalità in materia penale	56
--	----

2.2 Rule of law	57
-----------------	----

### **3. L'INFLUENZA DELLE TEORIE DI COMMON LAW** 60

3.1 Dai primi contatti fino a oggi	60
------------------------------------	----

3.2 Clausole generali nel <i>Civil Law</i>	61
--	----

3.3 Il vincolo del precedente	64
-------------------------------	----

3.4 Aperture dell'ordinamento al diritto vivente	65
--	----

### **4. IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE** 68

4.1 Tra diritto giurisprudenziale e <i>giustizia politicizzata</i>	68
--	----

4.2 Alcuni esempi	70
-------------------	----

4.3 Esposizione del mondo giuridico oggi	71
--	----

## **TERZO CAPITOLO: RAGIONAMENTO SUL DIRITTO, IMPLICAZIONI**

### **MODERNE** 74

#### **1. IL DIRITTO OGGI** 74

1.1 Breve introduzione del mito del diritto	74
---	----

1.2 Il diritto vivente	75
------------------------	----

1.3 Giudizio di costituzionalità del <i>diritto vivente</i>	78
---	----

#### **2. LA NUOVA VISIONE EUROPA** 81

2.1 Introduzione del contesto europeo	81
---------------------------------------	----

2.2 CEDU e orientamento italiano	
----------------------------------	--

2.3 Mutamenti giurisprudenziali della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: sentenza scoppola, sentenza B.D., sentenza Sud Fondi	83
<b>3. PENSARE A UN DIRITTO NUOVO</b>	90
3.1 il diritto vivente nel contraddittorio	90
3.2 Conclusione	91
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	93
<b>SITOGRAFIA</b>	96
<b>PRONUNCIE GIURISPRUDENZIALI</b>	97
<b>RINGRAZIAMENTI</b>	102

## **ABSTRACT**

Il diritto è composto da un insieme di norme idonee a regolare i rapporti tra i cittadini, rispondendo alle loro esigenze, alle istanze e alle necessità, perciò, la legislazione si evolve in corrispondenza dell'inesorabile progresso umano. Oggi si discute di diritto ambientale, parità di genere, diritti dei lavoratori e rapporti con l'Europa, argomenti che fino a qualche decennio fa, restavano inesplorati. Dunque, a fronte di un nuovo quadro sociale, politico, e istituzionale, la legge dovrebbe riuscire ad assestarsi alle nuove esigenze. L'ordinamento italiano necessita dell'intervento del legislatore, il quale sempre più, risulta assente e disattento, ragione per la quale nel quadro giuridico processuale stiamo assistendo alla formazione di un nuovo diritto. Sul punto, viene proposta un'analisi della disciplina in merito alla punibilità della condotta di coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale. Negli anni Ottanta del Novecento, il legislatore assunse un atteggiamento decisamente proibizionista, conseguenza della tragedia generazionale di quel periodo, in cui molti giovani persero la vita. Successivamente, le sostanze stupefacenti furono oggetto di numerosi studi, analisi e valutazioni, incrementando notevolmente la consapevolezza generale in merito ai rischi e alle ripercussioni del loro utilizzo. Di conseguenza, mutarono anche le istanze della collettività, interessata alla coltivazione e alla vendita di sostanze stupefacenti a basso rischio. La legislazione, seppur con minimi cambiamenti, rimane orientata alle esigenze proibizionistiche del passato, risultando perciò lacunosa. Significativa in tal senso, la giurisprudenza, che interviene non solo attribuendo un significato preciso alle disposizioni, ma anche regolamentando le situazioni sprovviste di tutela, in altre parole supplendo il legislatore. Oggi le sentenze sono talmente rilevanti, che spesso i precedenti giudiziari e le massime assumono valore normativo, conseguendo un forte depauperamento del sistema positivo tradizionale.



# CAPITOLO PRIMO: DETENZIONE, COLTIVAZIONE E DISTRIBUZIONE DELLE DROGHE LEGGERE, LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

**Sommario:** 1. D.P.R. 309 del 1990 – 1.1 Introduzione storica – 1.2 Individuazione delle sostanze stupefacenti – 1.3 Art. 73 D.P.R. 309 del 1990 – 1.4 Art. 75 D.P.R. 309 del 1990 - 2. Principio di offensività – 2.1. le implicazioni costituzionali – 2.1.1 Come parametro costituzionale - 2.1.2 In ambito esegetico applicativo – 2.2 Reato di pericolo concreto, astratto e presunto – 2.3 Offensività in astratto e in concreto – 2.4 Rilevanza penale della condotta di coltivazione - 3. Le realtà internazionali - 3.1 Excursus storico – 3.2 Confronto delle normative di vari stati in UE: Austria, Spagna, Belgio, Francia, Germania, Olanda, Malta, Regno Unito – 3.3 I contesti culturali – 4. Le sentenze – 4.1 Sent. Cass., sez. un., del 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605 – 4.2 Sent. Cass., sez. un., del 30 maggio 2019, C.L., n. 30475 – 4.3 Sent. Cass., sez. un., del 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348 – 5. Come, nel tempo, i giudici hanno interpretato il principio di offensività? – 5.1 Introduzione – 5.2 Offensività in astratto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti – 5.3 Offensività in concreto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti

## 1. DPR 309/1990

### 1.1 Introduzione storica

A partire dagli anni Venti del Novecento, l'assetto normativo in materia di sostanze stupefacenti ha subito notevoli variazioni. I principali interventi legislativi hanno riguardato il consumo di sostanze psicotrope, i limiti della rilevanza penale della condotta di detenzione e l'intervento pubblico di prevenzione, cura e riabilitazione; al contrario il sistema orientato all'individuazione delle sostanze stupefacenti è rimasto pressoché invariato<sup>1</sup>.

Il Codice Rocco prevedeva una serie di misure volte alla repressione del commercio di "sostanze pericolose alla salute"<sup>2</sup> al fine di limitarne l'uso. La disciplina è stata poi riformata dal regio decreto-legge n. 151 del 1934, nello stesso anno convertito in L. n. 1145, con cui si è previsto il ricovero coattivo del tossicodipendente in ospedali psichiatrici. Successivamente anche la condotta di mera detenzione è stata ritenuta penalmente rilevante, equiparando di fatto il consumatore allo spacciatore (L. n. 1041 del 1954). Dipoi, con la legge n. 685 del 1975, il legislatore ha integralmente revisionato

---

<sup>1</sup> Cfr. S.OPILIO, F. PORTELLI, *la disciplina delle sostanze stupefacenti. L'illecito penale e amministrativo*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 1.

<sup>2</sup> Cfr. A. VALENTINOTTI, *l'evoluzione normativa in materia di sostanze stupefacenti dal codice Zanardelli ad oggi*, in [www.orsellistudiolegale.it](http://www.orsellistudiolegale.it), trascrizione dell'intervento, secondo cui manca il concetto di "stupefacenti", tale assenza è attribuibile probabilmente alla ristretta cerchia di consumatori appartenenti per lo più al ceto medio-alto.

il sistema normativo introducendo il concetto di “modica quantità”<sup>3</sup> come causa di non punibilità, potenziando i controlli amministrativi e prevedendo molteplici strumenti di cura, recupero e riabilitazione. La regolamentazione della metà degli anni Settanta del Novecento è stata riorganizzata complessivamente dal D.P.R. n. 309 del 1990, tutt’ora in vigore. Originariamente il testo unico puniva l’uso personale di sostanze stupefacenti, distinguendo l’illecito penale da quello amministrativo sulla base della quantità: il discrimine veniva sancito dalla nozione di “dose media giornaliera”<sup>4</sup>, determinata con decreto del ministero della sanità.

La rilevanza penale del consumo di stupefacenti è venuta meno con il referendum del 1993, con il quale è stata abrogata anche la nozione di “dose media giornaliera”<sup>5</sup>; dunque, il consumo di sostanze stupefacenti rimaneva sanzionato solo in campo amministrativo. Il profilo sanzionatorio del consumo di sostanze ha subito un’ulteriore modifica con la riforma gergalmente chiamata Fini-Giovanardi, legge n. 49 del 2006<sup>6</sup>. Il legislatore ha stabilito una presunzione legale relativa rispetto alla rilevanza penale delle condotte quali l’importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione di sostanza stupefacente<sup>7</sup>.

In ogni caso, oggi, l’intera disciplina in materia di stupefacenti è integralmente riordinata ed esposta nel D.P.R. 309 del 1990. Il primo titolo è dedicato alla definizione degli organi a cui viene affidata l’individuazione degli indirizzi politici nonché mansioni di controllo e vigilanza. Nei titoli seguenti sono regolate le autorizzazioni concesse a coloro che intendano “coltivare, produrre, fabbricare, impiegare, importare, esportare, ricevere per

---

<sup>3</sup>V. Art 72 comma 1 l. n. 685/1975: “Chiunque, fuori dalle ipotesi previste dall'articolo 80, senza autorizzazione o comunque illecitamente, detiene, trasporta, offre, acquista, pone in vendita, vende, distribuisce o cede, a qualsiasi titolo, anche gratuito, modiche quantità di sostanze stupefacenti o psicotrope classificate nelle tabelle I e III, previste dall'articolo 12, per uso personale non terapeutico o di terzi, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire centomila a lire otto milioni”.

<sup>4</sup> V. Art. 75 D.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, testo originale.

<sup>5</sup> Ibidem

<sup>6</sup> Cfr. S.OPILIO, F. PORTELLI, *la disciplina delle sostanze stupefacenti. L’illecito penale e amministrativo*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 1-4.

<sup>7</sup> V. D.P.R. 309/1990 art. 73 comma 1-bis lettera a: “sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, 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-, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale”.

il transito commerciare a qualsiasi titolo o comunque detenere”<sup>8</sup> sostanze stupefacenti. Il corpo centrale della normativa è dedicato alle disposizioni specifiche concernenti le condotte sopra menzionate, nonché alla repressione delle attività illecite. Infine, sono previsti strumenti educativi, riabilitativi, preventivi e curativi a favore dei tossicodipendenti.<sup>9</sup>

## 1.2 Individuazione delle sostanze stupefacenti

Per quanto concerne l’individuazione degli stupefacenti, l’innovazione legislativa è decisamente meno consistente. La legge n. 396 del 1923 conteneva un elenco di sostanze ritenute psicotrope, pertanto, non era possibile individuare una definizione generale e astratta del concetto di sostanza stupefacente. Il suo significato si ricavava indirettamente: solo le sostanze rientranti nell’elenco erano considerate stupefacenti, perciò vietate.

Nel corso degli anni, il legislatore ha ritenuto opportuno mantenere lo schema definitorio delle sostanze stupefacenti, andando a innovare esclusivamente la loro suddivisione in tabelle. Analizzando il D.P.R. 309/1990 nella sua definizione originaria, si riscontrava la seguente suddivisione:

Nella I e nella III tabella rientravano le c.d. *droghe pesanti*, fortemente nocive per l’organismo.

La II e la IV tabella individuavano le c.d. *droghe leggere*, per cui il rischio dell’assuntore era decisamente meno intenso.

Nella V e nella VI tabella, invece, si elencavano le sostanze a scopi terapeutici.

A seguito della riforma del 2006, l’assetto tabellare delle sostanze è mutato radicalmente. Il legislatore ha previsto una suddivisione binaria in sostanze che hanno degli effetti terapeutici e sostanze che non hanno alcuna rilevanza medica<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> V. D.P.R. 309/1990 art. 17 comma 1.

<sup>9</sup> Cfr. D.P.R. 309 del 1990, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>10</sup> Cfr. S. OPILIO, F. PORTELLI, *la disciplina delle sostanze stupefacenti. L’illecito penale e amministrativo*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 9-11.

La tesi secondo cui è condivisibile l'equiparazione delle *droghe leggere* con quelle *pesanti* è sostenuta da Pietro Soggiu, prefetto e commissario del governo per il contrasto delle tossicodipendenze nella XIV legislatura<sup>11</sup>. Soggiu afferma che sostanze ritenute leggere possono di fatto produrre conseguenze dannose, viceversa sostanze pesanti potrebbero non arrecare alcun danno. Egli considera decisamente più utile una suddivisione basata sugli effetti che possano comportare all'organismo<sup>12</sup>. Secondo gli studi condotti da Anna Maria Giannini, docente ordinaria di psicologia presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza", anche dal punto di vista psicologico, non è sostenibile la suddivisione in droghe più e meno pericolose, in quanto l'organismo è soggetto ad assuefazione. Seppure in un primo momento il consumo di stupefacenti potrebbe non comportare alcun danno rilevante, a lungo termine è plausibile il passaggio a droghe maggiormente rischiose per ottenere lo stesso effetto drogante<sup>13</sup>.

Ciò nonostante, altri studiosi ritengono che una suddivisione delle sostanze sia necessaria. Augusto Palmonari, sebbene riconosce l'importanza di dividere le sostanze sulla base dell'effetto che producono, non ritiene condivisibile la tesi secondo cui le droghe pesanti e leggere debbano essere equiparate. Lo psicologo ha suddiviso le sostanze in quattro categorie: droghe che riducono il dolore, droghe che alterano la funzione percettiva, droghe che deprimono il sistema nervoso centrale e droghe che lo stimolano<sup>14</sup>. Inoltre, Palmonari asserisce che le sostanze stupefacenti sono state vietate dal legislatore al fine di evitare gli effetti devastanti della tossicodipendenza sulla vita sociale, la salute e la realizzazione dell'individuo; senonché tali conseguenze sono riscontrabili anche nei casi di abuso di altre sostanze rientranti nelle quattro categorie sopra citate, il cui consumo è considerato lecito, come l'alcol o la nicotina<sup>15</sup>. È quindi

---

<sup>11</sup> Dal 30 maggio 2001 al 27 aprile 2006.

<sup>12</sup> Cfr. P. SOGGIU, *Proibizionismo e antiproibizionismo Legalizzare le droghe leggere?*, in *Il libro dell'Anno 2002*, www.treccani.it.

<sup>13</sup> Cfr. G.LONGO, R. ZANOTTI, *Droghe leggere – Droghe pesanti*, in *www.lastampa.it*, 13 febbraio 2014.

<sup>14</sup> In particolare A. PALMONARI, P. ARLACCHI, *Droga*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, www.treccani.it, 2009, distingue in:

- a) Droghe che deprimono il SNC: alcolici, barbiturici, ipnosedativi, benzodiazepine, solventi etc.
- b) Droghe che riducono il dolore: oppioidi come oppio, morfina, codeina o anche eroina e metadone.
- c) Droghe che stimolano il SNC: anfetamine e farmaci anfetaminosimili, cocaina, caffeina e nicotina
- d) Droghe che alterano la funzione percettiva: LSD, allucinogeni sintetici, funghi allucinogeni, Cannabis.

<sup>15</sup> Cfr. A. PALMONARI, P. ARLACCHI, *Droga*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, www.treccani.it, 2009.

possibile concludere che la logica alla base della normativa proibizionistica di alcuni stupefacenti è ispirata a principi diversi quali fattori culturali e simbolici, tra cui l'immagine comune della marijuana come droga di passaggio verso l'eroina<sup>16</sup>.

A seguire si proporrà un'esposizione dettagliata della disciplina in materia di sostanze stupefacenti, in particolare ci si soffermerà sull'analisi delle condotte penalmente rilevanti ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990<sup>17</sup>, prestando particolare attenzione alle possibili lacune testuali e ad alcuni dubbi interpretativi.

### **1.3 Art.73 D.P.R. n. 309 del 1990**

L'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 al primo comma elenca una serie di condotte considerate penalmente rilevanti nel momento in cui hanno ad oggetto sostanze vietate<sup>18</sup> e si esauriscono in assenza dell'autorizzazione (di cui all'art. 17 D.P.R n. 309 del 1990<sup>19</sup>). Nello specifico, i comportamenti sopra menzionati riguardano: la coltivazione, la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la raffinazione, la vendita, l'offerta, la cessione, la distribuzione, il commercio, il trasporto, l'invio, il passaggio, la consegna etc. Il comma

---

<sup>16</sup> Tesi sostenuta anche da L. GRINSPOON, J. B. BAKALAR, *Marijuana, la medicina proibita*, Roma, Editori riuniti, 2014.

<sup>17</sup> V. Artt. 73, 75 D.P.R. n. 309/1990.

<sup>18</sup> V. Art. 14 D.P.R. n. 309/1990 comma 1 lettera a: "Nella tabella I devono essere indicati: 1) l'oppio e i materiali da cui possono essere ottenute le sostanze oppiacee naturali, estraibili dal papavero sonnifero; gli alcaloidi ad azione narcotico-analgesica da esso estraibili; le sostanze ottenute per trasformazione chimica di quelle prima indicate; le sostanze ottenibili per sintesi che siano riconducibili, per struttura chimica o per effetti, a quelle oppiacee precedentemente indicate; eventuali intermedi per la loro sintesi; 2) le foglie di coca e gli alcaloidi ad azione eccitante sul sistema nervoso centrale da queste estraibili; le sostanze ad azione analoga ottenute per trasformazione chimica degli alcaloidi sopra indicati oppure per sintesi; 3) le sostanze di tipo amfetaminico ad azione eccitante sul sistema nervoso centrale; 4) ogni altra sostanza che produca effetti sul sistema nervoso centrale ed abbia capacità di determinare dipendenza fisica o psichica dello stesso ordine o di ordine superiore a quelle precedentemente indicate; 5) gli indolici, siano essi derivati triptaminici che lisergici, e i derivati feniletilamminici, che abbiano effetti allucinogeni o che possano provocare distorsioni sensoriali; 6) le sostanze ottenute per sintesi o semisintesi che siano riconducibili per struttura chimica o per effetto farmaco-tossicologico al tetraidrocannabinolo; 7) ogni altra pianta o sostanza naturale o sintetica che possa provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali e tutte le sostanze ottenute per estrazione o per sintesi chimica che provocano la stessa tipologia di effetti a carico del sistema nervoso centrale; 8) le preparazioni contenenti le sostanze di cui alla presente lettera, in conformità alle modalità indicate nella tabella dei medicinali di cui alla lettera e)".

<sup>19</sup> V. Art. 17 D.P.R. n. 309/1990 comma 1: "Chiunque intenda coltivare, produrre, fabbricare, impiegare, importare, esportare, ricevere per transito, commerciare a qualsiasi titolo o comunque detenere per il commercio sostanze stupefacenti o psicotrope, comprese nelle tabelle di cui all'articolo 14 deve munirsi dell'autorizzazione del Ministero della sanità".

successivo<sup>20</sup> condanna chiunque importi, esporti, acquisti, riceva o detenga sostanze stupefacenti o medicinali<sup>21</sup> senza la necessaria autorizzazione ai sensi dell'art 17<sup>22</sup>. Tuttavia, ai fini della rilevanza penale è necessario che le sopra citate condotte riguardino sostanze stupefacenti che superino il quantitativo consentito<sup>23</sup> o che appaiano destinate ad uso non esclusivamente personale o, in caso di medicinali, eccedano la dose prescritta. Le pene previste al primo comma dell'art. 73 D.P.R. 309 del 1990 sono applicabili anche a coloro che violano il precetto di cui al comma successivo<sup>24</sup>. La formulazione originaria del Testo unico prevedeva un limite edittale di 8 anni, ridotto di due con la L. n 49 del 2006<sup>25</sup>. La medesima pena è applicabile anche ai commi successivi dello stesso articolo<sup>26</sup>.

Una formulazione diversa, invece, presenta il comma 5 dell'art. 73 D.P.R. 309 del 1990: quest'ultimo punisce chi commette uno dei fatti previsti dai commi precedenti qualora

---

<sup>20</sup> V. Art. 73 D.P.R. n. 309/1990 comma 1-Bis: "Con le medesime pene di cui al comma 1 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 o psicotrope che per quantità, 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, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;

b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà".

<sup>21</sup> V. Art. 14 D.P.R. n. 309/1990 comma 1 lettera b: "nella tabella II devono essere indicati: 1) la cannabis e i prodotti da essa ottenuti; 2) le preparazioni contenenti le sostanze di cui alla presente lettera, in conformità alle modalità indicate nella tabella dei medicinali di cui alla lettera e)".

<sup>22</sup> D.P.R. 309/1990.

<sup>23</sup> Secondo quanto sancito dal D.M. 11 aprile 2006: "Indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale delle sostanze elencate nella tabella I del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, ai sensi dell'articolo 73, comma 1-bis".

<sup>24</sup> V. Art. 73 D.P.R. n. 309/1990 comma 1-Bis.

<sup>25</sup> V. Art. 4-bis lettera b: "Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000".

<sup>26</sup> Cfr. R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in Osservatorio Costituzionale, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2016, pp 4-7.

integri il concetto di lieve entità. In questo caso, le sanzioni sono fortemente ridotte: si prevede una pena detentiva massima di quattro anni anziché di vent'anni e anche la multa è dimezzata<sup>27</sup>.

Nel corso degli anni, sono stati sollevati molteplici dubbi rispetto allo stesso comma 5<sup>28</sup> in relazione innanzitutto alla sua qualificazione giuridica e successivamente anche rispetto alla sua costituzionalità. La prima questione venne sostanzialmente risolta con l'introduzione dell'art. 2 D.L. 23 dicembre 2013 n. 146<sup>29</sup>, secondo il quale è possibile qualificare il quinto comma "come un autonomo titolo di reato"<sup>30</sup>. Tale orientamento era stato anticipato dalla Corte di Cassazione in una relazione dell'ufficio del Massimario. I giudici, analizzando il comma 5 dell'art. 73<sup>31</sup> al fine di identificarne la qualificazione giuridica, rilevano alcuni elementi in pieno contrasto con una circostanza attenuante, primo fra tutti l'ambito di applicazione della norma, previsto in assenza di un "più grave reato"<sup>32</sup>. Pertanto è possibile ritenere che la fattispecie di cui al quinto comma costituisca esso stesso un reato<sup>33</sup>.

L'ulteriore profilo che si intende analizzare riguarda la legittimità costituzionale del comma 5 art. 73 D.P.R. 309 del 1990, nella parte in cui non prevede una differenziazione del trattamento sanzionatorio sulla base del tipo di sostanza stupefacente oggetto della condotta. Invero, il suddetto comma pone un duplice dubbio: da un lato la coerenza in sé, dal momento in cui si considerano ugualmente pericolose condotte aventi a oggetto

---

<sup>27</sup> R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in Osservatorio Costituzionale, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2016, pp 4-7.

<sup>28</sup> D.P.R. 309/1990, il quale prevede: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a cinque anni e della multa da euro 1032 a euro 10329. Chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo comma è punito con la pena della reclusione da diciotto mesi a cinque anni e della multa da euro 2500 a euro 10329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità".

<sup>29</sup> Convertito nella legge n. 10 del 21 febbraio 2014.

<sup>30</sup> Cit. G. STAMPANONI BASSI, *Sul nuovo art. 73 comma 5 dpr 309/90 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 32/2014*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2014.

<sup>31</sup> D.P.R. 309/1990.

<sup>32</sup> V. Cass., Sez. IV, 5 marzo 2014, Verderamo, n. 10514, in *Costituzionale il reato di spaccio lieve (Cass. pen. 10514/14)*, [www.canestrinilex.it](http://www.canestrinilex.it).

<sup>33</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 5 marzo 2014, Verderamo, n. 10514, in *Costituzionale il reato di spaccio lieve (Cass. pen. 10514/14)*, [www.canestrinilex.it](http://www.canestrinilex.it); G. STAMPANONI BASSI, *Sul nuovo art. 73 comma 5 dpr 309/90 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 32/2014*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2014.

sostanze psicotrope diverse, dall'altro la sua conformità al resto della disciplina, la cui ratio si basa essenzialmente sulla differenziazione<sup>34</sup>.

È possibile definire lo scrutinio di ragionevolezza secondo uno schema quaternario, la cui base è caratterizzata dal confronto del trattamento sanzionatorio del comma 5 con quello previsto negli altri commi. Dall'esito del raffronto, si riscontra una disparità di trattamento in violazione dell'art 3 Cost.<sup>35</sup>: al trasgressore di un comma diverso dal quinto si applica una sanzione differenziata sulla base del tipo di stupefacenti, mentre, colui che viene punito ex art. 73 comma 5<sup>36</sup>, è sottoposto ad un'unica cornice edittale, pertanto, è rilevabile un contrasto logico formale. D'altro canto, alcuni studiosi sostengono sia inutile qualsiasi comparazione dei trattamenti sanzionatori, dal momento in cui il quinto comma integra un reato autonomo, distaccato dalle altre fattispecie dello stesso articolo. Tale affermazione, però, non appare convincente se si considera che l'intero art. 73<sup>37</sup> tutela la stessa fattispecie astratta e persegue lo stesso interesse, di conseguenza, un confronto risulta pressoché indispensabile<sup>38</sup>.

Infine, l'ultimo punto dello schema quaternario riguarda l'art. 27 comma 3 Cost.<sup>39</sup>, il quale sancisce il fine rieducativo della pena, perciò, quest'ultima deve essere coerente con la pericolosità della condotta posta in essere. È quindi condivisibile l'affermazione secondo cui se due condotte vengono punite nello stesso modo, il loro disvalore deve essere per lo meno simile. In conclusione, si considera irrazionale una disposizione che

---

<sup>34</sup> Cfr. R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in Osservatorio Costituzionale, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2016, pp. 1,2; Sent. Corte Cost., 8 giugno 2016 n. 23 (ECLI:IT:COST:2016:23), pubblicata in G.U. n. 7 del 2016.

<sup>35</sup> V. art. 3 Cost.: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

<sup>36</sup> D.P.R. 309/1990.

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> Cfr. R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in Osservatorio Costituzionale, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2016, pp 7-9.

<sup>39</sup> V. Art. 3 Cost comma 3: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".



preveda la medesima cornice edittale per condotte completamente diverse, sia in punto di rischio che di gravità<sup>40</sup>.

#### **1.4 Art. 75 D.P.R 309/1990**

Rispetto alla disciplina previgente, la legge n. 685 del 1975 presenta un'organizzazione completa e ordinata, tuttavia, ciò che rileva in questa sede è la sua portata innovativa. La sopracitata legge, infatti, prevede uno spazio di non punibilità per coloro che acquistano o detengono sostanze stupefacenti in modiche quantità per uso strettamente personale<sup>41</sup>. È possibile affermare che i dubbi interpretativi sollevati sono stati molteplici, sia sotto il profilo della qualificazione giuridica, sia rispetto alla determinazione del concetto di modica quantità. La maggior parte della dottrina e della giurisprudenza interpreta l'art. 80 comma 2 L. n. 685/1975<sup>42</sup> come una clausola di non punibilità e questo significa che il fatto è considerato illecito: il soggetto non viene scusato, ma la pena non viene irrogata per ragioni di politica criminale. Di conseguenza, l'onere della prova, in merito alla *modica quantità* degli stupefacenti rinvenuti e all'uso strettamente personale, incombe sulla difesa<sup>43</sup>.

La formulazione di "modica quantità"<sup>44</sup> è stata poi sostituita con quella di "dose media giornaliera" (D.P.R. n. 309 del 1990). A seguito del referendum abrogativo tenutosi nel 1993, la detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti è stata ricondotta nell'ambito dell'illecito amministrativo, come stabilito dall'art. 75 D.P.R n. 309 del 1990. Il compito di determinare il concetto di uso personale, specificando le dosi medie giornaliere e le quantità massime detenibili, viene affidato al Ministero della Salute, il

---

<sup>40</sup> Cfr. R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in Osservatorio Costituzionale, n. 3, 2016, pp. 9,10.

<sup>41</sup> V. Art. 80 comma 2 L. n. 685/1975: "Del pari non è punibile chi illecitamente acquista o comunque detiene modiche quantità delle sostanze innanzi indicate per farne uso personale non terapeutico, o chi abbia a qualsiasi titolo detenuto le sostanze medesime di cui abbia fatto uso esclusivamente personale".

<sup>42</sup> ibidem

<sup>43</sup> Cfr. nota di Cass. Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 18, Foro.it, vol. 116, n. 10, ottobre 1993, pp. 541-546; R. CHINNICI, *Aspetti e problemi della legge*, in *La prevenzione dell'uso della droga attraverso l'educazione Atti dei corsi di aggiornamento per Presidi e Docenti delle scuole secondarie (Palermo 28 marzo-2 aprile e 18-23 aprile)*, n. 685, 1975, pp. 1-4; P. FRANCESCHETTI, *Scriminanti*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2017.

<sup>44</sup> V. Art. 80 comma 2 L. 685/1975.

quale, in concerto con il Ministero della Giustizia e sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche Antidroga<sup>45</sup>, ha emanato un decreto ministeriale contenente le suddette indicazioni<sup>46</sup>.

Nonostante la forma dell'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990 sembra risultare sufficientemente determinata, sono state sollevate diverse critiche in ordine al concetto *di uso personale*, nello specifico con riguardo alla sua chiarezza e precisione, al suo utilizzo da parte di una persona tossicodipendente e all'esclusione della condotta di coltivazione<sup>47</sup>.

Nella sua definizione in negativo, l'"uso personale"<sup>48</sup> limita il penalmente rilevante, infatti, ciò che non rientra nei limiti dell'art. 75<sup>49</sup> sarà punibile ai sensi dell'art 73<sup>50</sup> integrando, dunque, una fattispecie di reato. Ebbene, gran parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la nozione di *uso personale* debba risultare all'interprete chiara e determinata in conformità con il principio di tassatività delle disposizioni penali, nonostante chi consumi personalmente sostanze stupefacenti commetta di per sé un illecito amministrativo<sup>51</sup>.

Un ulteriore profilo di criticità riguarda la possibilità di differenziazione della tutela tra tossicodipendente e consumatore occasionale. Invero, è plausibile che il primo soggetto indicato assuma una quantità di sostanze decisamente maggiore rispetto al secondo. Alcuni giuristi si sono interrogati sull'ammissibilità di una diversificazione in merito alla soglia della rilevanza penale e intorno a chi possa essere considerato tossicodipendente. Le difficoltà nel determinare il concetto di tossicodipendenza sono state sostanzialmente risolte dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, il quale dal 2013

---

<sup>45</sup> V. Art. 75 comma 1-bis D.P.R. 309/1990.

<sup>46</sup> V. Allegato al D.M. 11 aprile 2006; cfr. S. RAMINEZ, Il modesto quantitativo di stupefacenti, in [www.dirittoconsenso.it](http://www.dirittoconsenso.it), 2022.

<sup>47</sup> Cfr. Nota di G. AMATO, Cass. Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 18, Foro.it, vol. 116, n. 10, ottobre 1993, pp. 541-546; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, CEDAM, 1993, pp.104 ss.

<sup>48</sup> V. Art. 75 comma 1, D.P.R. 309/1990, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>49</sup> V. D.P.R. 309/1990, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>50</sup> Ibidem

<sup>51</sup> Cfr. Nota di G. AMATO, Cass. Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 18, Foro.it, vol. 116, n. 10, ottobre 1993, pp. 541-546.

presenta una definizione unica di dipendenza e abuso di sostanze stupefacenti, i cui criteri per la diagnosi sono uniti in un elenco di undici sintomi<sup>52</sup>.

L'incertezza riguardo il concetto di "uso personale" e i limiti massimi di sostanze stupefacenti detenibili, sia dal consumatore occasionale che dal tossicodipendente, è stata ampiamente arginata dal Decreto Ministeriale del 11 aprile 2006, attraverso un sistema tabellare in cui sono indicati le quantità massime detenibili e i limiti di principio attivo.

L'unico dubbio interpretativo per cui non si è ancora formato un orientamento consolidato riguarda l'assenza della condotta di coltivazione tra quelle elencate dall'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990. Da un lato, applicando un'interpretazione letterale, si potrebbe considerare qualsiasi condotta di coltivazione penalmente rilevante; dall'altro, classificando la coltivazione come una fase antecedente la detenzione, entro i limiti dell'uso personale, sarebbe integrato l'illecito amministrativo di cui all'art. 75 D.P.R. del 1990.

Nei successivi paragrafi, si proporranno le diverse interpretazioni sostenute dai giuristi, nonché le numerose sentenze a sostegno dell'uno o dell'altro orientamento.

---

<sup>52</sup> Cfr. Nota di G. AMATO, Cass. Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 18, Foro.it, vol. 116, n. 10, ottobre 1993, pp. 541-546; F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, CEDAM, 1993, pp.104 ss; G. CALAMAI, Dipendenze da sostanze, in [www.ipsicosi.it](http://www.ipsicosi.it), 2018.

## 2. PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

### 2.1 Le implicazioni costituzionali

#### 2.1.1 Come parametro costituzionale

Il principio di Offensività in ambito giuridico presenta una duplice natura, da un lato può essere considerato un parametro costituzionale, dall'altro una vera e propria categoria di diritto sostanziale.

L'offensività come parametro costituzionale permette di accertare se una legge sia coerente con la Costituzione. In ambito penale, l'intervento del legislatore dovrebbe risultare dall'equilibrio tra l'*extrema ratio* del sistema sanzionatorio e la necessità sociale di punire comportamenti lesivi di interessi rilevanti. Pertanto, il principio di offensività orienta l'azione legislativa proprio in funzione del già menzionato equilibrio e, al contempo, funge da parametro per lo scrutinio della Corte costituzionale. A sostegno della suddetta tesi si menziona l'art 25 Cost comma 2<sup>53</sup>, secondo il quale per "fatto commesso<sup>54</sup>" si intende "fatto offensivo commesso<sup>55</sup>". Dunque, l'intervento del legislatore penale si considera legittimo solo se coerente con il principio di offensività, ovvero quando intende punire un "fatto offensivo<sup>56</sup>". Ragion per cui, se l'organo legislativo emanasse una norma irrispettosa del principio in esame, la Corte Costituzionale dovrebbe abrogare la novella poiché in contrasto con la Costituzione<sup>57</sup>. Nonostante quanto esposto fin ora, il principio di offensività non sembra aver ampliato lo scrutinio della Corte, la quale di fatto continua a privilegiare la discrezionalità del potere legislativo<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> V. Art. 25 Cost. comma 2: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso".

<sup>54</sup> Cit. Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 5.

<sup>55</sup> Ibidem

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 1-5; A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, vol. 27, n. 1, 2021, pp 195-196.

<sup>58</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 6.

Da sempre, la dottrina è interessata allo studio dell'offensività come parametro di costituzionalità; dalla caduta del fascismo si è interrogata sui limiti del diritto penale nell'ottica di una futura Carta Costituzionale<sup>59</sup>. Tra le teorie più celebri è menzionabile quella di Franco Bricola: "Teoria generale del reato"<sup>60</sup>. Lo studioso presenta una visione del principio di offensività decisamente forte, considerando una disposizione penale legittima solo nel caso in cui punisca comportamenti lesivi di interessi costituzionalmente rilevanti. Ciò comporta che ogni qual volta si intende introdurre un nuovo reato, il legislatore è chiamato a controllare se il bene giuridico protetto sia menzionato in Costituzione (in caso contrario è necessario l'avvio del procedimento di revisione costituzionale<sup>61</sup>).

In opposizione alle affermazioni di Bricola, numerosi studiosi penalisti e costituzionalisti<sup>62</sup>, ritengono eccessivo correlare la legittimità della legge penale alla lesione di un bene giuridico costituzionalmente rilevante. Invero, la *Teoria* comporta, in primo luogo, una costante revisione costituzionale, nonché una necessaria criminalizzazione delle tutele già riconosciute dalla Carta. In secondo luogo, l'inidoneità della Costituzione a determinare i limiti dell'azione del legislatore e degli organi giudicanti, come pure l'incapacità di perseguire l'obiettivo di *extrema ratio* del diritto penale.

Alla luce di tali confutazioni è agevole rilevare che la teoria in esame, secondo cui il principio di offensività è rispettato quando la legge penale protegge valori presenti in Costituzione, è inadeguata a sostenere un ordinamento basato sulla gerarchia delle fonti, in cui la Carta Costituzionale detta principi inviolabili e limita i poteri dello Stato<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 7-8.

<sup>60</sup> V. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto dal *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1974, vol. XIX, pp. 7-93.

<sup>61</sup> Cfr. Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 9-10.

<sup>62</sup> Tra i quali Pietro Nuvolone, maestro dello stesso Bricola; Alberto Cadoppi, sostenitore della teoria tedesca *Kulturnormen* (il legislatore deve tutelare i beni ritenuti rilevanti dalla coscienza sociale); altri studiosi mostrarono interessi per costruzioni basati sul concetto di *harm e offence principle* (pongono l'attenzione sugli aspetti interrelazionali dell'illecito).

<sup>63</sup> Cfr. Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 12-13.

Concludendo, l'intervento del legislatore è conforme al principio di offensività quando sanziona fatti considerati offensivi, ovvero lesivi di interessi rilevanti.

### 2.1.2 In ambito esegetico-applicativo

Il principio di offensività in ambito logico-applicativo assurge a categoria del diritto sostanziale, dunque, direttamente applicabile dai giudici. Dal combinato disposto degli artt. 25 comma 2 Cost.<sup>64</sup> e 27 comma 3 Cost.<sup>65</sup> è possibile stabilire che il potere sanzionatorio deve essere esercitato solo in presenza di un "fatto offensivo"<sup>66</sup>, allo scopo di rieducare il condannato<sup>67</sup>. Il giudice, per considerare una condotta offensiva, deve valutare la fattispecie concreta, prestando particolare attenzione alla gravità del danno e al pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (art. 133 C.p. comma 1 n. 2<sup>68</sup>). Lo scrutinio sull'effettività della lesione del bene giuridico dovrebbe assicurare che il giudice non solo applichi una pena coerente con il fine rieducativo, ma soppesi anche la meritevolezza della tutela invocata dalla persona offesa dal reato. Inoltre, tale valutazione giudiziale dovrebbe restringere la discrezionalità dell'organo giudicante e, più in generale, limitare il potere punitivo dello Stato.

Di fatto, però, applicando il principio di offensività, i giudici estendono la loro discrezionalità, ragion per cui l'esito dei processi è sempre meno prevedibile<sup>69</sup>. Pertanto, tale principio ha decisamente più importanza nella realtà processuale rispetto allo scrutinio di costituzionalità.

---

<sup>64</sup> V. Art. 25 Cost. comma 2: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso".

<sup>65</sup> V. Art. 27 Cost. comma 3: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

<sup>66</sup> Cit. Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 5.

<sup>67</sup> Cfr. A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, vol. 27, n. 1, 2021, pp 195-196.

<sup>68</sup> V. Art. 133 C.p. comma 1 n. 2: "Dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato".

<sup>69</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp 6.

## 2.2 Reati di pericolo concreto, astratto e presunto

Il principio di offensività in materia di reati di pericolo genera diversi dubbi logico-interpretativi, tant'è vero che in dottrina e giurisprudenza si riscontrano orientamenti contrastanti.

Innanzitutto, per i reati di pericolo concreto, il legislatore prevede che l'illecito si realizzi solo se, nella fattispecie concreta, il bene giuridico tutelato sia stato effettivamente posto in una situazione di pericolo<sup>70</sup>. Per questa categoria di reati, la giurisprudenza della Corte risulta pressoché omogenea e, nella maggior parte dei casi, il principio di offensività è valorizzato.

Diversamente, i reati di pericolo astratto sono considerati dal legislatore formalmente pericolosi. Il giudice, infatti, può limitarsi a verificare la conformità della condotta con quella stabilita della fattispecie astratta, indipendentemente dal rischio rilevato in concreto.

Nei reati di pericolo presunto è esclusa la valutazione del caso in concreto, non tanto per la predeterminazione dell'offensività da parte del legislatore, ma quanto a causa dell'esistenza di presunzioni assolute che non ammettono alcuna prova contraria.

Queste ultime due figure di reato rappresentano categorie giuridiche diverse ma, in forza dell'orientamento secondo cui è necessaria una valutazione concreta della pericolosità della condotta, risulta inutile attribuire loro caratteri di autonomia. Nel proseguo dell'esposizione si utilizzerà la formula di reati di pericolo astratto per identificare entrambi i tipi<sup>71</sup>.

Non sempre i giudici hanno interpretato il principio di offensività in materia di reati di pericolo astratto in modo uniforme. Ad esempio, la Corte di Cassazione ha escluso che la violazione dei protocolli per la conservazione degli alimenti<sup>72</sup> costituisca di per sé un

---

<sup>70</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 20.

<sup>71</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 21-22.

<sup>72</sup> V. art 5 L. n. 283 del 30 aprile 1962, [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

reato, ritenendo dunque necessaria una valutazione in concreto<sup>73</sup>. Di contro, in materia di beni culturali ed ambientali, la stessa Corte ha considerato inutile esaminare l'effettivo pericolo potenzialmente prodotto da modifiche a beni paesaggisticamente vincolati, realizzati in assenza di autorizzazione<sup>74</sup>, in ragione della sua configurabilità come un reato di pericolo astratto<sup>75</sup>. Tuttavia, è possibile notare una tendenza volta a una generale applicazione del principio di offensività, conseguentemente estendibile anche in materia di reati di pericolo astratto. Malgrado ciò, sono ancora presenti eccezioni e tentennamenti che generano forte incertezza in sede esegetico-applicativa<sup>76</sup>.

In virtù dell'impiego giudiziale del principio di offensività nei casi riguardanti reati di pericolo astratto, il legislatore dovrebbe adottare delle cautele al fine di evitare che la pena sia ricollegata a meri atti preparatori o intenzioni criminose dell'agente. In primo luogo, si ritiene fondamentale che il reato di pericolo sia previsto a tutela di beni giuridici di rango elevato. In secondo luogo, il legislatore deve prevedere disposizioni sanzionatorie applicabili ai soli atti preparatori inequivocabilmente sintomatici di conseguenze offensive. Infine, devono essere ritenuti inidonei strumenti preventivi o di controllo meno incisivi, nell'ottica del rispetto dell'*extrema ratio* della norma penale<sup>77</sup>.

È possibile quindi concludere affermando una tendenziale, seppur non omogenea, applicazione del principio di offensività nell'ambito dei reati di pericolo.

---

<sup>73</sup> V. Sent. cass., Sez. III, 4 novembre 2011, Duclos, n. 439, Rv 251630; Sull'argomento v. V. DE GIOIA, *La vendita di alimenti in cattivo stato di conservazione: natura del reato, modalità di accertamento e soggetti responsabili*, in *Diritto penale contravvenzioni*, [www.njus.it](http://www.njus.it), 27 maggio 2021.

<sup>74</sup> V. Art. 181 D.lgs. n.42 del 22 gennaio 2014: "Chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere di beni paesaggistici è punito con le pene previste dall'art 44, lettera c), del D.P.R. n. 380 del 2001"

<sup>75</sup> V. Sent. cass., Sez. III, 2 ottobre 2018, Cosimo, n. 54692, in *Corte di cassazione penale sez. 3<sup>a</sup> 07/12/2018*, Sentenza n.54692, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it); Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa Press University, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 21-22.

<sup>76</sup> Cfr. A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa Press University, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 22

<sup>77</sup> A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, vol. 27, n. 1, 2021, pp 219.



### 2.3 Offensività in astratto e in concreto

La precedente esposizione in materia di reati di pericolo ci permette di introdurre uno dei temi più controversi riguardo alla coltivazione di sostanze stupefacenti: l'offensività in astratto e in concreto del reato di coltivazione<sup>78</sup>.

L'offensività in astratto consiste nel dovere del legislatore di sanzionare esclusivamente condotte in grado di ledere il bene giuridico protetto; di contro l'offensività in concreto si attua in ambito processuale, ove il giudice è chiamato a punire comportamenti con una certa portata lesiva<sup>79</sup>.

La coltivazione viene definita in via generale come ogni "attività diretta alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine<sup>80</sup>". Dalla disposizione codicistica si evince che la condotta di coltivazione è astrattamente offensiva in ogni fase dello sviluppo della pianta, poiché potenzialmente in grado di produrre sostanza stupefacente, perciò, lesiva della salute pubblica, della sicurezza, dell'ordine pubblico e del normale sviluppo delle giovani generazioni. Il legislatore ha considerato ogni atto indirizzato alla cura della pianta capace di incidere sulla produzione di sostanze stupefacenti, quindi lesivo del bene giuridico. Tuttavia, non si tiene conto dell'impossibilità di prevedere con certezza l'esito del processo biologico delle piante, data la differenza che ognuna presenta nel corso del proprio sviluppo<sup>81</sup>.

In seguito, la giurisprudenza delle Sezioni unite<sup>82</sup> ha definito la coltivazione come un reato di pericolo presunto, per cui si anticipa la tutela in ragione dell'importanza del bene

---

<sup>78</sup> M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 2.

<sup>79</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921.

<sup>80</sup> V. Art. 2135 C.c. Comma 2

<sup>81</sup> Cfr. O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Dike Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 1-2.

<sup>82</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921.

giuridico<sup>83</sup>. Di conseguenza, il dubbio interpretativo si sposta in sede giudiziale, interpellando gli indicatori dell'effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato<sup>84</sup>.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha adottato diversi criteri identificativi dell'offensività in concreto del reato di coltivazione. Sostanzialmente è possibile riunirli in tre categorie:

- L'idoneità della coltivazione a produrre sostanze stupefacenti. Dunque, la conformità del tipo botanico coltivato e la capacità di giungere a maturazione, anche rispetto ai mezzi e agli strumenti utilizzati<sup>85</sup>;
- La necessità che sia presente una certa quantità di sostanza psicotropa, contenente nell'immediatezza un livello di principio attivo sufficientemente alto<sup>86</sup>;
- L'effettiva capacità drogante della sostanza estratta dalla pianta<sup>87</sup>.

La Corte di Cassazione ha stabilito integrata l'offensività in concreto in presenza di un tipo botanico conforme a quelli vietati, della capacità drogante della sostanza estratta dalla pianta e dell'idoneità a confluire nel mercato dei stupefacenti (sentenza del 19 dicembre 2019, Caruso n. 12348<sup>88</sup>). Ebbene, la punibilità è da ritenersi esclusa quando vi sia una coltivazione inadatta a produrre sostanze stupefacenti, o se il prodotto finale

---

<sup>83</sup> V. Sent. Corte cost., n. 360 del 1995 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); sent. Corte cost., n. 296 del 1996 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); sent. Corte cost., n. 265 del 2005 [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>84</sup> Cfr. O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Duke Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 1-2.

<sup>85</sup> Sent. Cass., sez. III, 9 maggio 2013, De Vita, n. 256174, Rv. 256174, da particolarmente rilievo al quantitativo di principio attivo, alla sua attitudine a produrre sostanza stupefacente anche in relazione all'estensione e alla struttura della piantagione; V. anche sent. Cass., sez. VI, 16 marzo 2013, Cangemi, n. 22459, Rv. 255732; sent. Cass., sez. IV, 8 ottobre 2008, Taormina, n. 44287, Rv. 241991; sent. Cass., sez. VI, 9 gennaio 2014, M., n. 6753, Rv. 258998; sent. Cass., sez. IV, 27 dicembre 2015, Cinus, n. 44136, Rv. 264910.

<sup>86</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 17 febbraio 2011, Marino, n. 25674, Rv. 250721; sent. Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, Pezzato, n. 5254, Rv. 265641.

<sup>87</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 12 novembre 2001, Caserta, n. 564, Rv. 220448; sent. Cass., sez. VI, 13 dicembre 2011, Choukrallah, n. 6928 Rv. 252036; cfr. M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, in [www.giurisprudenzapenale.org](http://www.giurisprudenzapenale.org), 2016, n. 36, pp. 8-14.

<sup>88</sup> Rv. 278624.

non sia conforme a quello vietato, ovvero nel caso in cui il principio attivo sia talmente basso da rendere nullo l'effetto drogante.

#### **2.4 Rilevanza penale della condotta di coltivazione**

Il secondo tema fortemente dibattuto in dottrina e giurisprudenza riguarda la rilevanza penale della condotta di coltivazione, poiché quest'ultima non è menzionata tra gli illeciti amministrativi<sup>89</sup> ma solo tra le condotte sanzionate penalmente<sup>90</sup>. Alcuni lamentano una disparità di trattamento tra coloro che detengono sostanze auto coltivate e chi, invece, le acquista da altri<sup>91</sup>. A seguito del referendum del 1993 in materia di sostanze stupefacenti, il discrimine del penalmente rilevante si identifica con l'intenzione del soggetto. Tale distinzione non è applicabile alla fattispecie di reato relative alla condotta di coltivazione, la quale, ai sensi dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, viene sanzionata penalmente a prescindere dall'intento criminoso del reo<sup>92</sup>.

La Corte di Cassazione cerca di risolvere il contrasto giurisprudenziale che vede contrapposti, da un lato coloro che considerano la condotta di coltivazione ad uso personale integrata nell'illecito di detenzione e, dall'altro, chi considera la coltivazione un reato autonomo. La Corte aderisce a quest'ultimo orientamento esplicitando, però, la necessità di una verifica dell'offensività in concreto in sede processuale<sup>93</sup>(sent. sez. IV, 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605<sup>94</sup>).

Nel 2016 la Corte d'Appello di Brescia<sup>95</sup> solleva una questione di costituzionalità in ordine agli artt. 73 e 75 D.P.R. n. 309 del 1990, così come interpretati dal diritto vivente<sup>96</sup>. A parere del giudice rimettente, le norme censurate violano il principio di offensività in

---

<sup>89</sup> V. Art.75 D.P.R. n. 309/1990, in [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>90</sup> V. Art.73 D.P.R. n. 309/1990, in [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>91</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.org](http://www.giurisprudenzapenale.org), 2016, n. 36, pp. 1-2.

<sup>92</sup> Cfr. O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Duke Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2.

<sup>93</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.org](http://www.giurisprudenzapenale.org), 2016, n. 36, pp. 1-2.

<sup>94</sup> Rv. 239920-239921.

<sup>95</sup> Corte d'Appello di Brescia, ordinanze 10 marzo 2015 n. 98 e ordinanza 11 giugno 2015, n. 200, pubblicate in G.U. 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 22 e 41 del 2015.

<sup>96</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921.

astratto, poiché la coltivazione per uso personale non lede in alcun modo la salute pubblica, la sicurezza o l'ordine pubblico, proprio in ragione della sua inidoneità ad alimentare il mercato della droga. Oltretutto, l'ordinanza di rinvio palesa una disparità di trattamento tra chi è sorpreso all'esito dell'attività di coltivazione che, in quanto mero detentore, è assoggettabile a sanzioni amministrative, e chi, invece, è colto nell'atto di coltivare, punibile penalmente ai sensi dell'art. 73 D.P.R. 309 del 1990.

La Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione, definendo la coltivazione come astrattamente idonea ad "accrescere la quantità di stupefacente esistente e circolante"<sup>97</sup> e, pertanto, capace di ledere il bene giuridico protetto. Inoltre, rigetta anche la questione sulla disparità di trattamento tra detentore e coltivatore di sostanze psicotrope ad uso personale, essendo basata su una premessa errata, ovvero quella secondo cui la successiva condotta di detenzione assorbe quella precedente di coltivazione. A parere della Corte, il ragionamento si svolge in senso contrario: è la condotta di coltivazione ad assorbire quella di detenzione, sicché, anche il detentore di sostanza stupefacente autoprodotta è sanzionabile penalmente<sup>98</sup>.

D'altra parte, nel 2019<sup>99</sup> la Corte di Cassazione è tornata sull'argomento, ribaltando le precedenti interpretazioni. La Corte analizza la ratio dell'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990, identificandola nell'esauribilità della condotta entro la sfera personale dell'individuo. Secondo tale interpretazione, l'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 punisce solo le condotte capaci di affermarsi oltre il singolo, perciò, la condotta di coltivazione ad uso personale è sanzionabile solo a livello amministrativo, dal momento in cui per le quantità esigue di sostanze stupefacenti, per i mezzi e gli strumenti utilizzati, è destinata a concludersi entro i confini personali dell'individuo<sup>100</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che le questioni e i dubbi interpretativi in relazione al principio di offensività in materia di sostanze stupefacenti e alla rilevanza penale del

---

<sup>97</sup> Cit. M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.org](http://www.giurisprudenzapenale.org), 2016, n. 36, pp. 7.

<sup>98</sup> Cfr. Sent. Corte Cost., n. 190 del 2016 (ECLI:IT:COST:2016:190), pubblicata in G.U. n. 30 del 2016.

<sup>99</sup> Con sent. Cass., sez. un., 19 dicembre 2019, Caruso, n. 12348, Rv. 278624.

<sup>100</sup> Cfr. O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Duke Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2.

combinato disposto degli artt. 73 e 75 D.P.R. n. 309 del 1990, permangono. Nel corso della presente trattazione si cercherà di approfondire entrambi i profili, dapprima analizzando la legislazione di alcuni stati europei in materia di sostanze stupefacenti e, successivamente, presentando i punti fondamentali della giurisprudenza interna.

### 3. LE REALTÀ INTERNAZIONALI

#### 3.1 Excursus storico

Al termine della Seconda Guerra Mondiale cresceva l'esigenza di regolamentare a livello internazionale l'ambito delle sostanze stupefacenti. Il primo accordo è stato raggiunto nel 1961 con la Convenzione Unica di New York, modificata successivamente dai Protocolli di Ginevra del 1972.

Il "Preambolo"<sup>101</sup> della Convenzione di New York rivela le dinamiche politiche e sociali che hanno portato gli stati all'adesione di una contrattazione comune. Esso si apre mostrando preoccupazione per la tossicomania, presentata con tono aspramente tragico e drammatico, sintomo di un passato di intolleranze, discriminazioni e paura. La Convenzione propone una verità assoluta, valida per tutti gli stati, incurante delle diversità culturali esistenti anche in materia di stupefacenti, tutelando così la maggioranza ed emarginando gruppi sociali minori. Si è optato per un divieto integrale delle sostanze stupefacenti vegetali, considerando inutile l'opposizione della minoranza rappresentata dei paesi produttori di stupefacenti, i quali sostenevano un uso farmaceutico e culturale di tali sostanze<sup>102</sup>.

L'art. 2 della Convenzione prevede la suddivisione delle sostanze stupefacenti in quattro tabelle, sulla base della loro pericolosità, del loro possibile utilizzo in campo medico e

---

<sup>101</sup> V. Preambolo, Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961 nella versione modificata dal Protocollo di emendamenti del 25 marzo 1972 della Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961: "Le Parti, preoccupate per la salute fisica e morale dell'umanità, riconoscendo che l'utilizzazione medicinale degli stupefacenti permane indispensabile per alleviare il dolore e che le misure volute devono essere adottate per assicurare che stupefacenti siano disponibili a questo scopo, riconoscendo che la tossicomania rappresenta una grande calamità per l'individuo e costituisce un danno economico e sociale per l'umanità, consapevoli del dovere che loro incombe di prevenire e combattere questa grande calamità, considerando che per risultare efficaci i provvedimenti adottati contro l'abuso degli stupefacenti debbono essere coordinati e universali, ritenendo che un'azione universale di questo genere esige una cooperazione internazionale retta dai medesimi principi e mirante alla realizzazione di scopi comuni, riconoscendo la competenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite in materia di controllo degli stupefacenti e auspicando che gli Organi internazionali interessati siano raggruppati nel quadro di questa organizzazione, desiderando concludere una Convenzione internazionale da tutti accettabile che sostituisca la gran parte dei Trattati esistenti relativi agli stupefacenti, che limiti l'utilizzazione degli stupefacenti per scopi medicinali e scientifici e che stabilisca una durevole cooperazione internazionale per realizzare questi principi e per raggiungere questi scopi, convengono quanto segue:".

<sup>102</sup> Cfr. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, PROGETTO GIUSTIZIA PENALE, n. 3, 2018, pp. 213-214.

scientifico, nonché rispetto della loro capacità di generare dipendenza negli individui. Nella lista IV sono elencate le sostanze ritenute più rischiose, tra le quali eroina e cannabis<sup>103</sup>. D'altro canto, tale categorizzazione non è sempre sostenuta da evidenze scientifiche circa la pericolosità delle sostanze, essendo l'obbiettivo principale quello di un'eliminazione integrale delle droghe al fine di assicurare il continuo progresso della società.

Nel 1971, a Vienna, è stata firmata una seconda Convenzione che riprende lo schema normativo utilizzato nella quadripartizione della Convenzione di New York, quest'ultima, però, applicata alle sostanze sintetiche. Con la suddetta intesa gli stati hanno ampliato la loro autonomia legislativa nazionale, così da poter garantire una circolazione e un utilizzo lecito di tali sostanze entro i confini statali<sup>104</sup>.

Infine, nel 1988, nella medesima città austriaca, si è conclusa l'ultima Convenzione della triade in materia di sostanze stupefacenti. L'atteggiamento è decisamente più repressivo rispetto alle convenzioni precedenti, sia perché vengono sottoposte ad autorizzazione sostanze prive di capacità droganti<sup>105</sup>, sia perché si impongono agli Stati molteplici obblighi di criminalizzazione<sup>106</sup>, la cui realizzazione deve avvenire nel rispetto dei "principi costituzionali e i concetti fondamentali dell'ordinamento giuridico"<sup>107</sup>. La

---

<sup>103</sup> V. Art. 2 par. 5, Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961 nella versione modificata dal Protocollo di emendamenti del 25 marzo 1972 della Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961: "Gli stupefacenti della Tabella IV sono ugualmente inclusi nella Tabella I e sottoposti a tutte le misure di controllo applicabili agli stupefacenti di questa ultima Tabella, e inoltre:

a) le Parti devono adottare tutte le misure di controllo speciali che, a loro giudizio, sono necessarie in ragione delle proprietà particolarmente nocive degli stupefacenti previsti; e  
b) le Parti devono, a loro giudizio, se la situazione nel loro Paese lo richiede, come mezzo più appropriato per proteggere la salute pubblica, vietare la produzione, la fabbricazione, l'esportazione e l'importazione, il commercio, la detenzione o l'utilizzazione di tali stupefacenti, a eccezione delle quantità che potrebbero essere necessarie esclusivamente per la ricerca medica e scientifica, ivi compresi gli esperimenti clinici con i suddetti stupefacenti, esperimenti che devono avere luogo sotto la sorveglianza e il controllo diretti della Parte interessata".

<sup>104</sup> Cfr. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, PROGETTO GIUSTIZIA PENALE, N. 3, 2018, pp. 214-215.

<sup>105</sup> Ad esempio i precursori.

<sup>106</sup> V. art. 3 par 1 Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, 1988, per l'elenco delle condotte da criminalizzare.

<sup>107</sup> Cit. Art. 3 par. 2, Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, 1988: "Fatti salvi i propri principi costituzionali ed i concetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico, ciascuna Parte adotta le misure necessarie per attribuire la natura di reato, conformemente alla propria legislazione interna, qualora l'atto sia stato commesso intenzionalmente, alla

convenzione impone un intervento statale in relazione a condotte quali la detenzione, l'acquisto e il consumo di sostanze, ma anche riguardo alle misure di riabilitazione e trattamento del reo<sup>108</sup>.

Le suddette convenzioni hanno inoltre istituito una serie di organi con mansioni di controllo e vigilanza:

- La Commission on Narcotic Drugs (CND), organo consultivo del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC): la CND presiede alle modifiche delle classificazioni delle sostanze pericolose e può emanare risoluzioni di politica generale sempre in materia di stupefacenti.
- Il Comitato internazionale di controllo dei narcotici (INCB), braccio operativo delle Nazioni Unite. Quest'organo deve intervenire in casi di violazioni talmente gravi da compromettere gli scopi del trattato stesso. Nella storia la procedura è stata attuata solo una volta: nel 2000, nei confronti delle coltivazioni del papavero da oppio in Afghanistan.
- Il Segretario degli Organi impiegati nell'implementazione del sistema di controllo globale. Al giorno d'oggi, questo ruolo è svolto dall'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC)<sup>109</sup>.

È possibile quindi affermare che le convenzioni internazionali presentano una disciplina chiara e precisa che garantisce la possibilità di intervento del legislatore nazionale. La

---

detenzione ed all'acquisto di stupefacenti e di sostanze psicotrope, alla coltivazione di stupefacenti destinati al consumo personale in violazione delle disposizioni della Convenzione di Vienna del 1961, della Convenzione del 1961 così come modificata oppure della Convenzione del 1971".

<sup>108</sup> V. Art. 4 let. b, c e d: "b) Le Parti possono prevedere che l'autore del reato sarà sottoposto a misure di trattamento terapeutico, di istruzione, di assistenza sanitaria postospedaliera, di riadattamento o di reinserimento sociale, come misure complementari alla condanna o alla sanzione penale decretata per un reato determinato in conformità con il paragrafo 1 del presente articolo.

c) Nonostante le disposizioni dei capoversi precedenti, in casi adeguati di reati di natura minore le Parti possono in particolare prevedere in luogo di una condanna o di una sanzione penale misure di educazione, di riadattamento o di reinserimento sociale nonché, qualora l'autore del reato sia un tossicomane, misure di trattamento terapeutico e di assistenza sanitaria post-ospedaliera.

d) Le Parti possono prevedere che misure di trattamento terapeutico, di educazione, di assistenza sanitaria post-ospedaliera, di riadattamento o di reinserimento sociale dell'autore del reato siano, sia in sostituzione della condanna o della pena decretate per un reato determinato conformemente con le disposizioni del paragrafo 2 del presente articolo, sia in aggiunta ad essa".

<sup>109</sup> Cfr. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, PROGETTO GIUSTIZIA PENALE, N. 3, 2018, pp. 214-217.



seguinte esposizione prosegue richiamando per brevi cenni i sistemi normativi di diversi stati europei in materia di sostanze stupefacenti.

### **3.2 Confronto delle normative di vari stati in UE**

#### AUSTRIA

In Austria, nel 1951, è entrata in vigore la prima legge organica in materia di sostanze stupefacenti<sup>110</sup>, modificata poi nel 1971 e nel 1980. Da sempre, la normativa austriaca ha considerato il tossicodipendente come una persona malata, bisognosa di cure e assistenza, perciò, risulta chiara la predilezione austriaca verso il principio della terapia anziché quello della punizione, prevedendo strumenti di riabilitazione e disintossicazione. Diversamente, le fattispecie sanzionatorie del detentore e del trafficante di sostanze stupefacenti differiscono in base alla quantità, alla natura della sostanza in possesso e alla frequenza del suo utilizzo. Sia la condotta di detenzione e consumo personale che quella di traffico o cessione a terzi sono punite penalmente, per le seconde, però, le sanzioni sono più gravi<sup>111</sup>.

#### SPAGNA

La Spagna è tra gli stati firmatari delle Convenzioni Onu di New York del 1961 e di Vienna del 1971. Una legge organica interna in materia di stupefacenti è stata promulgata solo nel 1992<sup>112</sup>, la quale prevede delle sanzioni amministrative applicabili a coloro che possiedono o usano sostanze stupefacenti in luoghi pubblici. Anche le comunità autonome della Spagna hanno approvato leggi in materia di sostanze psicotrope, vigenti entro i propri confini. Il Governo spagnolo non ha ancora provveduto a legiferare in materia di sostanze vietate; pertanto, a tal fine, si considerano le tabelle di cui alle convenzioni internazionali. Inoltre, i giudici, nel sanzionare l'uso o il possesso di sostanze

---

<sup>110</sup> V. Narcotic Drugs Act, in [www.emcdda.europa.eu](http://www.emcdda.europa.eu).

<sup>111</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 7-14.

<sup>112</sup> V. L. organica n. 1 del 21 febbraio 1992, cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 7-14.

stupefacenti, devono tener conto della gravità della condotta rispetto al pericolo per la salute pubblica<sup>113</sup>.

## BELGIO

Fin dal 1921<sup>114</sup> in Belgio troviamo un sistema normativo volto alla determinazione delle sostanze vietate poiché ritenute pericolose, nel caso di specie si tratta di veleni, saporiferi, narcotici, disinfettanti e antisettici. Tale disciplina è stata successivamente modificata dalla legge del 1975<sup>115</sup> e da quella del 1994<sup>116</sup>, con cui si è diversificato il sistema sanzionatorio per le sostanze tossiche, i disinfettanti e gli antisettici da un lato, e per i narcotici o sostanze da cui può discendere una dipendenza, dall'altro.

Dipoi, nel 2003, la disciplina viene radicalmente rivista<sup>117</sup>; le principali innovazioni riguardano, in primo luogo, l'introduzione di un sistema di tutele preventive per i consumatori non problematici. In secondo luogo, di strumenti per il trattamento dei consumatori abituali e, in terzo luogo, l'istituzione di misure repressive nei confronti di produttori e spacciatori. Un ulteriore importante innovazione, introdotta dalla sopracitata legge, riguarda la distinzione sanzionatoria prevista per il consumo di cannabis e l'utilizzo di altre droghe, in particolar modo il possessore di cannabis ad uso personale non incorre in alcuna sanzione<sup>118</sup>.

## FRANCIA

La prima legge francese in materia di sostanze stupefacenti è stata promulgata nel 1970<sup>119</sup>. Nel corso degli anni, la disciplina è stata più volte rettificata, ciononostante l'obiettivo di fondo è rimasto invariato: reprimere l'uso degli stupefacenti prevedendo strumenti di sostegno e assistenza per coloro che li richiedessero.

---

<sup>113</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 15-20.

<sup>114</sup> L. del 24 febbraio 1921.

<sup>115</sup> L. 9 luglio 1975.

<sup>116</sup> L. 14 luglio 1994.

<sup>117</sup> L. 4 aprile 2003; L. 3 maggio 2003; decreto reale di attuazione 16 maggio 2003.

<sup>118</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 20-26.

<sup>119</sup> L. 31 dicembre 1970

Il legislatore francese ha suddiviso le sostanze vietate in tabelle<sup>120</sup>, le quali teoricamente non hanno nessuna rilevanza penale. Tuttavia, il Pubblico Ministero deve esercitare l'azione penale sulla base del principio di opportunità, ovvero solo in assenza di circostanze particolari che giustifichino il fatto<sup>121</sup>, dunque, è possibile affermare che la natura della sostanza è uno dei criteri fondamentali per decidere se perseguire o meno una condotta. Ebbene, le tabelle aventi ad oggetto le sostanze vietate, in sede processuale, assumono una certa rilevanza penale. Ad ogni modo, la giurisprudenza francese privilegia sanzioni alternative alla reclusione per i reati minori, come strumenti terapeutici o forme di patteggiamento.

Nel 2016 sono state introdotte le SCMR (*salles de consommation à moindre risque*), camere in cui è possibile assumere droghe sia per inalazione che per iniezione, in condizioni più sicure. L'obiettivo è duplice: da un lato migliorare la salute dei cittadini, limitando le infezioni quali HIV o Epatite C e le complicazioni da Overdose, riducendo altresì le visite al pronto soccorso, dall'altro quello di garantire un contatto diretto con le strutture di disintossicazione. Le SCMR non consentono un risparmio della spesa pubblica, almeno per i prossimi dieci anni, ma in relazione alle precedenti sperimentazioni, assicurano il miglior rapporto costo-efficacia<sup>122</sup>.

## GERMANIA

---

<sup>120</sup> V. Allegato al decreto legge 22 febbraio 1990

<sup>121</sup> V. Article 40-1 Code de procédure pénale, modificata dalla L. n. 1691 del 2016: "Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun :

1° Soit d'engager des poursuites ;

2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles [41-1](#), [41-1-2](#) ou [41-2](#) ;

3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient". Sull'argomento anche S. GABORIAU, *Istituzioni e organi di garanzia in Francia*, in *Osservatorio internazionale*, Questione di Giustizia, Roma, Associazione Magistratura Democratica, 23 aprile 2014; C. DI STEFANO, *L'azione penale tra il principio di legalità e principio di opportunità: l'esperienza francese*, Dottorato di ricerca in discipline penalistiche diritto e procedura penale, Università di Firenze, facoltà di giurisprudenza.

<sup>122</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 33-38;

A partire dal 1960, in Germania il consumo e il traffico di sostanze stupefacenti è aumentato vertiginosamente, pertanto, il Governo tedesco è intervenuto emanando una legge di stampo proibizionista<sup>123</sup>.

La propensione tedesca alla repressione del commercio delle sostanze stupefacenti ha oggi subito un deciso cambio di rotta: nel 2017 il legislatore ha depenalizzato l'uso medico della Cannabis e, quattro anni più tardi, è stato legalizzato anche il suo uso ricreativo. Secondo l'Università di Heinrich Heine di Düsseldorf, la sopracitata tolleranza garantirebbe alla Germania non solo nuovi posti di lavoro (sia nelle imprese di produzioni che di distribuzione), ma anche un considerevole aumento degli introiti pubblici. Inoltre, il governo tedesco, nel valutare la proposta, ha tenuto conto di alcuni studi condotti su 21 stati negli Usa, i quali dimostrano che la legalizzazione dell'uso personale di Cannabis nelle aree interessate ha comportato una riduzione delle rapine e delle violenze<sup>124</sup>.

#### PAESI BASSI

Nel 1919, a seguito della Convenzione internazionale dell'Aia del 1912, il Governo dei Paesi Bassi ha emanato una legge sull'oppio. Oggi il quadro legislativo olandese è sostanzialmente basato sulla differenziazione tra droghe leggere, per lo più prodotti della Cannabis, e droghe pesanti, i cui rischi sono inaccettabili. La politica in materia di sostanze stupefacenti è decentrata a livello locale, la quale in ogni caso è chiamata a rispettare le linee guida nazionali.

In Olanda non è criminalizzato l'uso di sostanze stupefacenti, se non in particolari situazioni come nelle scuole o nei trasporti pubblici. Diversamente dall'uso, il possesso di stupefacenti è penalmente rilevante; i Pubblici Ministeri, però, tendono a perseguire solo chi detiene più di 5gr di Cannabis o più di 0,5gr di altre sostanze, sicché il possessore di piccole quantità di stupefacenti generalmente rimane impunito.

D'altro canto, la coltivazione e la distribuzione di droghe restano sanzionate penalmente, con l'eccezione dei *coffee-shop*, dove è tollerata la vendita e il consumo di sostanze<sup>125</sup>,

---

<sup>123</sup> Narcotics Act, Betäubungsmittelgesetz, del 1971.

<sup>124</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 38-41.

<sup>125</sup> Cfr. R. TUCCILLO, Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 51-52.

nel rispetto dei seguenti limiti: la proibizione di vendita di sostanze ai minori, il divieto di fare pubblicità e di somministrazione di alcolici o le soglie massime di stupefacenti immagazzinabili<sup>126</sup>.

Nel 2018 si è dato il via ad una sperimentazione che coinvolge dieci *coffee-shop* di comuni diversi, i quali possono vendere solo sostanze stupefacenti prodotte da coltivatori designati dallo Stato. L'obiettivo è quello di avere un maggior controllo sulla distribuzione e sulla coltivazione della cannabis<sup>127</sup>.

Il 15 dicembre 2023, a Breda e Tilburg parte il primo progetto in Europa riguardo alla legalizzazione della cannabis, allo scopo di studiare gli effetti della legalizzazione sui consumatori, così da garantire, in futuro, una politica della cannabis più responsabile<sup>128</sup>.

## MALTA

Malta ha regolato l'ambito delle sostanze stupefacenti attraverso un sistema binario, composto da due ordinanze: quella sulle professioni mediche del 1901 e quella sulle droghe pericolose del 1939. Nel corso del tempo, la disciplina ha subito diverse modifiche, nonostante il sistema di fondo sia rimasto invariato. La vera novità è stata introdotta nel 2021, con l'entrata in vigore della legge sull'Autorità per l'Uso Responsabile della Cannabis, prevedendo che chi ha compiuto diciotto anni può possedere fino a 7gr di Cannabis, può coltivare fino a quattro piantine in casa e ne può conservare fino a 50gr<sup>129</sup>.

## REGNO UNITO

---

<sup>126</sup> Cfr. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, PROGETTO GIUSTIZIA PENALE, N. 3, 2018, pp. 218-219.

<sup>127</sup> Cfr. R. TUCCILLO, *Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE*, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 56-57.

<sup>128</sup> Cfr. *Olanda: parte a dicembre il progetto pilota per la legalizzazione*, in [www.dolcevitonline.it](http://www.dolcevitonline.it), 29 settembre 2023; *Olanda: al via il progetto di legalizzazione della cannabis*, in [www.justmary.fun.it](http://www.justmary.fun.it), 30 settembre 2023.

<sup>129</sup> Cfr. S. VOSER, *Comprendere la riforma di legalizzazione della cannabis a Malta*, in [www.royalqueenseeds.it](http://www.royalqueenseeds.it), 23 marzo 2022; E. COLLADO, *Marijuana a Malta: scopri le nuove norme sulla cannabis*, in [www.growbarato.net](http://www.growbarato.net), 2023; Cfr. R. TUCCILLO, *Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE*, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 62.

Nel Regno Unito le sostanze stupefacenti sono regolate dal Misuse of Drugs Act del 1971 e dai suoi regolamenti, principalmente il Misuse of Drugs Regulations del 1985. L'assetto normativo britannico mira a controllare l'importazione, l'esportazione, la produzione, la fornitura e il possesso degli stupefacenti. Le disposizioni di dettaglio sono demandate alla competenza legislativa statale, di fatto, però, non si rilevano evidenti differenze tra le normative nazionali. Secondo il MDA<sup>130</sup>, l'uso e il consumo di sostanze non costituiscono reato, al contrario del possesso che viene sanzionato penalmente. Inoltre, il possessore di eroina o cocaina è punito più pesantemente rispetto a colui che detiene cannabis o anfetamine<sup>131</sup>.

Volendo trarre una considerazione di sintesi è possibile affermare che la maggior parte dei paesi europei condanna il possesso, il traffico e la coltivazione degli stupefacenti, mentre rispetto all'uso, il quadro legislativo appare decisamente più eterogeneo. Storicamente la scelta più diffusa è stata quella di una repressione delle sostanze stupefacenti, ciononostante, nessuno Stato è riuscito a depennare le droghe dall'uso comune. Alcuni legislatori europei, preso atto di tale fallimento, hanno cambiato prospettiva, abbandonando la visione proibizionista a favore di sperimentazioni volte alla legalizzazione controllata dell'uso e della coltivazione di sostanze stupefacenti.

### **3.3 I contesti culturali**

Dopo aver analizzato brevemente la legislazione in materia di sostanze stupefacenti di alcuni stati europei, si ritiene rilevante soffermare l'attenzione al tema dei contesti culturali. Infatti, oggi, le interazioni tra culture sono sempre più frequenti, non solo grazie alla globalizzazione, ma anche a causa dei forti fenomeni migratori. Spesso nascono contrasti dalla convivenza di più culture, soprattutto in relazione alle credenze religiose o alle abitudini, molto più raramente i conflitti riguardano i principi o le disposizioni dell'ordinamento, sicché il giudice si trova a dover dirimere alcune controversie non previste astrattamente dal legislatore. In materia di consumo di sostanze stupefacenti, la questione è decisamente più spinosa. Numerose credenze religiose impongono il

---

<sup>130</sup> Misuse of Drugs Act del 1971.

<sup>131</sup> Cfr. R. TUCCILLO, *Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE*, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 76-78.

consumo abituale di sostanze psicotrope, ragion per cui, la detenzione di ingenti quantità di stupefacenti risulta perfettamente coerente con i fabbisogni spirituali<sup>132</sup>. Ebbene, il giurista è posto davanti ad un bivio: deve prevalere la libertà di culto o la salute dei consociati? O meglio, fino a che punto deve essere tutelata la libertà di culto?

Con il proseguire dell'esposizione, si cercherà di presentare i diversi orientamenti adottati dalla giurisprudenza italiana ed estera, nei casi in cui la disciplina in materia di sostanze stupefacenti collide con le pratiche religiose.

Il primo caso riguarda un cittadino italiano, già condannato in primo grado e in appello per illecita detenzione di circa 100gr di marijuana ai fini di spaccio. Egli lamenta davanti alla Cassazione la carenza, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione della sentenza di condanna. Il ricorrente si professa seguace della religione rastafariana<sup>133</sup> che impone ai suoi adepti l'uso giornaliero di sostanze stupefacenti.

Secondo l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione, devono essere provati tutti gli elementi della condotta di spaccio affinché l'imputato possa considerarsi colpevole, più precisamente l'ingente quantità, la modalità di presentazione e le altre circostanze<sup>134</sup>.

Le prove a sostegno delle sentenze precedenti dimostrano solo il requisito della quantità, oltretutto non in modo così schiacciante da far venir meno la necessità di altre valutazioni. Per giunta, la Corte ritiene che quanto dimostrato dal ricorrente in termini di altre circostanze, ovvero il suo credo religioso e la sua disponibilità alla collaborazione, pongano diversi dubbi sulla finalità della condotta posta stessa. L'organo giudicante interpreta restrittivamente le disposizioni penali al fine di evitare l'inflizione di pene

---

<sup>132</sup> Cfr. S. CANALI, *L'uso di sostanze psicoattive come bisogno di spiritualità?*, in [www.psicoadattivo.com](http://www.psicoadattivo.com), 13 marzo 2022; L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino, 2008, n. 3, pp. 1039-1042.

<sup>133</sup> Il Rastafarianesimo è un movimento religioso, culturale e sociale che ha avuto origine in Giamaica nel corso del XX secolo. I suoi seguaci sono chiamati Rastafariani o Rastafarians. Questo movimento si è sviluppato all'interno della comunità nera in risposta alle condizioni sociali, politiche ed economiche dell'epoca. I Rastafariani attribuiscono una grande importanza a Haile Selassie I, l'ex imperatore d'Etiopia (allora chiamata Abissinia), come la figura centrale della loro fede. Molti credono che Selassie I sia l'incarnazione di Dio e lo considerano come il Messia o una manifestazione divina.

<sup>134</sup> L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino, 2008, n. 3, pp. 1042-1045.

eccessive rispetto alla gravità del caso di specie, prescindendo ogni argomentazione religiosa<sup>135</sup>.

Nella giurisprudenza inglese si riscontrano diversi casi in cui un cittadino straniero, giunto da poco nel Regno Unito, detiene un'ingente quantità di sostanze stupefacenti con l'intento di adempiere ai propri obblighi religiosi. I giudici britannici escludono l'applicazione di una scriminante di tipo culturale. Tuttavia, occasionalmente, riconoscono un'assenza di dolo o un errore scusabile a coloro che, essendosi appena trasferiti, non possono conoscere le conseguenze legali relative alle loro pratiche culturali.

Anche negli Stati Uniti, nel caso *Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, si è negata l'esistenza di una scriminante generale in nome della libertà di culto. Il caso di specie riguarda la mancata concessione del sussidio di disoccupazione da parte dello Stato dell'Oragon a due nativi americani, i quali sono stati licenziati da una struttura volta alle cure dei tossicodipendenti per aver consumato peyote<sup>136</sup> a fini religiosi. La clausola "free exercise of religion"<sup>137</sup> garantisce la libertà religiosa, fin tanto che questa non comporti vantaggi economici od arbitrarie discriminazioni. La Corte, dunque, accoglie il ricorso in quanto i due nativi americani, non avendo prodotto profitto, agiscono entro i confini della libertà di culto<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino, 2008, n. 3, pp. 1048-1050.

<sup>136</sup> Si tratta di una pianta allucinogena (c.d. Lophophora) appartenente alla famiglia delle cactacee, la cui polpa è utilizzata dai nativi americani in riti religiosi e sciamanici.

<sup>137</sup> L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino, 2008, n. 3, pp. 1048.

<sup>138</sup> L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino, 2008, n. 3, pp. 1045-1048.



## 4. LE SENTENZE

Dopo aver esaminato la legislazione in merito alle sostanze stupefacenti in Italia, aprendo lo sguardo anche alle politiche di qualche stato europeo, si intende ora analizzare alcune sentenze della Corte di Cassazione, fondamentali per l'interpretazione delle disposizioni in materia.

### 4.1 Sent. Cass., sez. un., del 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605

La Corte d'Appello di Milano, in data 5 dicembre 2003, conferma la sentenza resa il 25 marzo 2003 dal Tribunale di Vigevano; quest'ultimo ritiene colpevole D.S.V. di aver coltivato 7 piante di cannabis indica con 2.13gr di principio attivo<sup>139</sup>.

La Corte d'Appello di Milano sostiene che il reato di coltivazione dev'essere considerato un reato di pericolo e, quindi, ai fini della sua applicabilità non rilevano le dimensioni della coltivazione o il grado di THC reperibile dalle piante in quel dato momento.

Il ricorrente presenta, dunque, ricorso in Cassazione, lamentando "l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale"<sup>140</sup>. In particolare, D.S.V. asserisce che la condotta accertata non integra il reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309 del 1990, considerato che un numero esiguo di piante, coltivate con strumenti rudimentali, per farne un uso personale e da cui non è possibile rinvenire effetto drogante, non configura una coltivazione in senso tecnico agrario.

Ebbene, alle Sezioni Unite è presentata la seguente questione: "se la condotta di coltivazione di piante, dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, sia penalmente rilevante anche quando sia realizzata per destinazione del prodotto ad uso personale"<sup>141</sup>.

La Corte di Cassazione rileva l'esistenza di due orientamenti contrastanti:

1. Il primo, ritiene la condotta di coltivazione penalmente rilevante indipendentemente dal numero di piantine, dal loro grado di tossicità o dalle modalità di coltivazione, questi elementi potranno essere eventualmente

---

<sup>139</sup> Ai sensi dell'art. 73 D.P.R. 309 del 1990, [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>140</sup> Cit. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 2; V. art. 606 comma primo, lett. c) c.p.p., [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>141</sup> Cit. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 2.

considerati dal giudice per determinare la gravità del reato<sup>142</sup>. Inoltre, la condotta di coltivazione si distingue dalla mera detenzione poiché ha una capacità offensiva del bene giuridico maggiore, invero è idonea ad aumentare la quantità di stupefacenti già circolante nel mercato. Tuttavia, è doveroso sottolineare come, secondo tale orientamento, sia comunque necessaria una valutazione in concreto dell'offensività della condotta, non essendo punibile una coltivazione inidonea a ledere la salute pubblica<sup>143</sup>;

2. l'orientamento dottrinale minoritario include la c.d. "coltivazione domestica"<sup>144</sup> nel genere più ampio della "detenzione"<sup>145</sup>, ritenendo quest'ultima condotta immediatamente successiva<sup>146</sup>. Pertanto, in capo a colui che coltiva sostanze stupefacenti per uso personale sussiste soltanto una responsabilità amministrativa.

Le Sezioni unite, tra le argomentazioni, menzionano due sentenze della Corte Costituzionale in contrasto tra loro:

La Sent. n. 443 del 1994<sup>147</sup>, prendendo atto dell'abolizione della clausola "dose media giornaliera" a seguito del referendum del 1993<sup>148</sup>, riconosce la possibilità di interpretare estensivamente la condotta di detenzione, includendo anche la c.d. "coltivazione domestica"<sup>149</sup>.

---

<sup>142</sup> V. sez. VI, 9 giugno 2004, De Rimini, n. 31472, Rv. 229311.

<sup>143</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 13 aprile 2001, Vicini, n. 15688, Rv. 263136; Sent. Cass., sez. IV, 6 giugno 2005, Bortoletto, n. 20938 Rv. 231631.

<sup>144</sup> Cit. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 3.

<sup>145</sup> Art. 75 D.P.R. n. 309/1990 in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>146</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 10 maggio 2007, Notaro, n. 17983, Rv. 236666; sull'argomento anche sent. cass., sez. IV, 3 agosto 2007, Satta, n. 31968, Rv. 237210; sent. cass., sez. IV, 31 ottobre 2007, Mantovani, n. 40362, Rv. 237915; sent. cass., sez. IV, 19 novembre 2007, Piersanti, n. 42650, Rv.238153.

<sup>147</sup> Sent. con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 28, 72, 73 e 75 del D.P.R. 309/1990 nella parte in cui non escludevano la illecità penale delle condotte di coltivazione o fabbricazione di stupefacenti destinate all'uso personale.

<sup>148</sup> V. D.P.R. n. 171/1993, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

<sup>149</sup> Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 3.

Diversamente, la sent. n. 360 del 1995<sup>150</sup> riprende una visione più stringente, ritenendo che la coltivazione, seppur domestica, offende considerevolmente, si giustifica perfettamente la scelta legislativa di integrare tale condotta come reato. Inoltre, la Corte Costituzionale definendo la coltivazione come un reato di pericolo, sottolinea, altresì, la necessaria valutazione giudiziale circa l'offensività in concreto della condotta.

In conclusione, le Sezioni Unite ribadiscono la rilevanza penale della condotta di coltivazione anche quando sia destinata all'uso personale. Innanzitutto, manca quel nesso di immediatezza tra coltivazione e detenzione che invece sussiste tra detenzione e consumo. Secondo poi, il legislatore, nonostante le diverse modifiche della disciplina, non ritiene necessario ricomprendere la coltivazione domestica tra le condotte di cui all'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990. Infine, la Corte asserisce che la differenziazione tra coltivazione tecnico agraria e domestica sia arbitraria, giacché, non è sostenuta da nessuna disposizione. Infine, riprendendo la maggiore pericolosità della condotta di coltivazione rispetto alla detenzione, si giustifica l'anticipazione della tutela e, dunque, la sua configurabilità a reato di pericolo previa verifica dell'offensività in concreto in sede processuale<sup>151</sup>

#### **4.2 Sent. Cass., sez. un., del 30 maggio 2019, C.L., n. 30475**

In data 19 Ottobre 2018, il G.i.p. del Tribunale di Ancona dispone il sequestro preventivo ai danni di C.L. di 13kg di foglie e inflorescenze di Cannabis, detenuti presso il suo punto vendita con l'intento di commercializzarle. Il Tribunale di Ancona, invece, il 23 novembre 2018, revoca il sequestro, poiché ritiene che le inflorescenze rientrino tra le coltivazioni licite e che la successiva vendita non sia punibile ai sensi della L. n. 242 del 2016<sup>152</sup>.

Successivamente, il Procuratore della Repubblica propone ricorso in Cassazione, lamentando la violazione di legge ed il vizio di motivazione. A parere del ricorrente, il Tribunale di Ancona commette due errori. In primo luogo, ai sensi della L. n. 242 del 2016

---

<sup>150</sup> Sent. con cui la Corte Costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 75 D.P.R. 309/1990 in relazione agli artt. 3, 13, 25, 27 Cost.

<sup>151</sup> Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 8-10.

<sup>152</sup> V. L. n. 242 del 2016, art. 2, comma 2, lettera g): "Dalla canapa coltivata ai sensi del comma 1 è possibile ottenere: ... g) coltivazioni destinate al florovivaismo".

è esclusa la punibilità per la mera condotta di coltivazione; non è, dunque, estendibile anche alla commercializzazione dei prodotti derivanti dalla Cannabis<sup>153</sup>. In secondo luogo, stando alle analisi tossicologiche, le inflorescenze presentano un livello di THC superiore allo 0.6%, per cui è comunque da escludere l'applicabilità della novella in argomento, la quale regola solo le coltivazioni con un più basso livello di THC.

C.L. a mezzo del suo difensore, sostiene la tesi opposta, secondo la quale la scriminante deve essere applicata anche al commerciante, ritenendo la L. n. 242 del 2016 eccezionale rispetto alla disciplina del Testo Unico.

La Quarta Sezione penale in data 8 febbraio 2019 rimette la questione alle Sezioni Unite, presentando il seguente quesito: "Se le condotte diverse dalla coltivazione di canapa delle varietà di cui al catalogo indicato nell'art. 1, comma 2, della legge 2 dicembre 2016, n. 242, e, in particolare, la commercializzazione di cannabis sativa L, rientrano o meno, e se sì, in quali eventuali limiti, nell'ambito di applicabilità della predetta legge e siano, pertanto, penalmente irrilevanti ai sensi di tale normativa<sup>154</sup>".

Nel rispondere alla questione interpretativa proposta, le Sezioni Unite analizzano i tre orientamenti contrastanti, rinvenibili in dottrina e giurisprudenza.

Il primo orientamento sostiene che i derivati dalla Cannabis non sono commerciabili, in quanto non esplicitamente elencati dalla L. 242 del 2016, per i quali invece è ammessa la coltivazione ai fini commerciali<sup>155</sup>.

Il secondo orientamento, interpretando estensivamente la novella, include tra le attività lecite anche la commercializzazione dei prodotti costituiti dalle resine o dalle infiorescenze con THC inferiore allo 0,6%<sup>156</sup>.

Infine, il terzo orientamento riprende le argomentazioni del secondo, ma ponendo il limite del THC allo 0,2%<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> V. L. n. 242 del 2016, art. 2 comma 1: "La coltivazione delle varietà di canapa di cui all'articolo comma 2, è consentita senza necessità di autorizzazione".

<sup>154</sup> Cit. Sent. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, C. L., n. 30475, Rv. 275956, in [sistemapenale.it](http://sistemapenale.it).

<sup>155</sup> V. Sent. Cass., sez. III, 10 gennaio 2019, Conti, n. 17387, in [www.avvocatomandico.it](http://www.avvocatomandico.it); Sent. Cass., sez. IV, 19 settembre 2018, Durali, n. 57703, Rv. 274770; Sent. Cass., sez. VI, 27 novembre 2018, Ricci, n. 56737, Rv. 27426201; Sent. Cass., sez. IV, 13 giugno 2018, Durante, n. 34332, Rv. 274763.

<sup>156</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 29 novembre 2018, C., n. 4920, Rv. 274616.

<sup>157</sup> V. Sent. Cass., sez. III, 7 dicembre 2018, n. 10809, Totaro in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it).

Concludendo, le Sezioni Unite affermano che ai sensi della L. n. 242 del 2016, sono lecite solo le coltivazioni di canapa (delle varietà ammesse dall'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio) dalle quali possono essere ottenuti esclusivamente i prodotti di cui all'art. 2 della novella<sup>158</sup>; pertanto, è illecita la commercializzazione di derivati dalla cannabis non rientranti nell'elenco sopra citato<sup>159</sup>. La Corte ha inoltre sottolineato l'importanza del principio di offensività, secondo cui, in sede processuale, deve essere valutata l'idoneità della condotta a ledere il bene giuridico, più precisamente la capacità della sostanza a produrre un effetto drogante<sup>160</sup>.

#### **4.3 Sent. Cass., sez. un., del 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348**

Il 13 marzo 2013, il Giudice dell'Udienza preliminare del Tribunale di Torre Annunziata condanna l'imputato per aver detenuto ai fini di spaccio circa 11gr di marijuana in concorso con un altro soggetto, per il possesso di 25 dosi, per aver coltivato due piante di cannabis e per aver detenuto illegalmente alcune munizioni per armi da sparo. La Corte d'Appello di Napoli in data 28 febbraio 2018, riforma parzialmente la sentenza del G.U.P.<sup>161</sup>, ritenendo irrilevante non solo la destinazione ad uso personale di quanto prodotto, ma anche il mancato compimento del processo biologico della pianta. Ragion per cui, la Corte condanna l'imputato, nonostante non sia stata valutata l'effettiva capacità drogante della sostanza eventualmente prodotta all'esito del processo biologico.

---

<sup>158</sup> V. L. n. 242 del 2016 art. 2, comma 2: "Dalla canapa coltivata ai sensi del comma 1 è possibile ottenere: a) alimenti e cosmetici prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori; b) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico; c) materiale destinato alla pratica del sovescio; d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia; e) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati; f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati; g) coltivazioni destinate al florovivismo".

<sup>159</sup> Ai sensi dell'art. 73 D.P.R. 309 del 1990 [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>160</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 29 novembre 2007, Di Rocco, n. 47472, Rv. 237856; Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920.

<sup>161</sup> Ha assolto l'imputato per il reato di detenzione di 25gr di marijuana per insussistenza del fatto, ha dichiarato il non doversi procedere in relazione al reato di detenzione di munizioni per armi da sparo e ha rideterminato la pena per i reati di concorso e di coltivazione di due piante di marijuana.

L'imputato, perciò, propone ricorso in Cassazione, deducendo il vizio di travisamento della prova, l'erronea applicazione dell'art 73 D.P.R. n. 309 del 1990 e degli artt. 62-bis e 163 c.p.

Successivamente, il procedimento è rimesso alle Sezioni Unite<sup>162</sup> con il seguente quesito: "Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato<sup>163</sup>".

La Corte, nell'andare a rispondere al quesito di diritto posto dalla Terza Sezione, propone un'ampia analisi del concetto di offensività in astratto e in concreto.

L'offensività in astratto si caratterizza come un precetto per il legislatore, il quale è chiamato a sanzionare penalmente solo quei comportamenti che siano in grado di ledere beni giuridici ritenuti importanti; nel caso del reato di coltivazione il bene tutelato è la salute pubblica. L'assuntore di sostanze non è punibile penalmente poiché non cagiona danni ad altri, di conseguenza sono irrilevanti anche le condotte immediatamente precedenti all'uso, per cui le sostanze sono sempre facilmente quantificabili. D'altro canto, la coltivazione è sicuramente più rischiosa, in primo luogo, è cronologicamente lontana dall'uso, in secondo luogo, non permette di stabilire in modo certo la quantità di stupefacente che si andrà producendo, perciò, la valutazione rispetto alla destinazione ad uso personale risulta ipotetica e incerta. Ebbene, la Corte ritiene giustificata la scelta del legislatore di sanzionarla penalmente<sup>164</sup>.

Le Sezioni Unite procedendo con l'analisi del principio di offensività in concreto riprendono, in primis, la sentenza della Corte Costituzionale n. 109 del 2016, con cui si ribadisce l'infondatezza della questione di costituzionalità posta rispetto all'art. 75 D.P.R.

---

<sup>162</sup> V. ordinanza dell'11 giugno 2019, pubblicata in G.U. n. 186 del 2019.

<sup>163</sup> Cit. Sent. Cass., sez. un., del 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348, Rv. 278624, pp. 4.

<sup>164</sup> Sull'argomento sent. Corte Cost. n. 133 del 1992, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org); sent. Corte Cost. 333 del 1991, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org); sent. Corte Cost. 62 del 1986, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

n. 309 del 1990<sup>165</sup>, così come interpretato dal diritto vivente, nella parte in cui esclude la condotta di coltivazione. La Corte<sup>166</sup> sottolinea l'importanza del principio di offensività, valutabile in concreto dal giudice, il quale, nel caso in cui la condotta sia inidonea a ledere il bene giuridico tutelato, ha il potere di escludere la punibilità<sup>167</sup>.

In secundis, la Corte di Cassazione espone gli orientamenti discussi in dottrina e in giurisprudenza, circa gli elementi della condotta di coltivazione idonei ad integrare l'offensività in concreto. Le Sezioni Unite nel 2008<sup>168</sup> sostengono che, per escludere la punibilità, la sostanza ricavata non deve presentare alcun effetto drogante. Secondo questa tesi, dunque, il bene giuridico non deve essere posto in pericolo neppure in grado minimo<sup>169</sup>.

Nello stesso anno la Corte di Cassazione ha emesso una sentenza in cui, ai fini dell'offensività, richiede una valutazione effettiva e attuale della capacità drogante, pertanto, dall'eventuale mancato sviluppo del ciclo biologico della pianta ne deriva un'inidoneità a ledere il bene giuridico protetto<sup>170</sup>.

Negli ultimi anni, in giurisprudenza, si sono sviluppati altri due filoni interpretativi dell'offensività. Il primo orientamento ritiene sufficiente la conformità della pianta al tipo botanico vietato e la sua astratta idoneità a produrre sostanze droganti, anche a seguito di un giudizio predittivo<sup>171</sup>. Il secondo, invece, agli elementi appena menzionati aggiunge il concreto pericolo di aumento della disponibilità delle sostanze stupefacenti nel mercato<sup>172</sup>.

---

<sup>165</sup> Questione di costituzionalità posta rispetto all'art. 75 del D.P.R. 309 del 1990 alla luce degli artt. 3, 13 comma 2, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost.

<sup>166</sup> La Corte Costituzionale

<sup>167</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921.

<sup>168</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921

<sup>169</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921; sent. Cass., sez. un., 21 settembre 1998, Kremi, n. 9973, Rv. 211073.

<sup>170</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, n. 1222, Rv. 242371.

<sup>171</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, Cangemi, n. 22459, Rv. 255732; sent. Cass., sez. III, 31 gennaio 2013, Colamartino, n. 21120, Rv. 255427.

<sup>172</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 17 febbraio 2011, Marino, n. 25674, Rv. 250721.

Le Sezioni Unite suddividono la trattazione della questione interpretativa in due profili distinti: da una parte il concetto di tipicità, come riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, dall'altra il principio di offensività.

L'interrogativo sull'irrelevanza penale della coltivazione per uso personale trova la sua soluzione proprio in termini di tipicità. La Corte di Cassazione disapprova l'orientamento secondo cui la coltivazione di minime dimensioni sia scriminata in quanto compresa nella condotta di detenzione<sup>173</sup>. Infatti, la Corte sostiene che la coltivazione domestica non rientri nel concetto giuridico di coltivazione tecnica-agraria, quindi non riconducibile alle fattispecie di cui agli artt. 73 e 75 D.P.R. n. 309 del 1990. Inoltre, il potenziale produttivo della coltivazione è uno degli indici più importanti per determinare la pericolosità della condotta; il frutto di una coltivazione domestica sarà quantitativamente esiguo e facilmente predeterminabile, quindi, anche il rischio verrà ridotto al minimo, di conseguenza, la Corte non ritiene giustificabile un'anticipazione della tutela<sup>174</sup>.

La coltivazione, fatta eccezione per quella ad uso personale, lede il bene giuridico con più facilità e più gravemente della detenzione. Infatti, per attuare una coltura sono sufficienti dei semi, i quali normalmente non sono sottoposti a rigidi controlli<sup>175</sup>, oltretutto, è possibile aumentare le quantità di stupefacenti disponibili nel mercato. Ebbene, la Corte ritiene ammissibile l'orientamento che anticipa la tutela, ritenendo sufficiente un giudizio prognostico sulla capacità drogante della pianta, per integrare l'offensività del reato di coltivazione.

---

<sup>173</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 18 gennaio 2007, Notaro, n. 17983, Rv 236666.

<sup>174</sup> Ai fini dell'individuazione della coltivazione come ad uso personale devono essere compresenti: la minima dimensione della coltivazione, il suo svolgimento in forma domestica, la rudimentalità delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, l'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso esclusivamente personale. Criteri individuati dalla giurisprudenza: sent. Cass., sez. III, 31 gennaio 2013, Colamartino, n. 21120, Rv. 255427; sent. Cass., sez. VI, 9 gennaio 2014, M., n. 6753, Rv. 258998; sent. Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, Piredda, n. 33835, Rv. 260170; sent. Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, Pasta, n. 260170 Rv. 266168.

<sup>175</sup> V. Sent. Corte Cost., n. 109 del 2016 (ECLI:IT:COST:2016:109), pubblicata in G.U. n. 21 del 2016.



## 5. COME NEL TEMPO I GIUDICI HANNO INTERPRETATO IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ?

### 5.1 Introduzione

Il principio di offensività e la nozione di bene giuridico consentono di indagare il contenuto della disposizione, in quanto l'offensività presuppone un bene giuridico da tutelare. In dottrina, tali concetti spesso sono stati confusi e sovrapposti ma devono ritenersi distinti, con funzioni indiscutibilmente diverse<sup>176</sup>.

In passato, le teorie del reato prevedevano la possibilità di punire solo comportamenti lesivi di diritti soggettivi, pertanto non era immaginabile una disciplina penale in materia di buon costume o di religione. La nozione di bene giuridico va oltre la definizione di diritto soggettivo, dunque, permette di espandere il penalmente rilevante. Lo stesso concetto definisce altresì il limite della disciplina penale, ovvero l'interesse meritevole di tutela. È possibile dunque affermare che la teoria del bene giuridico ha mutato l'oggetto della tutela penale, passando dal diritto soggettivo all'interesse rilevante, ampliando, così, lo spazio d'azione del legislatore.

D'altro canto, il principio di offensività propone una lettura del diritto più restrittiva, infatti, si concretizza entro i confini della sussidiarietà e dell'ultima ratio del sistema penale, adempiendo ad una funzione decisamente più garantista<sup>177</sup>.

La correlazione tra i due principi avviene attraverso il seguente schema concettuale: i diritti fondamentali necessitano di essere tutelati, la protezione migliore si realizza con il diritto penale, ebbene, quest'ultimo deve essere interpretato al fine di tutelare beni giuridici, attraverso l'applicazione del principio di offensività.

---

<sup>176</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 4-6.

<sup>177</sup>Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 6-8

Di contro, se si ritenessero rilevanti tutti i comportamenti contrari a disposizioni penali, anche in assenza di una lesione di interessi, si otterrebbe un diritto repressivo di violazioni di doveri, escludendo ogni tutela dei beni giuridici<sup>178</sup>.

Ebbene, almeno sul piano teorico, il principio di offensività riguarda innanzitutto il legislatore, chiamato ad esprimere in modo chiaro il bene giuridico che intende tutelare, e solo dopo l'interprete che, nell'attribuire un significato alla disposizione, deve pur sempre rispettare i limiti legislativi. Di fatto però, il rapporto tra offensività in astratto e in concreto è inversamente proporzionale: più specifici sono gli obiettivi legislativi, meno spazio è concesso all'interpretazione del giudice, viceversa se la disposizione non chiarisce il bene giuridico tutelato, l'interprete deve cercare di concretizzare le direttive troppo generiche del legislatore, essenzialmente sostituendosi a quest'ultimo<sup>179</sup>.

## **5.2 Offensività in astratto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti**

In dottrina sono sorti molteplici dubbi interpretativi in merito al reato di coltivazione esercitata attraverso strumenti rudimentali e volta alla produzione di minime quantità di stupefacenti<sup>180</sup>.

Con sentenza n. 160 del 1995 la Corte Costituzionale<sup>181</sup> ritiene legittima la differenziazione di tutela tra detenzione e coltivazione. Il possesso è collegato immediatamente e direttamente al consumo e non implica un incremento di stupefacenti nel mercato, d'altro canto, la coltivazione domestica è sempre potenzialmente idonea a ledere il bene giuridico protetto, sanzionando penalmente solo quest'ultima si ritiene comunque raggiunto l'obiettivo di tutela della salute pubblica.

---

<sup>178</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 8-13.

<sup>179</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 13-15; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 1-6.

<sup>180</sup> Cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13;

<sup>181</sup> V. Sent. Corte Costituzionale, n. 160, 8 maggio 1995 (pubblicata in G.U. il 12 maggio 1995 n. 20), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

La Corte sottolinea altresì il dovere del giudice di valutare l'offensività del caso di specie al fine di applicare la giusta sanzione penale, valutando se la condotta sia in grado di offendere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma. Dunque, è possibile affermare che, per valutare sull'offensività in concreto, si deve conoscere l'offensività in astratto, quest'ultima identificata con il bene giuridico che il legislatore intende proteggere attraverso la disposizione incriminatrice<sup>182</sup>.

Evidentemente il bene giuridico tutelato dal legislatore attraverso il D.P.R. 309 del 1990 è la salute pubblica; le difficoltà interpretative nascono dal basso grado di precisione delle disposizioni e la conseguente espansione del potere interpretativo giudiziale<sup>183</sup>.

La giurisprudenza, negli anni, ha elaborato diversi orientamenti in ordine al concetto di salute pubblica e ai comportamenti che possono comprometterla.

Una prima corrente interpretativa considera leso il bene giuridico con l'eventuale e potenziale incremento delle sostanze stupefacenti nel mercato; di conseguenza, il reato di coltivazione muta la sua natura a reato di pericolo, giustificando un'anticipazione della tutela<sup>184</sup>.

A tale orientamento se ne affianca un secondo, minoritario e più restrittivo, il quale riporta la coltivazione a danno di evento, rilevando una lesione solo a seguito di un effettivo e concreto aumento delle disponibilità di sostanze stupefacenti. Pertanto, la coltivazione domestica non è astrattamente offensiva giacché inidonea ad incrementare le quantità di stupefacenti da collocare sul mercato<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921; Sent. Corte Cost., n. 360 del 1995 (ECLI:IT:COST:1995:360) pubblicata in G.U. n. 34 del 1995; Sent. Corte Cost., n. 443 del 1994 in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org); M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 7.

<sup>183</sup> Cfr. Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921; Sent. Cass., sez. un., 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348, Rv. 278624.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 8-10.

<sup>184</sup> Cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13.

<sup>185</sup> Orientamento rinforzatosi con l'equiparazione dei concetti di "droghe leggere" e "droghe pesanti" ad opera della L. n. 21 del 2006; cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13.

Si susseguono altri orientamenti che, diversamente da quelli precedenti, individuano il bene giuridico nella tutela delle giovani generazioni, nella sicurezza e nell'ordine pubblico, nonché nella lotta al mercato della droga; altri, invece, nella salute dei cittadini attuali e potenziali, considerando integrato il reato di cui all'art. 73<sup>186</sup> solo in presenza di colture aventi ad oggetto sostanze vietate che presentino nell'immediatezza una capacità drogante<sup>187</sup>.

Alcune interpretazioni hanno posto al centro della disciplina i cittadini attuali e futuri, giustificando l'applicazione della sanzione anche a seguito di un giudizio predittivo sull'idoneità della pianta a produrre sostanze stupefacenti all'esito del processo biologico<sup>188</sup>.

### **5.3 Offensività in concreto del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti**

Preso atto delle difficoltà interpretative del bene giuridico protetto dal legislatore, si indaga nel merito di ciò che integra l'offensività in concreto, in base al significato attribuito al concetto di salute pubblica.

Gli orientamenti giurisprudenziali in materia sono sostanzialmente divisibili in due, con la possibilità di aggiungerne un terzo se, oltre la coltivazione, si considerano anche le altre condotte di cui all'art. 73<sup>189</sup>.

Il primo indirizzo pone come oggetto di protezione della disciplina del Testo Unico la salute dei cittadini attuali, potenziali e futuri; il giudice, quindi, è chiamato ad accertare la conformità della pianta al tipo botanico vietato e la sua attitudine a produrre sostanze stupefacenti<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> D.P.R. n. 309 del 1990, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>187</sup> Cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13.

<sup>188</sup> Sent. Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, Cangemi, n. 22459, Rv. 255732; sent. Cass., sez. III, 31 gennaio 2013, Colamartino, n. 21120, Rv. 255427; cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13.

<sup>189</sup> D.P.R. n. 309 del 1990. ; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 8-15.

<sup>190</sup> Cfr. G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 12-13; sent. Cass., sez. VI, 28 aprile 2017, Nerini, n. 35654, Rv. 270544; sent. Cass., sez. VI, 22 novembre

La Corte di Cassazione, inoltre, cerca di individuare una serie di indicatori dell'offensività in concreto della coltivazione, tra i quali il quantitativo di sostanze stupefacenti ricavabili dalle piante, anche in relazione al loro grado di maturazione, e l'idoneità ad incidere sul mercato, tenuto conto dell'estensione e dell'organizzazione della coltura<sup>191</sup>.

Altre sentenze ritengono irrilevante la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, giacché l'offensività in concreto non si può escludere dal mancato compimento del processo di maturazione della pianta, ovvero dal tempismo con cui l'autorità giudiziaria agisce. Dunque, è possibile valutare l'offensività in concreto tramite un giudizio predittivo, in ordine alla capacità degli arbusti di rendere -all'esito dello sviluppo biologico- quantità significative di prodotto<sup>192</sup>. Tale affermazione, però, si basa sull'assioma che tutte le piante si comportino allo stesso modo che è scientificamente ritenuto improbabile<sup>193</sup>.

Il secondo indirizzo, invece, dà rilievo al possibile aumento della disponibilità di sostanze stupefacenti sul mercato, ritenendo inoffensive<sup>194</sup> in concreto le coltivazioni minime, per cui non è prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione della droga<sup>195</sup>.

La sent. Cass., sez. VI, del 10 novembre 2015, Pezzato, n. 5254<sup>196</sup>, propone un'interessante analisi della differenza tra irrilevanza penale per tenuità del fatto e inoffensività in concreto. Nel primo caso, il reato è perfezionato in tutti i suoi elementi,

---

2016, Losi, n. 52547, Rv. 268938; sent. Cass., sez. VI, 10 maggio 2016, Iaffaldano, n. 25057, Rv. 266974; sent. Cass., sez. III, 23 febbraio 2016, Damioli, n. 23881, Rv. 267382.

<sup>191</sup> V. Sent. Cass., sez. III, 9 maggio 2013, De Vita, n. 23082 Rv. 256174.

<sup>192</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 16 marzo 2013, Cangemi, n. 22459, Rv. 255732; sent. Cass., sez. IV, 8 ottobre 2008, Taormina, n. 44287, Rv. 241991; sent. Cass., sez. VI, 9 gennaio 2014, M., n. 6753, Rv. 258998; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 9-10.

<sup>193</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348, Rv. 278624; O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Dike Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2.

<sup>194</sup> Ai sensi dell'art. 49 c.p. [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>195</sup> Cfr. Sent. Cass., sez. IV, 17 febbraio 2011, Marino, n. 25674, Rv. 250721; sent. Cass., sez. IV, 19 gennaio 2016, Festi, n. 3787, Rv. 265740; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it) 2016, n. 36, pp. 10; G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 12-13.

<sup>196</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, Pezzato, n. 5254, Rv. 265641.

salvo poi presentare un'offesa talmente minima da escludere la punibilità. Nel secondo, invece, l'offesa manca del tutto, venendo meno la sussistenza del reato stesso.

La giurisprudenza talvolta richiede, oltre al generale pericolo di diffusione degli stupefacenti, un'effettiva e attuale capacità drogante della sostanza rilevabile nell'immediatezza<sup>197</sup>. Il bene giuridico protetto si riduce alla salute dei cittadini attuali e non anche a quelli futuri o potenziali.

Infine, è possibile immaginare un terzo orientamento rispetto al principio di offensività in concreto inerente a qualsiasi illecito nell'ambito delle sostanze stupefacenti. L'orientamento prevalente sostiene integrata l'offensività in presenza di quantità di stupefacenti tali da modificare l'assetto neuropsichico dell'assuntore<sup>198</sup>.

Di contro, parte della giurisprudenza considera pericoloso anche lo spaccio di sostanze con quantità di principio attivo minimo, dal momento in cui si vogliono tutelare beni quali la salute pubblica, la sicurezza, l'ordine pubblico e la salvaguardia delle giovani generazioni<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, 21 ottobre 2015, dep. 2016, Marongiu, n. 2618, Rv. 265640; sent. Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, Pasta, n. 8058, Rv. 266168; ; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36, pp. 10-13.

<sup>198</sup> Cfr. sent. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2013, Cecconi, n. 8393, Rv. 254857; sent. Cass., sez. IV, 27 ottobre 2015, Mele, n. 4324 Rv. 265976; sent. Cass., sez. IV, 19 novembre 2008, dep. 2009, Stefanelli, n. 6207, Rv. 242860. Sent. Cass., sez. IV, 9 ottobre 2014, Aiman, n. 47670, Rv. 261160; sent. Cass., sez. IV, 12 maggio 2010, Renna, n. 21814, Rv. 247478.

<sup>199</sup> V. Sent. Cass., sez. un., 24 giugno 1998, Kremi, n. 9973, Rv. 211073; M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 2016, n. 36, pp. 13-15.

## CAPITOLO 2: POSITIVISMO GIURIDICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

**Sommario:** 1. La cornice teorica del positivismo giuridico: cenni – 1.1 Definizione – 1.2 Positivismo giuridico come metodo di ricerca – 1.3 Positivismo e applicazione del diritto – 2. Il principio di legalità in materia penale – 2.1 Lo scopo del principio di legalità – 2.3 *Rule of law* – 3. L'influenza delle teorie di *Common Law* – 3.1 Dai primi contatti fino al giorno d'oggi – 3.2 Clausole generali del *Civil Law* – 3.3 Il vincolo del precedente – 3.4 Apertura dell'ordinamento al diritto vivente – 4. Il diritto giurisprudenziale – 5.1 Tra diritto giurisprudenziale e *giustizia politicizzata* – 5.2 Alcuni esempi – 5.3 Esposizione del mondo giuridico oggi

### 1. LA CORNICE TEORICA DEL POSITIVISMO GIURIDICO: CENNI

#### 1.1 Definizione

Dopo aver analizzato la disciplina legislativa in materia di sostanze stupefacenti, soffermandosi anche sull'analisi delle sentenze, è stato possibile notare un'incongruenza tra ciò che rivela la disposizione a seguito di un'interpretazione letterale, e il senso a essa attribuito in sede processuale. Il giudice applica la legge conferendole un significato più ampio rispetto a quello fatto palese dalle parole, generando così nuovo diritto. Questa tendenza si pone in aperto conflitto con il positivismo giuridico, a cui, in questa sede, si intende dedicare una trattazione per sommi capi.

Il positivismo giuridico comprende l'insieme delle posizioni teorico-politiche che identificano il diritto con la volontà sovrana, espressa sottoforma di legge. Ulteriori implicazioni riguardano, in primo luogo, la centralità della legge intesa come il comando del legislatore; in secondo luogo, la rilevanza del principio di separazione dei poteri, ossia la distinzione tra il momento della creazione del diritto e quello della sua applicazione; in terzo luogo, data l'importanza attribuita al dispositivo, si assiste a un comune depauperamento dell'attività interpretativa. Il positivismo considera il diritto esaurito nella legge scritta, nella disposizione così com'è formulata dal legislatore. Il senso della norma è, dunque, solo ed esclusivamente "quello fatto palese dal significato proprio della parole secondo la connessione di esse"<sup>200</sup>, pertanto non si concepisce uno spazio per l'attività interpretativa.

---

<sup>200</sup> Cit. Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale, [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

Nonostante i positivisti partano da presupposti simili, spesso accade che nel proseguo del ragionamento giungano a conclusioni concettualmente molto distanti.

Il giuspositivismo è sorretto da due teorie. In primis la necessaria completezza dell'ordinamento poiché si escludono tutti i casi non regolati dalle disposizioni, i quali, dunque, sono destinati a rimanere privi di tutela.

In *secundis*, il positivista abbisogna di un sistema giuridico coerente, infatti, se esistessero due disposizioni di pari rango in contrasto tra di loro, l'ordinamento non sarebbe in grado di stabilire autonomamente quale norma applicare, andando così a minare le basi della teoria pocanzi menzionata.

## **1.2 Positivismo giuridico come metodo di ricerca**

Il metodo di ricerca positivista sostiene la necessaria indipendenza tra oggetto d'indagine e ricercatore, in altre parole, l'investigatore non deve influenzare e non deve essere influenzato dall'oggetto di studio. L'applicazione del metodo positivista è ormai assodata per le discipline scientifiche: di prassi si formulano delle ipotesi che vengono sottoposte ad accertamento empirico, seguendo delle procedure volte a mantenere il ricercatore esterno all'analisi<sup>201</sup>. Diversamente, in campo giuridico, l'applicazione di tale metodo di ricerca genera, ancora oggi, dubbi e considerazioni. L'oggetto di indagine è determinato da fattori sociali; per questa ragione, assicurare l'estraneità del giurista è piuttosto difficile, in quanto egli fa parte della collettività ed è perciò necessariamente interno alla ricerca. Al fine di rendere l'analisi giuridica più oggettiva possibile, gli studiosi devono esplicitare il procedimento d'indagine prima dell'inizio della stessa. Di contro, spesso accade che la presentazione del metodo non preceda l'analisi ma la consegua, così da esporre solo a posteriori la via con cui si è arrivati alla conclusione, impedendo di contraddistinguere la ricerca come oggettiva<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Cfr. G. DE VITA, *Introduzione della metodologia della ricerca sociale*, in <https://video.unipegaso.it>, pp. 5-10.

<sup>202</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 605-606; F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 1-2.



Il problema del metodo in campo giuridico necessita di un'ulteriore considerazione che riguarda l'ambigua relazione tra "scienza" e "dottrina".

La dottrina pone la sua legittimazione nella tradizione, nell'autorità di dogmi, assiomi e costrutti concettuali tramandati nel tempo. I suddetti elementi, per loro natura, non sono opinabili, devono solamente essere accettati, ciononostante non è da escludere una graduale capacità interna di adattamento e resilienza. Tuttavia, ammettere un aperto conflitto metodologico significherebbe minare ai suoi stessi presupposti, ragion per cui, in dottrina, il discorso sul metodo è destinato a rimanere sotteso. Al contrario, la scienza ammette il conflitto, dunque, ogni indagine può e deve essere messa in discussione, perfino nella sua stessa essenza di ricerca<sup>203</sup>.

Preso atto delle difficoltà metodologiche in ambito giuridico, è possibile approfondire il tema del positivismo come strumento investigativo della realtà.

La questione giuridica di fondo riguarda cosa può essere considerato diritto e in relazione alla risposta che viene data, le modalità di analisi e di ricerca cambiano.

Vittorio Emanuele Orlando<sup>204</sup> riconduce tutto il diritto a un ordinamento giuridico in sé concluso. Tale affermazione garantisce l'applicazione del positivismo nel suo duplice significato metodologico. Da un lato, la separazione tra l'oggetto e la ricerca, quest'ultima distaccata e autonoma, non più condizionata dal contenuto dell'indagine. Dall'altro, l'esclusione di ogni implicazione soggettiva dalla realtà giuridica e la conseguente oggettività delle norme intese come "datità normativa"<sup>205/206</sup>.

La portata innovativa della concezione del diritto come prodotto dello Stato<sup>207</sup> riguarda i diritti soggettivi. Il giusnaturalismo considera i diritti dell'individuo come innati e parte della personalità giuridica; perciò, non è immaginabile una loro valutazione esterna e

---

<sup>203</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 607-608.

<sup>204</sup> Giurista e uomo politico italiano, nato a Palermo nel 1860. Fonda la scuola italiana di diritto pubblico.

<sup>205</sup> Cit. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 609.

<sup>206</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 607-612.

<sup>207</sup> Cit. Norberto Bobbio.

imparziale. In *primis*, il ricercatore, in quanto essere vivente, è incluso nell'oggetto d'indagine, in *secundis* i diritti soggettivi, proprio perché innati, non sono scindibili dall'individuo. Diversamente, le teorie positiviste ritengono il diritto un dato oggettivo, frutto di una volontà esterna e autonoma dal ricercatore, pertanto, è ammissibile un'analisi obbiettiva<sup>208</sup>.

Volgendo lo sguardo allo studio del diritto costituzionale, il discorso sul metodo positivista assume caratteri decisamente diversi. In tale ambito, si considera diritto ogni realizzazione dei valori e principi espressi dalla Costituzione, dunque, se le norme sono definite in relazione al loro contenuto, il giurista non potrà che assumere un atteggiamento valutativo<sup>209</sup>.

Le Costituzioni, in generale, celano in sé un principio politico riguardo i fini dell'ordinamento e al "dover essere" del diritto positivo. Tale scelta ideologico-politica influenza la qualificazione del giuridico, e di conseguenza, muta anche il metodo d'indagine di coloro che intendano studiarlo. Essenzialmente, un elemento normativo si distingue sulla base:

- Della volontà del potere, un insieme di comandi provenienti da una certa autorità;
- Della forma, in questo senso, particolare rilevanza assume la procedura;
- Del contenuto, dei valori<sup>210</sup>.

Nel corso degli anni, in base all'accezione attribuita al concetto di "giuridico" sono stati condotti ragionamenti sul metodo anche molto diversi tra loro. Per lo stato liberale il diritto era ciò che proviene dall'autorità politica, pertanto, il costituzionalista poteva avvalersi del metodo positivista. Durante il successivo contesto culturale, l'elemento

---

<sup>208</sup> Cfr. G. DI GASPARRE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 609-610.

<sup>209</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 2-3.

<sup>210</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 4-5.

normativo era determinato sulla base della forma, in quanto espressione della volontà generale rappresentata in Parlamento. I ricercatori, infatti, ritenevano giuridico solo ciò che conseguiva a specifiche procedure e poiché consideravano rilevanti solo gli elementi esteriori e formali, riuscivano, dunque, a mantenersi esterni all'oggetto di indagine. Con l'avvento delle costituzioni rigide, il diritto si distingue sulla base del suo stesso contenuto, il quale deve integrare uno dei valori costituzionalmente rilevanti. Ebbene, utilizzando un sillogismo aristotelico, è possibile affermare che, se il giuridico è determinato dai valori che esprime e la "legge superiore<sup>211</sup>" stabilisce il contenuto del diritto, allora la Costituzione definisce il giuridico (esattamente come: se A è B, e C è B, allora A è C). Dunque - in ragione del fatto che l'oggetto d'indagine dipende dalla Costituzione - inutile sarebbe il tentativo del giurista di studiare il diritto astraendosi dai principi dell'ordinamento, pertanto, il metodo positivista risulta di difficile utilizzo<sup>212</sup>.

### 1.3 Positivismo giuridico e applicazione del diritto

Il positivismo giuridico rappresenta l'insieme di teorie politico-filosofiche che identificano il diritto con la legge scritta, da un lato riducendo al minimo lo spazio per l'interpretazione - deve derivare esclusivamente dal significato delle parole - dall'altro, tentando di estraniare il ragionamento giuridico dalle scelte morali. I positivisti concordano nell'affermare che il diritto sia frutto della volontà popolare, rappresentata in Parlamento, ma che assurge a un'astrazione tale da non dipendere dalla morale di quest'ultima<sup>213</sup>. Una delle teorie che meglio esplicita l'asserzione appena riportata è la Tesi sull'Identificazione del Diritto (TID), elaborata da Josè Juan Moreso, professore ordinario di filosofia del diritto presso l'Università *Pompeu Fabra* a Barcellona. L'autore identifica quale corollario della TID la seguente affermazione: *La determinazione di ciò che è il diritto non dipende da criteri o argomenti morali*<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Cit. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 6.

<sup>212</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 4-7

<sup>213</sup> Cfr. G. AJANI, E. DOSSI e G. MAUGERI, *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, Milano, Garzanti Libri s.p.a., 2009, M. JORI, Appendice: *Storia della filosofia del diritto*, pp. 1124-1125.

<sup>214</sup> Cit. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 226.

Moreso, sulla base del significato attribuito a *non dipende*, differenzia il positivismo in tre sottocategorie: positivismo giuridico esclusivo, positivismo giuridico inclusivo e positivismo etico o normativo<sup>215</sup>.

Il positivismo giuridico esclusivo asserisce che l'identificazione del diritto non dipenda mai da principi morali ma, se dovessero essere richiamati dalla norma, allora il giudice potrebbe farne uso.

La seconda corrente, altrimenti chiamata positivismo giuridico inclusivo, attribuisce a *non dipende* il significato di *non è necessario che dipenda*, pertanto, sia l'identificazione sia l'applicazione del diritto possono discendere da principi morali<sup>216</sup>.

La prima Teoria potrebbe indurre a sostenere una concezione *formalistica*<sup>217</sup> del diritto, ritenendo che anche il giudice deve evitare l'applicazione di concetti morali, in quanto ogni controversia può essere risolta in base al diritto. Moreso però sostiene che il ricorso all'argomentazione morale è un fatto della pratica giuridica, dunque, seppur esclusa al momento dell'identificazione, deve essere ripresa in fase di applicazione del diritto, ma solo quando espressa chiaramente nella disposizione<sup>218</sup>. Diversamente, la seconda non prevede casi obbligati, piuttosto, garantisce un costante ragionamento morale, sia in punto di applicazione che di identificazione. La sostanziale differenza tra le due correnti si esplica nel concetto di validità. Per il positivismo esclusivo una certa realtà può essere perfettamente valida poiché rispettosa di tutte le disposizioni, starà poi al giudice applicare i concetti morali espressi nella norma e quindi eventualmente dichiararne l'invalidità. D'altro canto, secondo il positivismo inclusivo, la fattispecie concreta è fin dall'inizio invalida, poiché il diritto consente l'accertamento dell'immoralità<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> Cfr. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. n. 1, Bologna, Il Mulino, giugno 2005, pp. 226.

<sup>216</sup> Cfr. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. n. 1, Bologna, Il Mulino, giugno 2005, pp. 228-231.

<sup>217</sup> Cit. . J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. n. 1, Bologna, Il Mulino, giugno 2005, pp. 229.

<sup>218</sup> Tesi sostenuta anche da J. RAZ, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, in *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, pp. 312-317.

<sup>219</sup> Cfr. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 230-235. Di contro, A parere di M. C. REDONDO,

Infine, il positivismo etico o normativo attribuisce a *non dipende* un significato prescrittivo, affermando che l'identificazione e l'applicazione del diritto non possano discendere da concetti morali. La teoria in esame non esclude l'esistenza di nozioni etiche ma ne interdice l'utilizzo<sup>220</sup>, sostenendo, in primo luogo, il forte disaccordo su quali comportamenti siano moralmente corretti e, in secondo luogo, la necessità di stipulare norme chiare e precise, così che ogni individuo conosca le conseguenze delle proprie azioni e, dunque, possa agire in piena libertà e autonomia. Ebbene, si intende abbandonare la morale, poiché se il significato delle disposizioni dipendesse da quest'ultima, nascerebbero innumerevoli contraddizioni<sup>221</sup>.

Inoltre, per comprendere come l'indisponibilità del comando - principio fondamentale per assicurare certezza - possa, talvolta, cedere davanti all'obbligatorietà di un concetto morale, si propone una breve riflessione in merito alle così dette *defeaters*, ovvero situazioni che, seppur astrattamente ricomprese tra le fattispecie a cui si applica il comando, vengono escluse in forza di principi morali<sup>222</sup>. Generalmente le disposizioni devono presentare un contenuto chiaro e preciso, includendo le *defeaters* dal contenuto morale, le quali identificano l'ambito di inapplicabilità della norma. Pertanto, per

---

*Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 245-250 le prime due teorie si limitano a evidenziare una possibilità e un'impossibilità concettuale - il diritto dipende o non dipende dal ragionamento morale - esauendo l'opportunità di ampliare il ragionamento filosofico. Inoltre, sostiene che ragionare sull'individuazione del diritto, mantenendo distinti i concetti di validità e applicabilità, genera argomentazioni in merito alla certezza della morale, escludendo ogni considerazione sulla sua implicazione nel diritto.

<sup>220</sup> Di opinione discordante è M. C. REDONDO, *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 245-247, la quale rappresenta la terza TID come una semplice espansione logica della seconda teoria, invero, se il diritto non dipendesse dalla morale, non sarebbe necessario porre un divieto normativo in merito al suo utilizzo a fini identificativi.

<sup>221</sup> Tesi sostenuta da T. CAMPBELL in *El sentido del positivismo jurídico*, in «Doxa», XXV, 2002, pp. 313. Tuttavia J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 237 sostiene che il disaccordo morale non sia assoluto, un esempio è la pena sancita nel diritto romano per il reato di parricidio: il condannato veniva inserito in un sacco con un gallo, un cane, un serpente e una scimmia e veniva gettato in mare; tale pena, anche solo per il nome (*poena cullei*), è generalmente riconosciuta crudele. Ad ogni modo, anche laddove ci sia condivisione etica, quest'ultima non rileva per il diritto positivo.

<sup>222</sup> Ad esempio, un responsabile potrebbe chiedere al proprio segretario di non passargli nessuna telefonata. Così facendo il responsabile attribuisce un comando chiaro e preciso, se però il segretario lo applicasse meccanicamente si potrebbero avverare conseguenze indesiderate, come non ricevere la chiamata del figlio che abbisogna di aiuto.

individuare il diritto, si ricorre occasionalmente al ragionamento morale e, di conseguenza, un certo grado di certezza è sacrificato<sup>223</sup>.

In conclusione, la seconda tesi ci permette di giustificare l'uso costante di concetti morali da parte dei giudici, senza però attribuire loro una piena discrezionalità, d'altro canto alla terza teoria va il merito di includere il ragionamento morale nella norma ma esclusivamente in relazione alle *defeaters*<sup>224</sup>.

Le suddette considerazioni, in merito all'utilizzo della morale nell'individuazione e nell'applicazione del diritto, consentono di dedurre come il positivismo stia perdendo di rigore. Da un lato, si amplia il giuridico a osservazioni etiche, dall'altro, si legittima il giudice a decidere sulla base di considerazioni morali, ritenute fondamentali, che comportano la disponibilità del comando. Come si è cercato di dimostrare anche nel capitolo precedente, la legge sempre più sta perdendo la sua portata coercitiva in forza di situazioni e figure che, a livello processuale, si considerano di maggior spessore.

Nel corso della trattazione si indagherà la tendenziale perdita di rigore del positivismo, interrogandosi nel merito della convivenza tra principio di legalità penale ed espansione del potere giudiziario.

---

<sup>223</sup> Cfr. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 235-243. Contrariamente M. C. REDONDO, *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 250 sostiene che, in alcuni casi, si possa scegliere per una totale prevalenza della certezza o dell'argomentazione.

<sup>224</sup> Cfr. J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 243. M. C. REDONDO, *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 50 afferma che le defeaters possono essere considerate un richiamo ad altre figure predeterminate dallo stesso ordinamento, senza dover concepire una sua falla.

## 2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE

### 2.1 Lo scopo del principio di legalità in materia penale

Il principio di legalità, in materia penale, assume un notevole rilievo poiché impone l'intervento legislativo per determinare i reati e le pene ad essi associati<sup>225</sup>.

L'esercizio del potere penale, seppur fondamentale per la tenuta della società e la tutela dei beni giuridici rilevanti, è tra i più devastanti, in termini di conseguenze, per colui al quale viene rivolto. Al fine di evitare possibili abusi o esercizi arbitrari, il potere penale è affidato integralmente allo Stato che se ne serve rispettando il principio di legalità, ovvero deve essere esercitato nei limiti e nelle forme definite dalla legge. Lo Stato, così facendo, assicura ai cittadini la prevedibilità dell'azione penale e la libertà di compiere scelte consapevoli<sup>226</sup>. Dunque, sorge spontaneo chiedersi perché proprio la legge sia considerata lo strumento prescelto a fungere da limite al potere statale.

Gli aspetti della legge rilevanti per il principio di legalità sono suddivisibili in due categorie. Da un lato, il provvedimento legislativo, in quanto atto, assicura generalità, astrattezza, pubblicità, immutabilità e in più, è sempre soggetto al controllo della Corte Costituzionale. D'altro canto, la legge, come esito di un procedimento, assicura una legittimazione democratica in quanto proviene dal Parlamento, l'organo rappresentativo del popolo, che esprimendosi a maggioranza giunge sempre a una soluzione di compromesso tra le varie forze politiche.

Le suddette peculiarità attengono, per lo più, *alla forma e alle fonti* dei precetti penali. Alcuni giuristi sostengono un coinvolgimento del principio in esame anche in merito al *contenuto* della legislazione, concernente soprattutto la riduzione delle disposizioni penali e il rispetto dell'*extrema ratio*. Oggi, però, la maggioranza interpreta questa implicazione aggiuntiva tutt'al più come un obiettivo di difficile realizzazione<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 3.

<sup>226</sup> Cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 3-6

<sup>227</sup> Cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 6-10.

Ebbene, è possibile affermare che la legge assicura l'esercizio lecito del potere penale, proprio in virtù delle sue peculiarità sia come atto che come procedimento.

L'applicazione del principio di legalità genera tra i consociati una triade di aspettative: in merito alla parità di trattamento, alla conoscibilità delle disposizioni e al controllo politico, istituzionale e dell'opinione pubblica sulle scelte di criminalizzazione. Affinché la legge dispieghi i suoi effetti garantisti o adempia alle aspettative dei cittadini, occorre che assuma ulteriori caratteri, altrimenti chiamati sotto-principi della legalità penale: tra questi vi è la riserva di legge, la generalità e l'astrattezza, l'irretroattività della legge penale, la determinatezza della fattispecie e, infine, la tassatività e il divieto di analogia<sup>228</sup>.

In conclusione, si ritiene che l'applicazione del principio di legalità consenta il raggiungimento di un duplice scopo, in *primis*, limitare il potere penale dello stato, evitandone possibili abusi o esercizi arbitrari; in *secundis*, tutelare la libertà individuale e l'autonomia personale promulgando leggi chiare, precise, che dispieghino i loro effetti nel futuro e che siano interpretate restrittivamente.

## **2.2 Rule of Law**

Il principio di legalità formale esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che non sia espressamente determinato come reato dalla legge e per cui non sia prevista una pena. A seguito dell'analisi presentata nel precedente capitolo di alcune sentenze in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti<sup>229</sup>, è possibile constatare come il giudice, in alcuni casi, decide nel merito sulla base di interpretazioni costanti in materia, prescindendo dalla legge. Nella realtà giuridica odierna, quindi, il diritto vivente può superare il rigore della legalità penale.

---

<sup>228</sup> Cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 10-13.

<sup>229</sup> V. Sent. Cass., sez. un., del 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605; Sent. Cass., sez. un., del 30 maggio 2019, C. L., n. 30475; Sent. Cass., sez. un., del 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348, per gli estremi si rimanda al Capitolo primo, sottocapitolo 4.



Nel continuo della trattazione si ritiene utile interrogarsi in merito al concetto di *Rule of Law* nella misura in cui limita il potere penale, evitandone abusi o esercizi arbitrari, senza però dover ricorrere necessariamente alla legge.

Innanzitutto, si pone un problema definitorio. Generalmente la nozione di *Rule of Law* viene spiegata passando in rassegna le sue stesse implicazioni, tra le quali si menzionano la generalità e l'astrattezza delle norme, la loro accessibilità, la chiarezza della fattispecie, l'irretroattività, la stabilità nel tempo, la coerenza con l'ordinamento e, infine, l'applicazione uniforme da parte dello Stato<sup>230</sup>. Il concetto di *Rule of Law*, inoltre, contempla l'assioma secondo cui il diritto non si esaurisce nella legge scritta ma include altresì la prassi giuridica di riferimento<sup>231</sup>. Il principio in esame, dunque, pone al di sopra del quadro delle fonti del diritto, un livello super primario ove sono stabiliti dei limiti di "contenuto", sicché il giudice e il legislatore sono ampiamente limitati<sup>232</sup>.

Dunque, per cercare di comprendere come si riesca ad assicurare un esercizio del potere penale circoscritto alle norme, senza però ricorrere al principio di legalità formale, si analizzano brevemente alcune implicazioni del principio in esame.

A parere di Albert Dicey<sup>233</sup>, è possibile individuare tre fattori del *Rule of Law*: in primo luogo, il principio consente l'applicazione di conseguenze giuridiche solo a seguito di una sentenza, che sia emessa al termine di un processo e ove siano state applicate norme conoscibili e prevedibili al momento della commissione del fatto; tuttavia, il *Rule of Law* opera in contesti dialogici e opinativi, di conseguenza, immaginare un sillogismo giuridico che assicuri la prevedibilità del comando risulta difficile, pertanto, la certezza deve essere declinata in termini di probabilità, verosimiglianza, attendibilità e credibilità.

In secondo luogo, impone che tutti i soggetti siano sottoposti alla stessa legge, ovvero al medesimo tipo di procedimento. Infine, l'autore asserisce la necessità di prevedere

---

<sup>230</sup> Cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, pp 17-18; J. WALDRON, *The Rule of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Stanford University, 22 giugno 2016.

<sup>231</sup> Cit. A. SCHIAVELLO, *Il Rule of Law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 109 e ss.

<sup>232</sup> Cfr. L. VESPIGNANI, *Lo "strano" mondo di Mr. Rule of Law nelle trasformazioni dello stato contemporaneo*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, Palermo, D&Q, giugno 2017, n. XVII, pp.473.

<sup>233</sup> Nato a Lutterworth nel 1835, è stato avvocato e ha insegnato presso l'università di Oxford e il London School of Economics.

strumenti idonei a tutelare i diritti<sup>234</sup>. Ebbene, è possibile sostenere che il *Rule of Law* è un principio posto al di sopra di ogni fonte che obbliga il potere giudiziale a decidere sulla base delle sue stesse implicazioni. Queste ultime assicurano al cittadino prevedibilità e certezza dei comportamenti obbligatori e proibiti consentendo loro di pianificare i loro affari e, in aggiunta, sottopongono i soggetti dell'ordinamento alla medesima legge o procedimento giudiziario, senza alcuna distinzione tra pubblici poteri e privati<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> V. A.V. DICEY, *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1885.

<sup>235</sup> Cfr. A. PIN, *Rule of Law, certezza del diritto e valore del precedente*, in DPCE Online, pubblicata 1 marzo 2022, v. 50, pp. 76, 85; M. MANZIN, *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del Rule of Law*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, Palermo, D&Q, dicembre 2019, n. 2, pp. 163, 165.

### 3. L'INFLUENZA DELLE TEORIE DI COMMON LAW

#### 3.1 Dai primi contatti fino a oggi

Negli ultimi anni del Novecento, l'influenza anglosassone, sebbene solamente indiretta, è decisamente più pregnante, soprattutto per quanto concerne le direttive comunitarie. Uno degli esempi più emblematici riguarda la contrattazione a tutela dei consumatori, per la quale gli istituti di *Civil Law* risultano insufficienti. L'obbiettivo della disciplina non è più quello di garantire l'autonomia e la libertà contrattuale, ma quello di porre in una situazione di equità le parti, in quanto, inizialmente, una contrattualmente più forte dell'altra. Nel 1996, il legislatore italiano modifica il codice civile con la riforma dei *consumer contracts*<sup>236</sup>, prevedendo limiti alla libertà contrattuale delle imprese e garantendo protezione al consumatore, riducendo così lo squilibrio iniziale di tale rapporto<sup>237</sup>. Tale innovazione legislativa ha avuto inizio a seguito di una direttiva dell'Unione Europea<sup>238</sup>, pertanto, sebbene la disciplina sia sostanzialmente di derivazione anglosassone, l'influenza si considera indiretta.

Tuttavia, esistono casi in cui il *Common Law* influenza direttamente l'ordinamento italiano, come l'introduzione del principio anglosassone dell'"*ogni altro ragionevole dubbio*" - al di là di ogni supposizione avvalorata da molteplici indizi - nel Codice di procedura penale all'art. 533<sup>239</sup>. La disciplina anteriforma presentava una struttura completamente diversa, infatti, la sentenza di condanna veniva pronunciata quando il fatto non rientrava tra i casi in cui era previsto il proscioglimento. Tale regola di giudizio però non esplicitava un criterio idoneo a determinare quantitativamente e qualitativamente la prova necessaria alla condanna. In ogni caso, l'introduzione del riferimento al *ragionevole dubbio* ha per lo più valore simbolico, come esempio

---

<sup>236</sup> Il contratto del consumatore è oggi disciplinato dagli artt. 1469 bis e seguenti, così come modificati dal D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, altrimenti chiamato Codice del consumo.

<sup>237</sup> Cfr. G. ALPA, "In partibus Angliae". Immagini del "common law" nella cultura giuridica italiana, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, giugno 2002, pp. 53-54; la riforma codicistica avviene a seguito della direttiva CEE n. 13 del 1993.

<sup>238</sup> V. Direttiva CEE n. 13 del 1993, [www.eur-lex.europa.ue](http://www.eur-lex.europa.ue).

<sup>239</sup> V. Art. 5 L. n. 46 del 2006; art. 533 comma 1 C.p.p.: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza".

dell'influenza diretta dei principi anglosassoni, diversamente, a livello descrittivo non aggiunge nulla a quanto si ricavava dalla disciplina previgente<sup>240</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che i contatti tra *Common Law* e *Civil Law* esistono da sempre, perciò risulta fuorviante rappresentare i due sistemi come chiusi, antitetici e completamente contrastanti. In altre parole, il *Civil Law* è basato sulle leggi mentre il *Common Law* sulle sentenze, ma si temperano a vicenda<sup>241</sup>.

### 3.2 Clausole generali nel *Civil Law*

Il *Civil Law* è un'espressione anglosassone che designa, in contrapposizione al *Common Law*, il diritto proprio dei paesi di tradizione romanistica dell'Europa continentale, caratterizzati principalmente da disposizioni astrattamente determinate che limitano il potere giudiziale<sup>242</sup>. A seconda della precisione con cui il legislatore descrive la fattispecie astratta si stabilisce lo spazio lecito del potere giudiziale.

Il precetto è composto da molteplici elementi, in primo luogo, quelli *descrittivi* che esprimono una realtà naturalistica; il giudice non può far altro che constatarne l'esistenza, quindi, il margine interpretativo è ridotto al minimo. In secondo luogo, vi sono gli elementi *sintetici*, questi fanno parte della fattispecie su presupposizione logica di una norma precedente, giuridica o sociale; tra la disposizione presupposta e l'elemento sintetico nasce un nesso interpretativo, a seconda di come viene interpretata la prima si attribuisce un dato significato al secondo. In terzo luogo, troviamo gli elementi *elastici*, essi sono dotati di un'alta carica assiologica, sono connessi a valori etici o sociali, dunque, il giudice, attribuendogli un significato integra il precetto. Determinando gli elementi *sintetici*, il potere giudiziale non contribuisce alla formazione della norma, poiché la disposizione presupposta è prestabilita dal legislatore, diversamente, per

---

<sup>240</sup> Cfr. Articolo 533 Codice di procedura penale. Condanna dell'imputato, alla voce: *Spiegazione dell'art. 533 Codice di procedura penale*, Padova, Brocardi.it 2003-2024; E. M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 1-4, 43-45.

<sup>241</sup> Cfr. G. ALPA, *"In partibus Angliae". Immagini del "common law" nella cultura giuridica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, giugno 2002, pp. 57-56.

<sup>242</sup> V. G. AJANI, E. DOSSI e G. MAUGERI, alla voce: *Civil Law*, *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, Milano, Garzanti Libri s.p.a., 2009, pp. 313; Cfr. A. BANFI, *Civil Law and Common Law*, contributo tratto da *Storia della civiltà europea a cura di Umberto Eco*, EncycloMedia Publishers, 2021.

quanto riguarda gli elementi elastici, il giudice deve intervenire<sup>243</sup>. Esemplificativa in tal senso, è la clausola generale di “buon costume<sup>244</sup>”, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice; egli deve attenersi alle interpretazioni precedenti, senza però esserne vincolato. La funzione integrativa giudiziale permette di modificare il significato delle disposizioni a seconda delle istanze sociali, consentendo così l’evoluzione dell’ordinamento. È quindi possibile notare una prima vicinanza tra i due sistemi giudiziari solo apparentemente distaccati, infatti, anche nel *Civil Law* ci sono casi in cui il giudice partecipa alla formazione della fattispecie astratta, rinviando a criteri extralegali<sup>245</sup>. D’altro canto, però, l’art. 101 comma 2 Cost.<sup>246</sup> impone la soggezione del giudice soltanto alla legge, risultando incompatibile con le clausole elastiche esigenti un’integrazione di significato giudiziale.

Negli ordinamenti di *Civil Law*, la giurisprudenza, almeno teoricamente, è rilegata a una funzione dichiarativa della legge. Oggi però, come ampiamente trattato in precedenza, le clausole elastiche della disposizione consentono al giudice di decidere quale significato attribuire alla norma con una certa discrezionalità. Risulta quindi utile chiedersi quali siano i limiti del potere giudiziale nell’ambito dell’interpretazione del diritto. Significativo, in tal senso, un orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nell’ambito di un giudizio in materia di lavoro, secondo il quale, qualsiasi decisione nel merito che coinvolga fattispecie recanti elementi elastici, debba poter essere sottoposta al controllo di legittimità<sup>247</sup>, esattamente come ogni disposizione. Dunque, un primo limite all’attività interpretativa si sostanzia in un ulteriore controllo giudiziale. D’altro canto, la Corte, asserisce altresì che il giudice, nell’integrare il precetto normativo, deve attenersi sia ai principi dell’ordinamento sia a “*una serie di standards valutativi esistenti*

---

<sup>243</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 54-57

<sup>244</sup> V. art. 5 C.c. : “Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume”.

<sup>245</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 57-58.

<sup>246</sup> Art. 101 comma 2 Cost.: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

<sup>247</sup> V. Sent. Cass., sez. lav., del 22 ottobre 1998, n. 10514, Rv. 519996.

*nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente*<sup>248</sup><sup>249</sup>. Con questa seconda affermazione si stabilisce che la norma migliore è quella che tiene conto non solo dei valori sociali ma anche delle interpretazioni che altri giudici, anche di pari rango, hanno sostenuto in passato. Di conseguenza, l'esegesi non è più limitata esclusivamente ai criteri esplicitati dall'art. 12 Disposizioni sulla legge in generale<sup>250</sup>. Il mutamento dei fondamenti dell'attività ermeneutica consente di svolgere alcune considerazioni in merito allo stesso diritto vivente. Infatti, se l'interpretazione della norma deve essere orientata al precedente giudiziale anche quest'ultimo assume un valore inedito; la giurisprudenza non è più rilegata a una funzione meramente dichiarativa ma assurge a creatore di nuovo diritto. È dunque possibile ipotizzare come l'ordinamento giuridico contemporaneo sia formato dalle leggi scritte e dall'insieme di interpretazioni condivise e ripetute nel tempo che formano il diritto vivente, in netto contrasto con l'art. 1 Disposizioni sulla legge in generale<sup>251</sup>, e con i principi fondamentali del *Civil Law*, che non considerano la giurisprudenza una fonte di legge. Orbene, anche l'art. 101 comma 2 Cost.<sup>252</sup> che impone la soggezione del giudice soltanto alla legge, necessita una rivalutazione alla luce di quanto appena esposto. È innegabile come nei sistemi di *Civil Law*, il concetto tradizionale di legge stia perdendo il rigore formale del passato, a fronte di un sistema caratterizzato dalla generale tendenza del giudice ad assumere una funzione creativa, avvallata dalla stessa Corte di Cassazione<sup>253</sup>.

---

<sup>248</sup> Cit. Sent. Cass., sez. lav., del 18 gennaio 1999, n. 434, [www.jstor.it](http://www.jstor.it).

<sup>249</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 59-60.

<sup>250</sup> V. Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale: "Nell'applicare la legge non ci può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizione che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"

<sup>251</sup> V. Art. 1 Disposizioni sulla legge in generale: "Sono fonti del diritto:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) [le norme corporative]
- 4) gli usi."

<sup>252</sup> V. Art. 101 comma 2 Cost.: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge".

<sup>253</sup> R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro Italiano*, Jstore, Vol. n. 129, 9 settembre 2006, pp. 279-285.

### 3.3 Il vincolo del precedente

Nei sistemi di *Common Law* la giurisprudenza rientra a pieno titolo nel sistema delle fonti del diritto. Il giudice, generalmente, è vincolato ad applicare la stessa regola utilizzata in un caso simile, deciso in passato. Il vincolo del precedente, nei sistemi di *Common Law*, prende il nome di teoria dello *Stare Decisis*, con cui si obbliga i giudici ad applicare gli stessi principi di diritto individuati nelle sentenze rese in precedenza<sup>254</sup>. Le pronunce anglosassoni si compongono di due parti: la *Ratio Decidendi* o *Holding*, ossia la motivazione della decisione, e l'*Obiter Dictum* o *Dicta* che invece, riguarda le questioni trattate incidentalmente. La vincolatività riguarda esclusivamente la *Ratio Decidendi* che comprende il principio di diritto e quello di fatto, essenziali per la decisione. Si esclude, dunque, l'*Obiter Dictum* che, toccando argomenti non attinenti al merito della causa, mantiene una funzione "persuasiva", viene cioè riconsiderato dagli avvocati nelle attività di consulenza<sup>255</sup>. Il giudice di *Common Law* non deve valutare il contenuto del precedente, lo deve semplicemente applicare. La teoria dello *Stare decisis* assicura la prevedibilità della decisione del giudice, garantendo certezza in merito alle conseguenze delle proprie azioni.

Verso la fine dell'Ottocento, la teoria in esame inizia a mostrare i suoi limiti, invero, la sua applicazione rigorosa rende eccessivamente rigido l'ordinamento, rendendolo incapace di mutare e adeguarsi alle istanze sociali contemporanee. Nel tentativo di rispondere a questa esigenza, vengono concesse due clausole capaci di ampliare la discrezionalità del giudice. In primis, l'*Overruling*, con cui il precedente viene abrogato poiché in contrasto con i principi costituzionali, giacché dalla sua applicazione discenderebbero conseguenze ingiuste. In secundis, il *Distinguish*, il quale consente al giudice di disapplicare il precedente per quel caso concreto, in quanto differente da quello su cui si era formata la *Ratio Decidendi*. Tuttavia, tali clausole di apertura compromettono la prevedibilità e la certezza del diritto, di conseguenza, sono considerate eccezionali, tant'è vero che mancano dei criteri generali volti a regolare

---

<sup>254</sup> Cit. I. MARCONI, *Case Law: il diritto del precedente*, in Altalex, Milano, Altalex Editore, 19 ottobre 2021.

<sup>255</sup> V. [www.dizionari.simone.it](http://www.dizionari.simone.it) alla voce *Obiter dictum*; Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 46.

l'applicazione dell'*Overruling*<sup>256</sup>. Negli Usa gli episodi di abrogazione del precedente sono decisamente più frequenti rispetto all'Inghilterra, infatti, al fine di limitare la discrezionalità giudiziale, si sono individuate due ulteriori implicazioni dell'*Overruling*:

- L'*Anticipatoy Overruling*, quando risulta evidente che la Corte Suprema non seguirà più quel precedente, allora anche il giudice di merito potrà disapplicarlo;
- Il *Prospective Overruling*, il caso specifico viene deciso sulla base di un principio di diritto, di cui però si preannuncia la futura revoca<sup>257</sup>.

### 3.4 Aperture dell'ordinamento al diritto vivente

Dopo aver brevemente analizzato il sistema perfettamente bilanciato del *Common Law* nell'ambito dell'utilizzo del precedente, si ritiene necessario ampliare il ragionamento in merito al valore del diritto vivente negli ordinamenti di *Civil Law*. Come già chiarito, la pronuncia giudiziale non richiede l'esplicazione di un precedente, il quale, non ha alcuna efficacia vincolante e non rientra tra le fonti del diritto. Vero è, però, che la giurisprudenza ha dimostrato di tenere considerazione i principi di diritto espressi in sentenze antecedenti. Nell'ambito del giudizio in materia di lavoro, presentato brevemente nel sottocapitolo 4.2, la Corte ha definito il diritto vivente uno standard a cui il giudice deve sottostare nell'interpretazione della disposizione, discostandosi così dall'art. 12 Disposizioni sulla legge in generale<sup>258</sup>, il quale non menziona in alcun modo il diritto vivente<sup>259</sup>. In aggiunta, la Corte di cassazione sottopone l'interpretazione del

---

<sup>256</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 50-52.

<sup>257</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 52-54.

<sup>258</sup> V. Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale: "Nell'applicare la legge non ci può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizione che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"

<sup>259</sup> V. Sent. Cass., sez. lav., del 18 gennaio 1999, n. 434., [www.jstor.it](http://www.jstor.it).



giudice al controllo della Corte Costituzionale: da un lato, ampliando lo scrutinio del giudizio di legittimità, dall'altro, equiparando la legge scritta al dispositivo<sup>260</sup>.

D'altro canto, anche il legislatore sembra valorizzare il diritto vivente, un esempio lampante è rappresentato dalla modifica apportata all'art. 118 Disposizioni di attuazione del C.p.c.<sup>261</sup>, avvenuta con la legge n. 69 del 2009. Il primo comma del suddetto articolo prevede che i giudici possano motivare la loro sentenza *anche con riferimento a precedenti conformi*. Se il giudice italiano è soggetto soltanto alla legge<sup>262</sup> e i precedenti giudiziari non rientrano tra le fonti diritto<sup>263</sup> - tuttalpiù possono assumere una valenza assimilabile al *soft-law*, il cui rispetto è determinato da una spontanea adesione dei consociati<sup>264</sup> - com'è possibile che nella motivazione devono essere menzionati? L'ipotesi che il legislatore abbia inserito il riferimento in esame senza una reale e cosciente volontà è da escludere, data l'importanza della motivazione in sede di impugnazione, invero, l'atto d'appello deve contenere l'*"individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata"*<sup>265</sup>, rinvenibili proprio nella motivazione, rendendola fondamentale per garantire al cittadino il rispetto dei suoi diritti. Oltretutto, con la stessa legge n. 69 del 2009 il legislatore ha modificato anche l'art. 132 n. 4 del c.p.c.<sup>266</sup>, con cui abroga l'obbligo per il giudice di riportare in motivazione lo svolgimento

---

<sup>260</sup> V. Sent. Cass., sez. lav., del 22 ottobre 1998, n. 10514, Rv. 519996.

<sup>261</sup> V. Art. 118 comma 1 Disposizioni di attuazione del C.p.c.: "La motivazione della sentenza di cui all'art.132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi".

<sup>262</sup> V. Art. 101 comma 2 Cost.: "i giudici sono soggetti soltanto alla legge".

<sup>263</sup> V. Art. 1 Disposizioni sulla legge in generale: "Sono fonti del diritto:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) le norme corporative;
- 4) gli usi."

<sup>264</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 46.

<sup>265</sup> Cit. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione "Progetto giustizia penale", 19 gennaio 2021.

<sup>266</sup> V. Art. 132 comma 1 C.p.c.: "La sentenza reca l'intestazione "Repubblica italiana", ed è pronunciata "In nome del popolo italiano". Essa deve contenere:

- 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata;
- 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori;
- 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti;
- 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione;

del processo. Il precedente utilizzato, dunque, potrebbe riguardare una fattispecie diversa da quella oggetto del giudizio. Si designa così una nozione di diritto vivente astrattamente applicabile, avvicinandosi agli ordinamenti di *Common Law*<sup>267</sup>. Certamente sarebbe eccessivo attribuire all'art. 118 Disposizioni di attuazione del C.p.c. la codificazione del vincolo dello *Stare Decisis*, anche se, è innegabile l'influenza della cultura giuridica anglosassone<sup>268</sup>.

---

5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice”.

<sup>267</sup> Cfr. G. SCARSELLI, *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Pisa, Pacini Editore S.r.l., 5 aprile 2018, pp. 1-3.

<sup>268</sup> Cfr. M. PAGANELLI, *Diritto vivente Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, Pisa, Pisa University Press, fasc. n. 3, luglio-settembre 2013, pp. 21- 24. Di contro, G. SCARSELLI, *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Pisa, Pacini Editore S.r.l., 5 aprile 2018, pp. 1-3, ritiene che l'introduzione dell'assunto *anche con riferimento a precedenti conformi*, di per sé non ha una portata innovativa, piuttosto si riferisce alla c.d. motivazione *per relationem*, ossia la possibilità per il giudice di motivare la sentenza utilizzando la motivazione di un'altra sentenza. A parere dell'autore, la giurisprudenza ha interpretato estensivamente la clausola attribuendole un valore decisamente più ampio e opposto alla volontà del legislatore: in *primis* includendo tra i precedenti conformi anche le sentenze di merito e non solo le pronunce di legittimità (Sent. Cass. civile, del 6 settembre 2016, C.S. e C.F., n. 17640, in [www.sentenze.laleggepertutti.it](http://www.sentenze.laleggepertutti.it)). In *secundis* stabilendo che la motivazione può avere ad oggetto anche atti e documenti della causa (Sent. Cass. civile, del 23 settembre 2016, n. 18754, Rv. 641281-01.). In *tertiis* consentendo di menzionare il precedente senza doverlo riassumere (Sent. Cass., sez. lav., 24 aprile 2013, n. 10007, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)). Inoltre, Scarselli, a sostegno della tesi secondo cui è il giudice ad aver ampliato il significato del precedente, sottolinea come il legislatore abbia ritenuto opportuno non convertire l'art. 79 del D.L. n. 69 del 2013, il quale prevedeva quanto ottenuto a livello processuale.

## 4. IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

### 4.1 Tra diritto giurisprudenziale e *giustizia politicizzata*

Il diritto giurisprudenziale comprende l'insieme di "norme enunciate espressamente, o implicitamente ricavabili, dai precedenti giudiziari<sup>269</sup>", nei sistemi di *common law* è una vera e propria fonte del diritto mentre nel *civil law*, seppur considerato lecito, non è vincolante. A sostegno di quanto appena affermato è possibile richiamare l'efficacia *inter partes* della sentenza, ossia tra le parti, dunque, sarebbe impossibile ricavarne una portata *erga omnes*, caratteristica imprescindibile del diritto. Inoltre, ai sensi dell'art. 101 comma 2 Cost., *il giudice è soggetto soltanto alla legge*, pertanto - interpretando restrittivamente tale assunto - non lo si ritiene vincolato a sentenze precedenti<sup>270</sup>.

Il giudice, interpretando le disposizioni, svolge senz'altro una funzione rientrante nella *discrezionalità tecnica*, poiché sceglie uno dei significati attribuibili al testo legislativo. Tale competenza giudiziale ben si discosta dalla *discrezionalità pura*, la quale, se utilizzata, comporterebbe una decisione soggettiva del giudice in base al caso concreto<sup>271</sup>.

Al quadro teorico appena descritto si intende affiancare la disamina dello scenario che sussiste nella realtà. Fin dalla metà degli anni '80, Francesco Gentile teorizzava l'esistenza della *giustizia politicizzata*<sup>272</sup>, con cui intendeva una giurisdizione tutt'altro che tradizionale, in totale contrasto con l'idea del giudice meccanico applicatore di un sistema legislativo chiaro e completo. Il professore poneva a fondamento della *giustizia politicizzata* tre criticità del sistema giuridico, vigente allora. Innanzitutto, egli asseriva che una delle funzioni del potere giudiziale era quella di riequilibrare le posizioni delle

---

<sup>269</sup> Cit. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione "Progetto giustizia penale", 19 gennaio 2021.

<sup>270</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 48-50.

<sup>271</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 44-45.

<sup>272</sup> Cit. F. GENTILE, *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Politica e Ragion di Stato*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp 207-221, nella nota l'autore riferisce che già nel 1970 la Pretura di Milano aveva emesso una sentenza in cui si notava *l'intenzione alternativa* del giudice (il caso di specie si riferiva ad alcuni studenti che manifestavano all'interno di spazi Universitari e che, a parere del giudice, così facendo agivano nei limiti della legge).

parti in causa, innalzando il più debole e ridimensionando il più potente. Questa funzione però veniva spesso esasperata e, nel tentativo di ristabilire l'equilibrio, il giudice sfiorava i limiti della legge. Una seconda criticità di sistema si individuava nell'incapacità del legislatore di stare al passo con i cambiamenti sociali, al contrario, il giudice assicurava una tutela immediata, pertanto, era percepito come idoneo a generare nuovo diritto<sup>273</sup>. Riprendendo le parole del professore, il giudice operava *in nome della sovranità e sotto il suo controllo*<sup>274</sup>. Infine, Gentile sosteneva come il giudizio incidentale sulla legge ordinaria, consentendo al giudice di sospendere l'applicazione della disposizione, se sospettata di incostituzionalità, faceva venire meno l'assoluta soggezione del giudice alla legge<sup>275</sup>. Circa vent'anni dopo, nello specifico nel 2003, Francesco Gentile ritornava a trattare il tema dell'incidenza della giurisprudenza nel diritto<sup>276</sup>. Egli constatava come, benché la struttura teorica della legge non fosse mutata, le criticità di sistema rimanevano e la predominanza della giurisprudenza non accennava a ridimensionarsi<sup>277</sup>. Anche oggi, come in passato, i consociati reputano il giudice capace di rispondere alle istanze della collettività, a scapito del legislatore, percepito invece come inidoneo a svolgere il suo ruolo. D'altro canto, la giurisprudenza tende ancora a sfiorare i limiti del proprio potere, talvolta supplendo il legislatore, altre volte modificando l'interpretazione prevalente in dottrina, altre ancora motivando la decisione sulla base di un *precedente*<sup>278</sup>.

---

<sup>273</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 324-328.

<sup>274</sup> V. F. GENTILE, *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Politica e Ragion di Stato*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp 207-221.

<sup>275</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 324-328; F. GENTILE, *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Politica e Ragion di Stato*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp 207-221.

<sup>276</sup> Si fa riferimento a F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>277</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 328-330.

<sup>278</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 46.

## 4.2 Alcuni esempi

Il diritto giurisprudenziale, applicato alla mentalità del common law, assicura certezza e prevedibilità, diversamente, nei sistemi di Civil Law muta nell'occasionalismo giurisprudenziale, in cui i giudici si concedono un'ampia libertà di interpretazione, arrivando fino all'inosservanza del rigore linguistico delle disposizioni normative<sup>279</sup>. Significative, in tal senso, una serie di vicende giudiziarie:

- 1) Il Codice del processo amministrativo<sup>280</sup> non consente forme di tutela atipiche, come l'azione di accertamento. Il Consiglio di Stato, riunito in adunanza plenaria, asserisce che il cittadino ha il diritto costituzionale di ottenere piena tutela del proprio interesse legittimo<sup>281</sup>, quindi ove le azioni tipiche non sono idonee, si deve esperire un'azione atipica. Ebbene, la mancata previsione dell'azione di accertamento nel Codice del processo amministrativo non preclude la sua praticabilità<sup>282</sup>;
- 2) Storicamente, dottrina e giurisprudenza non riconoscevano, in capo al neonato, il "diritto a non nascere se non sano"<sup>283</sup>, in quanto sussiste solo se violato. La Corte di Cassazione al fine di riconoscere la risarcibilità del danno alla salute del concepito, considera quest'ultimo oggetto di tutela piuttosto che soggetto di diritto. Dunque, la Corte si inventa un nuovo diritto "quello del nascituro (una volta in vita), oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, alla procreazione cosciente e responsabile"<sup>284</sup>;

---

<sup>279</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 61.

<sup>280</sup> V. D.Lgs. n. 104 del 2010, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>281</sup> V. Art. 24 Cost.: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

<sup>282</sup> V. Sent. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 15 del 2011, *Consiglio di Stato, Sentenza n. 15/2011, L'Ad. Plen. Sulla natura giuridica della d.i.a. e sui mezzi di tutela per il terzo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>283</sup> Cit. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 63.

<sup>284</sup> Cit. Sent. Cass., sez. III, del 2 ottobre 2012, O.G. e O.M., n. 16754, *Corte di Cassazione – sez. III civ. – sent. 16754/2012: risarcimento del danno da nascita indesiderata per errore medico*, in *Biodiritto*, Torino, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2 ottobre 2012.

3) L'ultima delle vicende presentate riguarda l'art. 80 comma 2 del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti<sup>285</sup>. In questo caso il legislatore riconosce l'aggravante dell'ingente quantità senza però specificarne il contenuto, infatti non individua alcun valore-soglia. La dottrina fin da subito ne dubita la costituzionalità. Le Sezioni Unite, anziché dichiarare il precetto incostituzionale, integrano la disciplina, prevedendo l'ingente quantità quando superi di almeno 2000 volte il valore-soglia espresso nella tabella allegata al D.M. 11 aprile 2006<sup>286</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che nel nostro sistema, i giudici non sono in grado di applicare il diritto vivente garantendo certezza e prevedibilità, ma lo esasperano fino a convertirlo nell'occasionalismo giurisprudenziale, il quale rischia di confinare nell'aleatorietà delle decisioni future. La tendenza generale del giudice di andare oltre i limiti della disposizione è la diretta conseguenza della *crisi della legge*, che si esplica: da un lato, con un legislatore che non si assume le responsabilità politiche, delegando le decisioni in temi divisive al potere giudiziale, il quale, di conseguenza, non considera la legge come una manifestazione di sovranità politica a cui deve sottostare. Dall'altro lato, la società tende ad attribuire la funzione di tutela dei diritti alle corti anziché al legislatore, ragion per cui, il giudice non solo amplia il proprio potere ma lo esercita *in nome della sovranità*<sup>287</sup>.

#### 4.3 Esposizione del mondo giuridico oggi

Preso atto delle difficoltà strutturali del legislatore concernenti non solo il rigore linguistico, ma anche l'incapacità di prevedere tutte le fattispecie riscontrabili nella realtà, è possibile riassumere per cenni il conseguente sviluppo del potere giudiziario.

---

<sup>285</sup> V. Art. 80 comma 2 D.p.r. 309 del 1990: "Se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope, le pene sono aumentate dalla metà a due terzi; la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell'art.73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l'aggravante di cui alla lettera e) del comma 1".

<sup>286</sup> V. Sent. Cass., sez. un., del 20 settembre 2012, B.G., n. 36258, [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it).

<sup>287</sup> Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 69-73; A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 327-328.

In *primis*, i giudici ampliano la sfera degli interessi tutelabili, sia andando oltre i diritti patrimoniali, sia assicurando protezione a situazioni non codificate, garantendo così il diritto di ottenere giustizia anche in casi non previsti dal legislatore. Più precisamente, la giurisprudenza si fa portatrice di processi che svalorizzano il concetto di legge, quali la depatrimonializzazione e la decodificazione<sup>288</sup>.

In *secundis*, non è sostenibile la tesi che considera la funzione del diritto giurisprudenziale meramente persuasiva, invero, il diritto vivente di fatto incide sulla decisione. Significativa, in tal senso, la funzione nomofilattica, ossia il compito di mantenere l'equilibrio tra la creatività e l'uniformità delle decisioni, attribuito alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 65 ordinamento giudiziario<sup>289</sup>. I giudici, dunque, dovranno sottostare alle interpretazioni dichiarate dalla Corte, destinate a costituire un precedente. D'altro canto, ogni anno vengono pronunciate un'enormità di sentenze, che minano l'opportunità di assicurare orientamenti costanti, per evitare ciò è fondamentale il Massimario, l'organo deputato a raccogliere e organizzare i principi di diritto espressi nelle decisioni<sup>290</sup>. A fondamento della funzione normativa del diritto vivente si richiama nuovamente l'art. 118 disposizioni di attuazione del C.p.c.<sup>291</sup> che codifica l'utilizzo in motivazione della sentenza dei precedenti conformi.

Ebbene, ci troviamo in una dimensione in cui la Corte di Cassazione definisce precedenti vincolanti per i giudici ordinari, che sopperiscono alle lacune legislative, creando così nuove aree di tutela. Inoltre, i giudici sono chiamati a produrre atti brevi con motivazioni succinte, che possono essere considerate esaustive anche con la semplice indicazione del precedente, il quale risulta di fatto vincolante anche tra i giudici ordinari. I confini tra

---

<sup>288</sup> Cfr. M. PAGANELLI, *Diritto vivente Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, Pisa, Pisa University Press, fasc. n. 3, luglio-settembre 2013, pp. 17-19.

<sup>289</sup> V. Art. 65 comma 1 Ordinamento giudiziario: "La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità, del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

<sup>290</sup> Cfr. M. PAGANELLI, *Diritto vivente Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, Pisa, Pisa University Press, fasc. n. 3, luglio-settembre 2013, pp. 19-20.

<sup>291</sup> V. Art. 118 Disposizioni di attuazione del c.p.c.: "La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi".

*common law* e *civil law* si affievoliscono in forza di un nuovo sistema ibrido che necessita di nuove regole di principio e consulenti giuridici esperti nell'utilizzo del precedente.



## TERZO CAPITOLO: RAGIONAMENTO SUL DIRITTO, IMPLICAZIONI MODERNE

**Sommario:** 1. Il diritto oggi – 1.1 Breve introduzione del mito del diritto – 1.2 Il diritto vivente – 1.3 Giudizio di costituzionalità del diritto vivente – 2. La nuova visione europea – 2.1 Introduzione del contesto europeo – 2.2 CEDU e ordinamento italiano – 2.3 Mutamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell’Uomo: sentenza Scoppola, sentenza Contrada, sentenza Sud Fondi – 3. Pensare a un diritto nuovo – 3.1 Il diritto vivente nel contraddittorio – 3.5 Conclusione

### 1. IL DIRITTO OGGI

#### 1.1 Breve introduzione del mito del diritto

Il mito del diritto rappresenta da un lato, qualcosa di affabulatorio e ideologico, dall’altro, delinea alcuni archetipi della società, individuando quindi una dimensione tanto fantastica quanto reale<sup>292</sup>.

L’uomo in natura, si riconosce in una collettività di individui, uniti da un elemento comune, chiamato “Medio”. La Società moderna però non riesce a individuare un orizzonte condiviso a causa delle difficoltà riscontrate nell’utilizzo del metodo dialettico, quest’ultimo ritenuto uno strumento di conoscenza. Dunque, per evitare che la collettività si disgreghi, “Medio” viene imposto, abbandonando così ogni connotato antropologico per assumere una forma totalmente artificiale. In questo senso, l’elemento comune si identifica con un insieme di norme giuridiche, che garantiscono il rispetto delle procedure idonee a formare un orizzonte comune. Di conseguenza, il “Medio” è assimilabile al sovrano, in quanto esercitano le stesse funzioni: rappresentano la volontà dominante, risolvono i conflitti e assicurano il rispetto delle disposizioni<sup>293</sup>. Vi sono poi ulteriori implicazioni, in *primis*, al fine di evitare conflitti di attribuzione, è necessario che il potere del “Medio” sia a sua volta presupposto, in *secundis*, il sovrano esige dell’obbediente, pertanto, il cittadino deve accettare le norme imposte. Le leggi del sovrano si considerano giuste se emanate nel rispetto di specifiche procedure, a tal fine

---

<sup>292</sup> Cfr. F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 49-50.

<sup>293</sup> Cfr. F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 52-54.

non rileva il contenuto, il cui significato è indiscutibile poiché espresso chiaramente dalle parole<sup>294</sup>. Se il legislatore emanasse leggi perfette, idonee a regolamentare l'intero reale, non esisterebbero i conflitti, altresì sarebbe irrilevante il ruolo del giudice. Tuttavia, la legge non è in grado di regolamentare l'intero reale e il legislatore risulta sempre più in difficoltà. Egli, in alcuni settori continua a emanare disposizioni confuse generando un'ipertrofia legislativa, mentre, per altre questioni, è completamente assente, costringendo il giudice a supplire il suo ruolo<sup>295</sup>.

Preso atto delle criticità del sistema positivista, così come esposto tramite il mito del diritto, risulta pressoché impossibile distinguere il momento dell'interpretazione del precetto con quello della sua applicazione. Esattamente come il fatto tace finché non assume le vesti giuridiche, la norma rileva al momento della sua applicazione, in questo senso, il diritto si genera nel processo<sup>296</sup>. La norma dovrebbe presentare non solo i requisiti formali, logici e fattuali ma anche quelli assiologici, ossia peculiarità che consentano alla legge di risolvere i conflitti e le controversie. Occorre perciò ripensare alle disposizioni entro i confini processuali, esaltandone la loro portata risolutiva in giudizio<sup>297</sup>.

## 1.2 Il diritto vivente

Come si è cercato di dimostrare durante tutta la trattazione, al giorno d'oggi, è decisamente riduttivo definire il giudice "bouche de loi", ossia bocca della legge, come è altrettanto semplicistico ritenere il Parlamento unico detentore efficace ed esauriente del potere legislativo. Preso atto della connaturale incapacità del linguaggio di stabilire precetti dal significato univoco, è evidente come il giudice sia chiamato a scegliere quale norma, tra quelle generate dal medesimo dispositivo, risulta costituzionalmente orientata. In ambito penale si deve tener conto anche del principio di "Favor

---

<sup>294</sup> ibidem

<sup>295</sup> Cfr. F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 59-62.

<sup>296</sup> Cit. F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 67.

<sup>297</sup> Cfr. F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 74-80.

Libertatis<sup>298</sup>”, secondo cui il giudice deve optare per l’interpretazione che più si adatta ai valori penali. Non solo, il potere giudiziario è chiamato anche ad uniformarsi alle norme comunitarie nel senso ad esse attribuito dalla Corti di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. La discrezionalità del giudice, dunque, tende ad ampliarsi, generando nuovo diritto<sup>299</sup>. Ebbene, i casi presentati nel corso del primo capitolo di questa tesi, in merito al diritto vivente formatosi in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti, non sono da considerare eccezionali o irripetibili, la giurisprudenza, infatti, offre numerosi esempi in qualsiasi ambito. Nel proseguo dell’esposizione si proporranno alcune vicende giudiziarie in cui il magistrato, sostenendo la supremazia di un diritto non codificato, modifica la norma, sostituendosi così al legislatore rimasto inerme.

Il primo caso si riferisce a una sentenza della Corte di Cassazione del 2007<sup>300</sup>, con la quale si stabilisce il principio secondo cui il tutore della persona in stato vegetativo irreversibile può ricostruire la sua presunta volontà, non sono sulla base di chiari e univoci elementi di prova, ma anche considerando lo stile di vita e il carattere della persona. La Corte, nella vicenda in esame, riprende il principio ampiamente condiviso<sup>301</sup> secondo cui ogni trattamento sanitario deve essere accettato dal paziente, proprio a tutela dell’integrità della persona. L’obbligo del medico a praticare la terapia viene meno quando cessa il consenso della persona sottoposta alle cure, sostituendosi con il dovere di sospendere ogni trattamento indesiderato<sup>302</sup>. A questo punto, dunque, La Corte si interroga, dapprima, attorno alla vincolatività di direttive espresse dal paziente prima di cadere in stato di incoscienza, e poi, in merito alla ricostruzione della volontà dell’incapace da parte di un terzo con strumenti presuntivi. In un quadro legislativo assente, la Corte di

---

<sup>298</sup> Assicura al cittadino il trattamento penale più mite tra quelli previsti dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché antecedenti alla sentenza definitiva.

<sup>299</sup> Cfr. G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè Editore, fasc. n. 3, 2018, p. 1418-1422.

<sup>300</sup> Sent. Cass. civile, sez. I, del 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto alla vita, eutanasia, legittimità, limiti*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 15 ottobre 2008.

<sup>301</sup> V. Sent. Cass., sez. IV, del 14 marzo 2008 n. 11335 in *Medico, operazione, consenso della vittima, Testimone di Geova, necessità*, *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 28 ottobre 2008; sent. cass., sez. III, del 15 settembre 2008, n. 23676, Rv 604907.

<sup>302</sup> Il consenso informato trova il suo fondamento nel combinato disposto degli art. 2, 13, 32 Cost. e art 53 del Codice italiano di deontologia medica; Cfr. G. BUFFONE, *Caso Englaro: patologia irreversibile e interruzione della terapia di sostegno vitale*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 19 febbraio 2009.

Cassazione afferma il principio di diritto secondo cui se il malato giace in stato vegetativo irreversibile, per cui sia tenuto in vita artificialmente, *su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario*<sup>303</sup>. Il permesso viene concesso sulla base di elementi di prova che attestino la volontà del paziente, nello specifico dalla sua voce, da precedenti dichiarazioni, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti. Risulta evidente come, nel caso di specie, il giudice abbia assunto il ruolo di legislatore, disciplinando dettagliatamente un ambito privo di tutela<sup>304</sup>.

Il secondo caso che si intende analizzare, riguarda l'applicabilità dell'art. 384 C.p.<sup>305</sup> anche al convivente more uxorio. Nello specifico, la disciplina oggetto della trattazione prevede l'esclusione della punibilità in caso di commissione dei delitti, menzionati dallo stesso articolo, essendovi stato costretto dalla necessità di salvare sé stesso o un *prossimo congiunto*. A tal proposito, l'art. 307 C.p.<sup>306</sup> comprende il coniuge, i parenti e affini sino al terzo grado, senza attribuire alcuna rilevanza alle convivenze di fatto. Si ritiene utile ricordare che il presente dubbio interpretativo, era stato oggetto di questione di costituzionalità nel 2009 che la Corte Costituzionale<sup>307</sup> riteneva infondata, poiché l'eventuale inclusione del convivente poteva avvenire solo a seguito di una modifica della legge, in quanto si trattava di una scelta prettamente politica. Significativa in tal senso, la sentenza della Cassazione, seconda sezione, del 30 aprile 2015, n. 34147<sup>308</sup> che costituisce il primo precedente di interpretazione estensiva dell'art 384 C.p., giustificando l'applicabilità della clausola di non punibilità anche al convivente more

---

<sup>303</sup> Cit. Sent. Cass. civile, sez. I, del 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto alla vita, eutanasia, legittimità, limiti*, in Altalex, Milano, Altalex Editore, 15 ottobre 2008.

<sup>304</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 335-336.

<sup>305</sup> V. Art. 384 C.p.: "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371bis, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento della libertà o dell'onore".

<sup>306</sup> V. Art. 307 co. 4 C.p.: "Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non via prole".

<sup>307</sup> V. Sent. Corte Cost., del 4 maggio 2009, n. 140, (CLI:IT:COST:2009:140) pubblicata in G. U. n. 19 del 13 maggio 2009.

<sup>308</sup> V. Sent. Corte Cass., sez. II, del 30 aprile 2015, Agostino, n. 34147, RV 264630.

uxorio. La Corte innanzitutto prende atto dei profondi mutamenti sociali in ordine al concetto di prossimo congiunto, poi, sostiene che è compito del diritto uniformarsi a questi ultimi<sup>309</sup>. Pertanto, è possibile notare come il diritto giudiziario si discosti dal testo di legge e dalla volontà del legislatore, il quale nonostante la questione di legittimità, non aveva provveduto a modificare la disciplina<sup>310</sup>.

Gli esempi, ivi brevemente analizzati, consentono di comprendere come il potere giudiziario si stia ampliando, andando a formare nuovo diritto, senza la necessità dell'intervento del legislatore. Come cercato di dimostrare pocanzi, i casi in cui le corti pongano a fondamento delle loro decisioni nuove norme di origine giudiziale, non sono sporadici o rilegati ad alcuni specifici ambiti, ma tendono a propagarsi.

### **1.3 Giudizio di costituzionalità del *diritto vivente***

Per *diritto vivente* generalmente si intende un orientamento consolidato in dottrina e giurisprudenza riguardo all'interpretazione da attribuire a una data disposizione<sup>311</sup>. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 89 del 2021<sup>312</sup>, il diritto vivente presenta due requisiti imprescindibili:

- L'applicazione univoca della giurisprudenza;
- La Corte costituzionale l'abbia esaminato come una questione di diritto<sup>313</sup>.

In passato la Corte dichiarava incostituzionale una disposizione quando era impossibile darne un'interpretazione conforme, viceversa considerava irrilevanti i casi in cui, tra le varie norme attribuibili al medesimo precetto, ve ne fosse una in aperto contrasto con la

---

<sup>309</sup> Cfr. A. VECCE, *L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma.*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, n. 2, 2016.

<sup>310</sup> A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 337-340.

<sup>311</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il diritto vivente*, in *Rivista giuridica online di Magistratura Indipendente*, [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it), 17 gennaio 2024.

<sup>312</sup> V. Sent. Corte Costituzionale, n. 89 del 2021, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>313</sup> Cfr. B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino fasc. n.2, giugno 2023, pp. 386-387.

Costituzione<sup>314</sup>. Successivamente, però, la Corte amplia le maglie dello scrutinio di costituzionalità, sancendo l'ammissibilità di questioni che prospettino un'improbabile o difficile interpretazione conforme, includendo altresì il *diritto vivente*<sup>315</sup>.

Nel caso in cui la Corte rigetta una questione di costituzionalità in relazione a una legge su cui non si è formato diritto vivente, chiarendo l'esegesi conforme a Costituzione, pronuncia una sentenza interpretativa di rigetto, correggendo il significato attribuito alla disposizione dal giudice a quo<sup>316</sup>. Diversamente, nel caso in cui il dubbio è sollevato in ordine ad un disposto oggetto di diritto vivente, la Corte generalmente si limita a valutare se, l'interpretazione prevalente, è o meno, conforme a Costituzione. Dunque, è possibile affermare che il sindacato dello scrutinio di costituzionalità si è spostato a favore del diritto vivente, mutando in un giudizio sull'effettività attuale della legge. A sostegno di questa tesi si menziona la formula, utilizzata sempre più spesso nella giurisprudenza costituzionale, per dichiarare incostituzionale una disposizione: "*è incostituzionale in quanto interpretata nel senso che*"<sup>317</sup>. D'altro canto, è doveroso sottolineare come la Corte non si è mai espressa in merito alla vincolatività del precedente, nel senso che, quest'ultimo, se esiste, determina l'oggetto della questione. Esemplificativa, la sentenza n. 59 del 2021<sup>318</sup>, con cui corregge l'interpretazione prevalente sostenuta dalla Cassazione. Ciononostante, rimane l'unico caso negli ultimi cinque anni e, in aggiunta, la corte non ha mai smentito i presupposti ermeneutici del diritto vivente. È quindi individuabile una tendenza generale del giudice delle leggi a pronunciarsi in merito alla costituzionalità del diritto vivente<sup>319</sup>.

---

<sup>314</sup> V. Sent. Corte Cost., n. 356 del 1996, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

<sup>315</sup> V. Sent. Corte Cost., n. 42 del 2017 (ECLI:IT:COST:2017:42) pubblicata in G.U. n. 9 del 1 marzo 2017.

<sup>316</sup> Cfr. B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, fasc. n.2, giugno 2023, pp. 389-390.

<sup>317</sup> Cfr. B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, fasc. n.2, giugno 2023, pp. 392-393.

<sup>318</sup> V. Sent. Corte Cost., n. 59 del 2021, (ECLI:IT:COST:2021:59) pubblicata in G.U. n. 14 del 7 aprile 2021

<sup>319</sup> Cfr. B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, fasc. n.2, giugno 2023, pp. 393-394.

L'avvicinamento del giudizio sulla legittimità all'interpretazione prevalente comporta alcune interessanti considerazioni. Le categorie dogmatiche di disposizione e norma subiscono un'inevitabile relativizzazione, da cui deriva un forte ridimensionamento del ruolo centrale del testo normativo. In un tale contesto, la Corte di Cassazione si rivela l'organo in grado di assicurare certezza e uniformità nell'applicazione della legge, garantendo anche una maggiore prevedibilità delle sentenze dei giudici di merito, i quali di fatto interpretano la legge sulla base del diritto vivente. Il rafforzamento del valore dei precedenti, generati esclusivamente dalla Cassazione, da un lato, rappresenta la fisiologica risposta all'esigenza di ricondurre a unità il diritto oggettivo, dall'altro, però, alcuni giuristi<sup>320</sup> sostengono possa dar luogo a una gerarchizzazione dell'interpretazione della legge, sia ingessando i rapporti interni alla magistratura, sia minando all'indipendenza del giudice ai sensi dell'art. 101 Cost<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> V. sull'argomento S. MANGIAMELI, *Sentenza interpretativa. Interpretazione giudiziale e diritto vivente (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 1989, pp. 15-31; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, CEDAM, 1994.

<sup>321</sup> Cfr. B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, fasc. n.2, giugno 2023, pp. 396-398.

## 2. LA NUOVA VISIONE EUROPA

### 2.1 Introduzione del contesto europeo

La riflessione ivi proposta in merito al dinamismo delle fonti del diritto favorisce una digressione concernente l'ordinamento dell'Unione Europea.

Il trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE), così come definito a Lisbona nel 2008, e il trattato sull'UE (TUE) costituiscono le fondamenta dell'Unione europea, stabilendone obiettivi e principi. Il TFUE, inoltre, precisa l'ambito d'azione degli organi europei, ovverosia, le materie per cui gli stati membri cedono la sovranità, determinando altresì i dettagli organizzativi e di funzionamento delle istituzioni dell'Unione<sup>322</sup>. Il Parlamento europeo, entro i limiti delle discipline di sua competenza, può emanare regolamenti, direttive e decisioni quadro, solo i primi però sono direttamente applicabili, incidendo sulla sfera giuridica del singolo senza ulteriori mediazioni<sup>323</sup>.

La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo è un trattato internazionale, quindi, spetta al governo statale scegliere se aderirvi. Ciononostante, l'UE esige che ogni stato membro rispetti i criteri di Copenaghen, tra cui vi è l'adesione alla CEDU. L'art. 6 n. 2 del Trattato sull'Unione Europea<sup>324</sup> riconosce espressamente i principi espressi dalla Convenzione e ne determina il suo valore definendolo pari ai trattati. Tuttavia, le competenze dell'Unione non vengono estese, dunque, è possibile affermare che la CEDU esprime valori essenziali e connaturati all'Unione, mantenendo la sua natura internazionale<sup>325</sup>.

### 2.2 CEDU e ordinamento italiano

Il Governo italiano nel 1955 ratifica la CEDU tramite una legge ordinaria; generalmente si riteneva che il trattato internazionale assumesse lo stesso rango dell'atto di

---

<sup>322</sup> Cfr. *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), 15 dicembre 2017.

<sup>323</sup> Cfr. *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), 21 aprile 2022.

<sup>324</sup> V. Art. 6 TUE n. 2: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati".

<sup>325</sup> V. Art. 6 TUE n. 3: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"; Cfr. F. BRACCIALE, *Cedu e Consiglio d'Europa: la Carta e l'Istituzione a tutela dei diritti*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 1 settembre 2015.



recepimento, sicché la convenzione veniva considerata al pari di una legge ordinaria, quindi passibile di abrogazione e deroghe. La Costituzione disciplinava solo “le norme internazionali generalmente riconosciute”<sup>326</sup> o quelle che implicassero “limitazioni della sovranità necessarie ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni”<sup>327</sup>; i trattati in ambito di diritti fondamentali della persona non venivano menzionati. Pertanto, in un simile quadro, l’incertezza regnava sovrana. La riforma costituzionale del Titolo V, nello specifico dell’art. 117<sup>328</sup>, ha portato ad individuare un vincolo per il potere legislativo, dal momento in cui deve essere esercitato nel rispetto egli obblighi internazionali. Il legislatore ha scelto di equiparare questi ultimi con le norme comunitarie. Dunque, una disposizione si ritiene legittima se attende agli obblighi sovranazionali, indipendentemente che questi siano generati dalle istituzioni europee o contenuti in trattati o convenzioni, di conseguenza, la riflessione rispetto alla doppia natura della CEDU – brevemente accennata nel sottocapitolo precedente - perde ogni rilevanza<sup>329</sup>. Nel 2007, la Corte costituzionale pronuncia due sentenze<sup>330</sup> dal contenuto simile. Nello specifico la sent. 349 del 2007 sancisce che il giudice è chiamato a “interpretare una norma, conformemente a una disposizione internazionale, nei limiti in cui sia permesso dai testi delle norme”. Tale assunto però, lascia spazio a numerosi dubbi:

---

<sup>326</sup> V. Art.10 Cost.: “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici”.

<sup>327</sup> V. Art.11 Cost.: “L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

<sup>328</sup> V. Art. 117 primo comma Cost.: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

<sup>329</sup> Cfr. C. SARRA, *Quando i fatti sono discorsi*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 88-89.

<sup>330</sup> V. Sent. Corte Cost. n. 348, del 2007 (ECLI:IT:COST:2007:348) pubblicata in G.U. n. 42 del 31 ottobre 2007; Sent. Corte Cost. n. 349, del 2007 (ECLI:IT:COST:2007:349) pubblicata in G.U. n. 42 del 31 ottobre 2007.

1. *Interpretare una norma*, quest'ultima è, di per sé, il frutto dell'attività interpretativa;
2. *conformemente ad una disposizione internazionale*, la Corte pone sullo stesso piano norma e disposizione, le quali però appartengono a sfere semantiche diverse;
3. *nei limiti in cui sia permesso dai testi delle norme*, quest'ultima locuzione non esprime un concetto giuridico, pertanto, risulta complesso attribuirle un significato

Quanto appena affermato ci consente di comprendere come anche il potere giudiziario, alla luce del disposto normativo della Corte Costituzionale, è vincolato a interpretare le norme dell'ordinamento sulla base di quanto espresso dalle disposizioni della CEDU e in relazione alle interpretazioni a esse attribuite dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima però spesso amplia il significato desumibile dalla legge, generando nuovi principi non espressamente previsti dalla Convenzione<sup>331</sup>.

### **2.3 Mutamenti giurisprudenziali della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: sentenza scoppola, sentenza Contrada, sentenza Sud Fondi**

Il giudice interno deve produrre una serie di argomentazioni a sostegno di un significato della disposizione, nei limiti delle parole dalla stessa utilizzate, rispettando i principi espressi nella Convenzione; questo però spesso si traduce in una vera e propria innovazione della disciplina. Significative, in tal senso, alcune vicende giudiziali arrivate fino alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

#### **SENTENZA SCOPPOLA**

Nel 2000, Franco Scoppola a seguito di un giudizio abbreviato viene dichiarato colpevole dell'omicidio della moglie, del tentato omicidio del figlio e di maltrattamenti in ambito familiare; viene quindi condannato a trent'anni di reclusione. Il giorno della decisione<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> Nel sottocapitolo successivo si riportano alcuni casi in cui la Corte EDU ha affermato principi generali distanti dal dettato normativo.

<sup>332</sup> 20 novembre 2000.

entra in vigore il D.L. n. 341 del 2000<sup>333</sup>, con in quale, all'ergastolo non si sostituisce più la pena di reclusione per anni trenta, ma l'ergastolo senza isolamento diurno<sup>334</sup>. Il giudice d'Appello applica l'esegesi espressa dal già menzionato decreto-legge, ritenendolo norma processuale e dunque applicabile secondo il principio *tempus regit actum*. La Corte condanna Scoppola all'ergastolo, sentenza confermata anche in Cassazione. L'imputato quindi si rivolge alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale propone una riflessione in merito all'art. 7 CEDU<sup>335</sup>; al primo comma prevede il principio secondo cui nessuno può essere condannato per un'azione che al momento della commissione del fatto non costituisce reato, inoltre, sancisce che non è possibile infliggere una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il fatto è stato commesso. La Corte prende atto della mancata codificazione dell'assunto per cui all'imputato deve essere applicata la legge penale più favorevole, ma dopo aver illustrato come sia un principio internazionale e comunitario ampiamente condiviso<sup>336</sup>, lo ritiene parte del diritto della CEDU. Il nocciolo della questione, però, riguarda la qualificazione del decreto-legge sopra menzionato: se si deve considerare diritto penale materiale o processuale. La Corte definisce legge penale l'insieme dei reati e le pene che li reprimono. L'art. 442, oggetto della modifica, fa parte del Codice di procedura civile che regola l'*iter* da attuare per la persecuzione dei reati. Tuttavia, la semplice categorizzazione del legislatore interno non si ritiene determinante, infatti, il secondo comma dell'articolo in esame è

---

<sup>333</sup> Convertita in legge n. 4 del 2001., l'art. 7 modificava gli ultimi due periodi l'art. 442 C.p.p.; V. art.7 D.L. 341 del 2000: "Nell'articolo 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno. All'articolo 442, comma 2, del codice di procedura penale, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo".

<sup>334</sup> Gli ultimi due periodi dell'art 442 comma 2 C.p.p., recanti tali disposizioni, sono stati abrogati dall'art. 3 comma 2 L. 12 aprile 2019 n.33.

<sup>335</sup> V. Art. 7 CEDU: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

<sup>336</sup> La Corte menziona: art. 15 del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, art. 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 24 secondo comma dello statuto della Corte penale internazionale.

*interamente dedicato alla severità della pena da infliggere*<sup>337</sup> quando il processo si svolge secondo il giudizio abbreviato, dunque, qualificabile come diritto penale materiale. La Corte conclude imponendo allo Stato di sostituire la pena inflitta con quella più favorevole per l'imputato, ossia la reclusione di anni trenta<sup>338</sup>.

#### SENTENZA CONTRADA

Il secondo caso ivi presentato riguarda Bruno Contrada, ex capo di Polizia e Dirigente dei Servizi Segreti che nel 2007 viene condannato definitivamente per concorso esterno ad associazione mafiosa ai sensi del combinato disposto degli artt. 110<sup>339</sup> e 416Bis<sup>340</sup> del C.p.<sup>341</sup>. Contrada, nel 2015, propone ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione del principio di irretroattività penale. Infatti, la giurisprudenza in merito al reato imputatogli si è consolidata a partire dal 1994<sup>342</sup>, mentre i fatti si dispiegano tra il 1979 e il 1988, sicché, a parere del ricorrente, non gli era stato possibile prefigurarsi le conseguenze della sua condotta. La Corte Edu, innanzitutto, ricorda che sono le autorità nazionali a dover interpretare la legislazione interna e che il suo compito si limita a valutare la conformità di tale attività ermeneutica alla Convenzione. L'art. 7 CEDU<sup>343</sup> esplica il principio di irretroattività

---

<sup>337</sup> Cit. Sentenza della Corte EDU, del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ricorso n. 10249/03, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>338</sup> Cfr. R. BORSARI, *Diritto penale e questioni di nomofilachia sovranazionale*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 166-169; F. V., *La corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza scoppola della corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo" 19 luglio 2013; Sent. Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ricorso n. 10249/03, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it);

<sup>339</sup> V. Art. 110 C.p.: "Quando un reato viene commesso congiuntamente da più persone si determina un concorso di persone, e ciascuna di esse soggiace alla pena stabilita per esso. Va subito precisato che qui trattasi di concorso eventuale di persone, che si distingue nettamente dal concorso necessario".

<sup>340</sup> V. Art. 416 Bis C.p. primo e secondo comma: "Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione".

<sup>341</sup> V. Sent. Cass., sez. VI, del 10 maggio 2007, Contrada, n. 542, Rv. 238241.

<sup>342</sup> V. Sent. Cass., sez. un., del 5 ottobre 1994, Demitry, n. 16, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>343</sup> V. Art. 7 CEDU: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

della legge penale, pertanto, nel caso di specie, la Corte è chiamata ad accertare se, all'epoca della commissione dei fatti, questi fossero già qualificati come concorso esterno ad associazione di tipo mafioso e, in particolare se, il ricorrente si sarebbe potuto raffigurare un simile scenario. Il giudice internazionale ravvisa che l'oggetto della questione tra le parti non è la qualificazione del concorso esterno ad associazione mafiosa a reato di tipo giurisprudenziale ma riguarda essenzialmente le interpretazioni divergenti della giurisprudenza<sup>344</sup>. Analizzando quest'ultima è possibile rilevare come già nel 1987 la Corte di Cassazione aveva menzionato il tipo di reato di cui si tratta<sup>345</sup>, tuttavia è solo con la sentenza Demetry del 1994 che viene esplicitamente riconosciuto il concorso esterno ad associazione mafiosa<sup>346</sup>. La Corte EDU, perciò, definisce il reato in questione frutto di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatosi nel 1994, ritiene quindi che all'epoca dei fatti, il ricorrente non avrebbe potuto prefigurarsi le conseguenze delle sue azioni. La Corte EDU applica la clausola di irretroattività della legge penale a un reato che configura tale nonostante la sua genesi giurisprudenziale<sup>347</sup>. Per il sistema giuridico italiano, accogliere tale decisione significa contravvenire al disposto dell'art. 1 Disposizioni sulla legge in generale<sup>348</sup>, che non qualifica la giurisprudenza come una fonte del diritto. I giudici superano l'*impasse*, affermando che la pronuncia della Corte europea oggetto della trattazione non può essere considerata una sentenza pilota<sup>349</sup>, in quanto non riconosce una

---

<sup>344</sup> V. Giurisprudenza che ha contestato l'esistenza del reato di concorso materiale esterno in associazione di tipo mafioso: Sent. Cass., sez. I, 27 giugno 1989, Agostani, n. 8864, Rv. 181637 e sent. Cass., sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, n. 2348, in Foro.it vol. 2, 1994; Hanno invece riconosciuto l'esistenza del reato oggetto della trattazione, sent. Cass., sez. I, del 4 febbraio 1988, Barbella, n. 9242, rv. 179169; sent. Cass., sez. I, del 23 novembre 1992, Altomonte, n. 4805, Rv. 192648; sent. Cass., sez. I, del 18 giugno 1993, Turiano, n. 2902, Rv. 194623.

<sup>345</sup> V. Sent. Cass., sez. I, del 14 luglio 1987, Cillari, n. 8092, Rv. 176349.

<sup>346</sup> V. Sent. Cass., sez. un., del 5 ottobre 1994, Demitry, n. 16, Rv. 199386.

<sup>347</sup> Cfr. L. GALLETTA, *La Cedu e il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 24 ottobre 2020; V. Sent. Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ricorso n. 66655/13, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>348</sup> V. Art. 1 Disposizioni delle leggi in generale: "Sono fonti del diritto:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) [le norme corporative]
- 4) gli usi".

<sup>349</sup> V. Art. 61 comma 1 Regolamento della Corte EDU: "La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato

violazione strutturale o sistematica, esplica quindi i suoi effetti solo ed esclusivamente tra le parti, escludendo eventuali vincoli interpretativi a casi futuri<sup>350</sup>.

## SUD FONDI

“S.F.” s.r.l. e “M.S.” s.p.a. edificano due corpi di fabbrica immobiliari in una zona in cui vige un vincolo di inedificabilità assoluta, deturpando il territorio. Le suddette opere sono realizzate in virtù di una lottizzazione e di una concessione edilizia, rilasciate dal Comune di Bari, in violazione di norme, prescrizioni, modalità esecutive previste dalle leggi urbanistiche ed edilizie, dai regolamenti edilizi e dagli strumenti urbanistici vigenti<sup>351</sup>.

Nel gennaio 2001 la Corte di Cassazione<sup>352</sup> ritiene che i provvedimenti autorizzativi e concessori ottenuti dai ricorrenti siano certamente illegittimi, poiché in contrasto con le disposizioni sopra menzionate, e perciò inefficaci; inoltre, considera sussistente la contravvenzione di cui all’art. 734 C.p.<sup>353</sup>, dal momento in cui i due corpi di fabbrica provocano un grave danno, non solo percettivo-visivo, ma anche ambientale ed urbanistico. Tuttavia, la Cassazione non rileva integrato l’elemento soggettivo, poiché ritiene che i ricorrenti, agendo in conformità ad atti amministrativi illegittimi, siano caduti in un errore scusabile, ovvero proscioglie gli imputati in quanto il fatto non

---

dinanzi ad essa rivelano l’esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico, o di un’altra disfunzione simile, che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi”.

<sup>350</sup> Cfr. L. GALLETTA, *La Cedu e il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 24 ottobre 2020; S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione “Progetto giustizia penale”, 11 marzo 2020; V. Sent. Cass., sez. un., del 24 ottobre 2019, Genco, n. 8544, in S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione “Progetto giustizia penale”, 11 marzo 2020.

<sup>351</sup> V. con riferimento alla legge urbanistica L. n. 47 del 1995, oggi sostituita dal D.P.R. n. 380 del 2001; mentre per quanto concerne la legge paesaggistica si veda L. n.431 del 1985, poi superata dalla D.lgs. n. 490 del 1999, oggi la materia è disciplinata al D.lgs. n. 42 del 2004.

<sup>352</sup> Sent. Corte Cass., sez. III, del 29 gennaio 2001, Sud Fondi e altri, n. 11716, in *AmbienteDiritto.it* sito giuridico ambientale.

<sup>353</sup> V. Art. 734 C.p.: “Chiunque, mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell’Autorità, è punito con l’ammenda da euro 1032 a euro 6197”.

costituisce reato. Nonostante la sentenza di assoluzione, la Corte dispone la confisca del fabbricato, in quanto frutto di una lottizzazione abusiva<sup>354</sup>.

Le ipotesi di confisca appartengono al *genus* delle misure di sicurezza<sup>355</sup>, distinguendosi in penali, applicate con una serie di garanzie, e in amministrative, per cui non si richiede una responsabilità accertata o una condanna, nonostante spesso siano particolarmente gravose e di natura sostanzialmente afflittiva. Inoltre, esistono alcune ipotesi di confisca obbligatoria, ossia applicabili anche in mancanza di una responsabilità amministrativa, consolidate dal diritto vivente<sup>356</sup>, tra le quali la lottizzazione abusiva<sup>357</sup>.

I ricorrenti, dunque propongono ricorso davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, innanzitutto, verifica il rispetto della legalità penale, che si esprime nell'accessibilità e nella prevedibilità del precetto. In particolare, il legislatore deve rispettare i requisiti di chiarezza, determinatezza e irretroattività della fattispecie, inoltre, ogni individuo deve disporre di informazioni che gli consentano di conoscere la disposizione e, infine, devono essere istituiti organi adibiti a fornire consulenze. Dipoi, la Corte si sofferma sugli elementi che determinano l'illecito penale, ritenendo che il fatto può essere espressamente individuato dall'ordinamento interno, oppure può presentare una natura sostanzialmente penale o ancora la condotta sia collegata ad una sanzione afflittiva, con funzione preventiva<sup>358</sup>.

Nel caso di specie, la Corte EDU ritiene che la confisca sia stata applicata indipendentemente dall'intenzione criminosa o da qualsiasi accezione della colpa, perseguendo uno scopo esclusivamente punitivo e preventivo, dunque, considera

---

<sup>354</sup> V. Sent. Cass., sez. III, del 29 gennaio 2001, Sud Fondi e altri, n. 11716 in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it); cfr. A. BERARDI, *Il declino dell'autosufficienza sanzionatoria dello Stato*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 195-199.

<sup>355</sup> V. Art. 199 C.p. e ss, in [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it).

<sup>356</sup> V. Sent. Cass., sez. III, del 21 novembre 2007, Quattrone, n. 9982, Rv. 238984; sent. Cass., sez. III, del 13 luglio 2009, Apponi e altri, n. 39078, Rv. 245347; sent. Cass., sez. III, del 30 aprile 2009, Casasanta e altri, n. 21188, Rv. 243630.

<sup>357</sup> V. Art. 20, comma 4, L. n. 689 del 1981: "È sempre disposta la confisca amministrativa delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce violazione amministrativa, anche se non venga emessa l'ordinanza-ingiunzione di pagamento"; Cfr. A. BERARDI, *Il declino dell'autosufficienza sanzionatoria dello Stato*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 199-203.

<sup>358</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il declino dell'autosufficienza sanzionatoria dello Stato*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 206-213.

integrato il concetto di pena<sup>359</sup>. Inoltre, la Corte evidenzia come, l'errore scusabile in cui sono incorsi i ricorrenti, consegue ad una disposizione regionale dal contenuto poco chiaro e mal formulato, pertanto violante i requisiti di prevedibilità e accessibilità. In aggiunta a tali considerazioni, si evidenzia la palese contraddizione di prevedere una sanzione in una sentenza di assoluzione, garantendo al comune – reale responsabile – l'acquisizione dei beni confiscati<sup>360</sup>. In conclusione, la Corte considera la confisca una misura sostanzialmente penale, da un lato assicurando ai ricorrenti il rispetto delle garanzie a essa collegate, dall'altro modificando la distinzione del diritto nazionale in merito a pene, sanzioni amministrative e misure di sicurezza, rendendo perciò sterile la categorizzazione posta dal legislatore<sup>361</sup>.

Volendo trarre delle considerazioni finali, è possibile affermare che anche il giudice dei diritti dell'uomo si discosta dal mero dettato normativo, conformandosi alla tendenza del potere giudiziale interno e agendo in nome della sovranità e al contempo riparata dalla stessa. Sul punto però è evidenziabile un'influenza notevole della Corte Edu nel diritto giurisprudenziale interno, sia in punto di interpretazione conforme della Convenzione, ma anche rispetto al nuovo diritto vivente generato dalla medesima Corte.

---

<sup>359</sup> V. Sent. Corte EDU, del 20 gennaio 2009, Sud Fondi et al. c. Italia, ricorso n. 75909/01, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); V. Art. 7 CEDU, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); orientamento confermato poi con Sent. Corte Cost., n. 196 del 26 maggio 2010 (ECLI:ITA:COST:2010:196) pubblicata in G.U. n. 23 del 9 giugno 2010.

<sup>360</sup> V. Sent. Corte EDU, del 20 gennaio 2009, Sud Fondi et al. C. Italia, Ricorso n. 759009/01, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); il risarcimento del danno è stato poi quantificato dalla Corte EDU, in data 10 maggio 2012, Ricorso n. 759009/01, Sud Fondi S.r.l. e altri Italia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>361</sup> Cfr. A. BERARDI, *Il declino dell'autosufficienza sanzionatoria dello Stato*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 213-216.



### 3. PENSARE A UN DIRITTO NUOVO

#### 3.1 Il diritto vivente nel contraddittorio

Come fin qui si è cercato di dimostrare, la teoria della norma positiva, come fonte originaria e suprema del diritto, subisce una forte involuzione indotta da una pluralità di concause. In primo luogo, oggi la legge non è più l'unico parametro per regolare le relazioni sociali, essa, infatti, convive con una pluralità di fonti, come le decisioni giudiziali, la legislazione comunitaria e internazionale, i contratti commerciali e la prassi amministrativa<sup>362</sup>. In secondo luogo, la giurisprudenza elabora le proprie motivazioni esulando la legge positiva e generando nuovo diritto vivente. In terzo luogo, le sentenze internazionali acquistano sempre più rilievo, soprattutto in ambito di tutela dei diritti dell'uomo<sup>363</sup>. L'egemonia della giurisprudenza comporta una riconsiderazione della legge come strumento per il raggiungimento dell'obbiettivo, piuttosto che punto di partenza per l'argomentazione, rivelando la disposizione scritta inefficace<sup>364</sup>. Il giudice, ormai svincolato dall'imposizione legislativa e libero di disattendere un precedente giudiziale perché – almeno teoricamente – privo di connotati vincolanti, si pronuncia sulla base della sua autonoma volontà<sup>365</sup>. Tale prospettiva è però da temperare con la funzione del potere giudiziario, ossia di derimere la controversia, garantendo il contraddittorio. Pertanto, la sentenza, come atto dialettico, appare l'esito della discussione avente a oggetto le tesi opposte presentate dalle parti, dunque, acquista autorità in quanto frutto della loro mediazione. Ragione per la quale è possibile affermare che la sentenza del giudice è limitata dal contraddittorio ovvero il suo contenuto è necessariamente stato indagato nella suddetta fase del giudizio. D'altro canto, quanto definito della pronuncia giudiziale è destinato a esistere fin tanto che le parti ritengano opportuno riproporre la questione. Si giunge dunque alla conclusione

---

<sup>362</sup> Cfr. P. MORO, *Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 20.

<sup>363</sup> Ibidem

<sup>364</sup> Cfr. P. MORO, *Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 20-22.

<sup>365</sup> Cfr. P. MORO, *Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 29.

che il contraddittorio funge non solo da limite al nuovo diritto oggetto delle sentenze ma al contempo ne è anche il luogo in cui viene generato<sup>366</sup>.

### 3.2 Conclusione

La trattazione fin qui condotta si apre con l'esposizione della disciplina legislativa interna in materia di sostanze stupefacenti, alla luce del principio di offensività in astratto e in concreto; aprendo poi lo sguardo ai trattati e alle convenzioni europee e internazionali e, soffermandosi, per cenni, sulle forme di regolamentazione in ambito di stupefacenti adottate da alcuni Stati che fanno - o che facevano - parte della comunità europea. Ci si è poi brevemente interrogati sulle difficoltà per il giudice di conciliare le restrizioni sull'uso e il consumo di stupefacenti, con le credenze religiose o culturali che ne impongono l'utilizzo, dovendosi pronunciare in un ambito non disciplinato dalla legge. Proprio addentrandosi nel mondo processuale si è iniziato a sottolineare una discrasia tra ciò che il legislatore astrattamente disciplina e ciò che invece risulta dalle sentenze, dal momento in cui il giudice assume spesso un'interpretazione distante da ciò che è fatto palese dal significato delle parole e dalla connessione tra esse. Nonostante nell'ordinamento italiano il diritto giurisprudenziale non sia fonte del diritto, spesso i giudici, nell'esplicare i motivi della decisione, richiamano le sentenze precedenti e ne applicano i medesimi principi di diritto, attribuendo a questi ultimi un valore normativo. Quanto appena affermato è però totalmente in contrasto con il positivismo, la corrente giuridico-filosofica di cui l'ordinamento italiano è espressione, almeno a livello teorico. In un tale contesto, ove il potere giudiziario tende ad espandersi, a fronte di un legislatore meno attento alla codificazione, non si è potuta trascurare la vicinanza con i sistemi di Common Law, in cui l'obbligo per il giudice di attenersi al precedente è assioma che assicura certezza e prevedibilità nell'applicazione del diritto. L'influenza dei sistemi

---

<sup>366</sup> Cfr. P. MORO, *Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 31,34,35.

di origine anglosassone è innegabile: il legislatore ha addirittura codificato il potere del giudice di esprimersi attraverso precedenti<sup>367</sup>.

Il giudice, dunque, applica disposti normativi distanti dalla previsione legislativa e regola situazioni non disciplinate dal legislatore, ampliando perciò il suo potere, il quale svincolato dalla soggezione alla legge, può assumere qualsiasi forma, sacrificando la certezza e la prevedibilità. La perdita del rigore formale della legge, però, non è da attribuire esclusivamente all'espansione del potere del giudice interno, certamente ha svolto un ruolo fondamentale anche la Corte EDU, poiché, in più occasioni, ha ritenuto opportuno modificare l'interpretazione del giudice interno in forza della Tutela dei Diritti dell'Uomo<sup>368</sup>. Ebbene, si deve prendere atto della formazione e dell'importanza del diritto vivente, frutto delle interpretazioni costanti, riferibili non solo alle corti italiane ma anche a quelle internazionali e che ormai regolano qualsiasi ambito giuridico, in contrapposizione a un legislatore poco propenso ad assumere certe responsabilità politiche.

Si è giunti alla conclusione secondo la quale la legge non può essere considerata l'unica fonte del diritto, essa convive con il diritto giurisprudenziale che trova, sia il suo limite che il suo presupposto, nel contraddittorio. Sono perciò le parti a includere nel giudizio il diritto vivente e, al contempo, ne delineano i limiti.

---

<sup>367</sup> V. Art. 118 comma 1 Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile: "La motivazione della sentenza di cui all'art. 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti condormi".

<sup>368</sup> V. Sent. Corte EDU, del 20 gennaio 2009, Sud Fondi et al. c. Italia, ricorso n. 75909/01, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), Sent. Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ricorso n. 10249/03, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); Sent. Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ricorso n. 10249/03, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

## BIBLIOGRAFIA

- A. BANFI, *Civil Law and Common Law*, contributo tratto da *Storia della civiltà europea a cura di Umberto Eco*, EncycloMedia Publishers, 2021.
- A. BERARDI, *Il declino dell'autosufficienza sanzionatoria dello Stato*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 195-203, 206-2016.
- A. BERARDI, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno dagli allievi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 324-330, 335-340.
- A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, vol. 27, n. 1, 2021, pp. 195-196, 219.
- A. DE LIA, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, vol. 71, n. 2, 2019, pp. 1-13, 20-22.
- A. PIN, *Rule of Law, certezza del diritto e valore del precedente*, in *DPCE Online*, pubblicata 1 marzo 2022, v. 50, pp. 76, 85
- A. SCHIAVELLO, *Il Rule of Law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica, in Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 109 e ss.
- A. VECCE, *L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma.*, in *Archivio Penale*, Pisa, Pisa University Press, n. 2, 2016.
- B. SBORO, *Il diritto vivente nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, fasc. n.2, giugno 2023, pp. 386 e ss.
- B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, PROGETTO GIUSTIZIA PENALE, n. 3, 2018, pp. 213-219.
- C. DI STEFANO, *L'azione penale tra il principio di legalità e principio di opportunità: l'esperienza francese*, Dottorato di ricerca in discipline penalistiche diritto e procedura penale, Università di Firenze, facoltà di giurisprudenza.
- C. SARRA, *Quando i fatti sono discorsi*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 85 e ss.
- E. M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 1-4, 43-45.
- F. BILANCIA, *Positivism giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, Editoriale scientifica, fasc. n. 2, 2010, pp. 2-7
- F. BRACCIALE, *Cedu e Consiglio d'Europa: la Carta e l'Istituzione a tutela dei diritti*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 1 settembre 2015.
- F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, CEDAM, 1993, pp.104 e ss.
- F. GENTILE, *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Politica e Ragion di Stato*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp 207-221.

- F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, Giuffrè, 2003.
- F. V. *La corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza scoppola della corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo" 19 luglio 2013;
- F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione "Progetto giustizia penale", 19 gennaio 2021.
- F. ZANUSO, *La fragile zattera di Ulisse*, in *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli s.r.l., 2018, pp. 49 e ss.
- G. AJANI, E. DOSSI e G. MAUGERI, *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, Milano, Garzanti Libri s.p.a., 2009, M. JORI, Appendice: *Storia della filosofia del diritto*, pp. 313, 1124-1125, 1581-1594.
- G. ALPA, *"In partibus Angliae". Immagini del "common law" nella cultura giuridica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, giugno 2002, pp. 28 e ss.
- G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè Editore, fasc. n. 3, 2018, p. 1418-1422.
- G. BUFFONE, *Caso Englaro: patologia irreversibile e interruzione della terapia di sostegno vitale*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 19 febbraio 2009.
- G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Amministrazione In Cammino: rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*, Roma, Luiss Guido Carli, n. 2, 2017, pp. 605-612;
- G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 3 e ss.
- G. SCARSELLI, *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Pisa, Pacini Editore S.r.l, 5 aprile 2018, pp. 1-3.
- G. TASCA, *Per le sezioni unite la coltivazione domestica di cannabis di piccole quantità e per uso personale non è reato*, in *Cammino Diritto: la Rivista*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 13 maggio 2020, pp. 10-13.
- I. MARCONI, *Case Law: il diritto del precedente*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 19 ottobre 2021.
- J. J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 226 e ss.
- J. RAZ, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, in *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, pp. 312-317.
- J. WALDRON, *The Rule of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Standford, Standford University, 22 giugno 2016.

- L. GALLETTA, *La Cedu e il concorso esterno in associazione mafiosa*, in Altalex, Milano, Altalex Editore, 24 ottobre 2020;
- L. GRINSPOON, J. B. BAKALAR, *Marijuana, la medicina proibita*, Roma, Editori riuniti, 2014.
- L. RISICATO, *La detenzione "rituale" di sostanze stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità (osservazioni a Cass., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Bologna, Il Mulino 2008, n. 3, pp. 1039-1050.
- L. VESPIGNANI, *Lo "strano" mondo di Mr. Rule of Law nelle trasformazioni dello stato contemporaneo*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, Palermo, D&Q, giugno 2017, n. XVII, pp.473.
- M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2017, pp. 41 e ss.
- M. C. REDONDO, *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, fasc. n. 1, giugno 2005, pp. 245 e ss.
- M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2013, n. 4, pp. 4-15.
- M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, CEDAM, 1994.
- M. PAGANELLI, *Diritto vivente Il diritto giurisprudenziale tra (recente) passato e futuro (prossimo)*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, Pisa, Pisa University Press, fasc. n. 3, luglio-settembre 2013, pp. 17-25.
- M. MANZIN, *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del Rule of Law*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, Palermo, D&Q, dicembre 2019, n. 2, pp. 163, 165.
- O. BARRESI, *Nuovi Confini di libertà nell'incriminazione degli stupefacenti e superamento di un'antica contraddizione: la Corte di Cassazione si riappropria dei principi di tipicità e offensività*, in *Indice penale*, Napoli, Dike Giuridica, maggio-agosto 2021, Nuovissima serie, Anno VII n. 2.
- P. FRANCESCHETTI, *il caso Cogne e la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, in Altalex mese 9/2008, Milano, Altalex Editore, 30 ottobre 2008.
- P. MORO, *Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 20 e ss..
- R. BORSARI, *Diritto penale e questioni di nomofilachia sovranazionale*, in *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 166 e ss.
- R. CHINNICI, *Aspetti e problemi della legge*, in *La prevenzione dell'uso della droga attraverso l'educazione, Atti dei corsi di aggiornamento per Presidi e Docenti delle scuole secondarie (Palermo 28 marzo- 2 aprile e 18-23 aprile)*, n. 685, 1975, pp. 1-4.

- R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro Italiano*, Jstore, Vol. n. 129, 9 settembre 2006, pp. 279-285.
- S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione "Progetto giustizia penale", 11 marzo 2020;
- S. GABORIAU, *Istituzioni e organi di garanzia in Francia*, in *Osservatorio internazionale*, Questione di Giustizia, Roma, Associazione Magistratura Democratica, 23 aprile 2014.
- S. Mangiameli, *Sentenza interpretativa. Interpretazione giudiziale e diritto vivente (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 1989, pp. 15-31;
- S. OPILIO, F. PORTELLI, *la disciplina delle sostanze stupefacenti. L'illecito penale e amministrativo*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 1-4, 9-11.
- T. CAMPBELL in *El sentido del positivismo jurídico*, in «Doxa», XXV, 2002, p. 313.
- V. A.V. DICEY, *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1885

## SITOGRAFIA

- A. PALMONARI, P. ARLACCHI, *Droga*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2009.
- A. VALENTINOTTI, *l'evoluzione normativa in materia di sostanze stupefacenti dal codice Zanardelli ad oggi*, in [www.orsellistudiolegale.it](http://www.orsellistudiolegale.it)
- Corte di cassazione penale sez. 3<sup>a</sup> 07/12/2018*, Sentenza n.54692, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it)
- DE GIOIA, *La vendita di alimenti in cattivo stato di conservazione: natura del reato, modalità di accertamento e soggetti responsabili*, in *Diritto penale contravvenzioni*, [www.njus.it](http://www.njus.it), 27 maggio 2021.
- E. COLLADO, *Marijuana a Malta: scopri le nuove norme sulla cannabis*, in [www.growbarato.net](http://www.growbarato.net), 2023;
- Enciclopedia Treccani on line*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- G. AMATO, *Nota in Cass. Sez. Un.*, 18 giugno 1993, n. 18, *Foro.it*, vol. 116, n. 10, ottobre 1993, pp. 541-546.
- G. CALAMAI, *Dipendenze da sostanze*, in [www.ipsicosi.it](http://www.ipsicosi.it), 2018.
- G. DE VITA, *Introduzione della metodologia della ricerca sociale*, in <https://video.unipegaso.it>, pp. 5-10.
- G. STAMPANONI BASSI, *Sul nuovo art. 73 comma 5 dpr 309/90 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 32/2014*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2014.
- L. DELLI PRISCOLI, *Il diritto vivente*, in *Rivista giuridica online di Magistratura Indipendente*, [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it), 17 gennaio 2024.

Le fonti del diritto dell'Unione europea, [www.eur-lex.europa.eu.it](http://www.eur-lex.europa.eu.it), 21 aprile 2022.

M. BRANCACCIO, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione*, in *Giurisprudenza penale*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, n. 36.

Olanda: *al via il progetto di legalizzazione della cannabis*, in [www.justmary.fun.it](http://www.justmary.fun.it), 30 settembre 2023.

Olanda: *parte a dicembre il progetto pilota per la legalizzazione*, in [www.dolcevitaonline.it](http://www.dolcevitaonline.it), 29 settembre 2023;

P. FRANCESCHETTI, *Scriminanti*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2017.

P. SOGGIU, *Proibizionismo e antiproibizionismo Legalizzare le droghe leggere?*, in *Il libro dell'Anno*, 2002, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

R. RAVÌ PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23 della Corte Costituzionale)*, in *Osservatorio Costituzionale*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2016, pp. 1 e ss.

R. TUCCILLO, *Focus sulla legislazione in materia di sostanze stupefacenti in alcuni Paesi UE*, in [www.politicheantidroga.gov.it](http://www.politicheantidroga.gov.it), novembre 2021, pp. 7-26, 33-41, 51-57, 62, 76-78.

S. CANALI, *L'uso di sostanze psicoattive come bisogno di spiritualità?*, in [www.psicoattivo.com](http://www.psicoattivo.com), 13 marzo 2022.

S. RAMINEZ, *Il modesto quantitativo di stupefacenti*, in [www.dirittoconsenso.it](http://www.dirittoconsenso.it), 2022.

S. VOSER, *Comprendere la riforma di legalizzazione della cannabis a Malta*, in [www.royalqueenseeds.it](http://www.royalqueenseeds.it), 23 marzo 2022.

*Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, [www.eur-lex.europa.eu.it](http://www.eur-lex.europa.eu.it), 15 dicembre 2017.

[www.brocardi.it](http://www.brocardi.it)

[www.canestrinilex.it](http://www.canestrinilex.it)

[www.dizionari.simone.it](http://www.dizionari.simone.it) alla voce *Obiter dictum*

[www.emcdda.europa.eu](http://www.emcdda.europa.eu)

[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

[www.giuricost.org](http://www.giuricost.org)

[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

[www.normattiva.it](http://www.normattiva.it)

## **PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI**

Corte di Cassazione

Sent. Cass., sez. I, del 14 luglio 1987, Cillari, n. 8092, Rv. 176349.

Sent. Cass., sez. I, del 4 febbraio 1988, Barbella, n. 9242, rv. 179169.



Sent. Cass., sez. I, 27 giugno 1989, Agostani, n. 8864, Rv. 181637.

Sent. Cass., sez. I, 23 novembre 1992, Altomonte, n. 4805, Rv. 192648.

Sent. Cass., sez. I, 18 giugno 1993, Turiano, n. 2902, Rv. 194623.

Sent. Cass., sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, n. 2348, in Foro.it vol. 2, 1994.

Sent. Cass., sez. un., del 5 ottobre 1994, Demitry, n. 16, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

Sent. Cass., sez. un., 21 settembre 1998, Kremi, n. 9973, Rv. 211073.

Sent. Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998, n. 10514, Rv. 519996.

Sent. Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434, in [www.jstor.it](http://www.jstor.it).

Sent. Cass., sez. III, 29 gennaio 2001, Sud Fondi e altri, n. 11716, in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it).

Sent. Cass., sez. IV, 13 aprile 2001, Vicini, n. 15688, Rv. 263136.

Sent. Cass., sez. VI, 12 novembre 2001, Caserta, n. 564, Rv. 220448.

Sent. Cass., sez. VI, 9 giugno 2004, De Rimini, n. 31472, Rv. 229311.

Sent. Cass., sez. IV, 6 giugno 2005, Bortoletto, n. 20938, Rv. 231631.

Sent. Cass., sez. VI, 18 gennaio 2007, Notaro, n. 17983, Rv. 236666.

Sent. Cass., sez. VI, 10 maggio 2007, Contrada, n. 542, Rv. 238241.

Sent. Cass., sez. VI, 10 maggio 2007, Notaro, n. 17983, Rv. 236666.

Sent. Cass., sez. IV, 3 agosto 2007, Satta, n. 31968, Rv. 237210.

Sent. Cass. civile, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto alla vita, eutanasia, legittimità, limiti*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 15 ottobre 2008.

Sent. Cass., sez. IV, 31 ottobre 2007, Mantovani, n. 40362, Rv. 237915.

Sent. Cass., sez. IV, 19 novembre 2007, Piersanti, n. 42650, Rv. 238153.

Sent. Cass., sez. III, del 21 novembre 2007, Quattrone, n. 9982, Rv. 238984.

Sent. Cass., sez. un., 29 novembre 2007, Di Rocco, n. 47472, Rv. 237856.

Sent. Cass., sez. IV, del 14 marzo 2008 n. 11335 in *Medico, operazione, consenso della vittima, Testimone di Geova, necessità*, in *Altalex*, Milano, Altalex Editore, 28 ottobre 2008.

Sent. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, n. 28605, Rv. 239920-239921, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it), pp. 2-3, 8-10.

Sent. Cass., sez. III, del 15 settembre 2008, n. 23676, Rv. 604907.

Sent. Cass., sez. IV, 8 ottobre 2008, Taormina, n. 44287, Rv. 241991.

Sent. Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, n. 1222, Rv. 242371.

Sent. Cass., sez. IV, 19 novembre 2008, Stefanelli, n. 6207, Rv. 242860.

Sent. Cass., sez. III, 30 aprile 2009, Casasanta e altri, n. 21188, Rv. 243630.

Sent. Cass., sez. III, 13 luglio 2009, Apponi e altri, n. 39078, Rv. 245347.

Sent. Cass., sez. IV, 12 maggio 2010, Renna, n. 21814, Rv. 247478.

Sent. Cass., sez. IV, 17 febbraio 2011, Marino, n. 25674, Rv. 250721.

Sent. Cass., Sez. III, 4 novembre 2011, Duclos, n. 439, Rv 251630.

Sent. Cass., sez. VI, 13 dicembre 2011, Choukrallah, n, 6928, Rv. 252036.

Sent. Cass., sez. un., 20 settembre 2012, B.G., n. 36258, in [www.antidroga.interno.gov.it](http://www.antidroga.interno.gov.it).

Sent. Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, O.G. e O.M., n. 16754, *Corte di Cassazione – sez. III civ. – sent. 16754/2012: risarcimento del danno da nascita indesiderata per errore medico*, in *Biodiritto*, Torino, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2 ottobre 2012.

Sent. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2013, Cecconi, n. 8393, Rv. 254857.

Sent. Cass., sez. III, 31 gennaio 2013, Colamartino, n. 21120, Rv. 255427.

Sent. Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, Cangemi, n. 22459, Rv. 255732.

Sent. Cass., sez. lavoro, 24 aprile 2013, n. 10007, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

Sent. Cass., sez. III, 9 maggio 2013, De Vita, n. 23082, Rv. 256174.

Sent. Cass., sez. VI, 9 gennaio 2014, M., n. 6753, Rv. 258998.

Sent. Cass., Sez. IV, 5 marzo 2014, Verderamo, n. 10514, in in *Costituzionale il reato di spaccio lieve (Cass. pen. 10514/14)*, [www.canestrinilex.it](http://www.canestrinilex.it).

Sent. Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, Piredda, n. 33835, Rv. 260170.

Sent. Cass., sez. IV, 9 ottobre 2014, Aiman, n. 47670, Rv. 261160.

Sent. Cass., sez. II, 30 aprile 2015, Agostino, n. 34147, RV 264630.

Sent. Cass., sez. IV, 21 ottobre 2015, Marongiu, n. 2618, Rv. 265640.

Sent. Cass., sez. IV, 27 ottobre 2015, Mele, n. 4324, Rv. 265976.

Sent. Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, Pezzato, n. 5254, Rv 265641.

Sent. Cass., sez. IV, 27 dicembre 2015, Cinus, n. 44136, Rv 264910.

Sent. Cass., sez. IV, 19 gennaio 2016, Festi, n. 3787, Rv. 265740.

Sent. Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, Pasta, n. 260170, Rv. 266168.

Sent. Cass., sez. III, 23 febbraio 2016, Damioli, n. 23881, Rv. 267382.

Sent. Cass., sez. VI, 10 maggio 2016, Iaffaldano, n. 25057, Rv. 266974.

Sent. Cass. civile, 6 settembre 2016, C.S. e C.F., n. 17640, in [www.sentenze.laleggepertutti.it](http://www.sentenze.laleggepertutti.it).

Sent. Cass., sez. 2, 23 settembre 2016, n. 18754, Rv. 641281-01.

Sent. Cass., sez. VI, 22 novembre 2016, Losi, n. 52547, Rv. 268938.

Sent. Cass., sez. VI, 28 aprile 2017, Nerini, n. 35654, Rv. 270544.

Sent. Cass., sez. IV, 13 giugno 2018, Durante, n. 34332, Rv. 274763.

Sent. Cass., sez. IV, 19 settembre 2018, Durali, n. 57703, Rv. 274770.

Sent. Cass., Sez. III, 2 ottobre 2018, Cosimo, n. 54692, in *Corte di cassazione penale sez. 3<sup>a</sup> 07/12/2018*, Sentenza n.54692, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

Sent. Cass., sez. VI, 27 novembre 2018, Ricci, n. 56737, Rv. 27426201.

Sent. Cass., sez. VI, 29 novembre 2018, C., n. 4920, Rv. 274616.

Sent. Cass., sez. III, 7 dicembre 2018, Totaro, n. 10809, in [www.antidroga.inerno.gov.it](http://www.antidroga.inerno.gov.it).

Sent. Cass., sez. III, 10 gennaio 2019, Conti, n. 17387, [www.avvocatomandico.it](http://www.avvocatomandico.it).

Sent. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, C. L., n. 30475, Rv. 275956.

Sent. Cass., sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, n. 8544, in S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema Penale*, Milano, Associazione "Progetto giustizia penale", 11 marzo 2020.

Sent. Cass., sez. un., 16 aprile 2020, Caruso, n. 12348, Rv. 278624.

#### Consiglio di stato

Sent. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 15 del 2011, *Consiglio di Stato, Sentenza n. 15/2011, L'Ad. Plen. Sulla natura giuridica della d.i.a. e sui mezzi di tutela per il terzo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

#### Corte Costituzionale

Sent. Corte Cost. n. 356 del 1996, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 109 del 2016, (ECLI:IT:COST:2016:109), pubblicata in G.U. n. 21 del 2016

Sent. Corte Cost. n. 133 del 1992, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 140 del 2009, (CLI:IT:COST:2009:140) pubblicata in G. U. n. 19 del 13 maggio 2009.

Sent. Corte Cost. n. 190 del 2016, (ECLI:IT:COST:2016:190), pubblicata in G.U. n. 30 del 2016.

Sent. Corte Cost. n. 196 del 2010, (ECLI:ITA:COST:2010:196) pubblicata in G.U. n. 23 del 9 giugno 2010.

Sent. Corte cost. n. 265 del 2005, [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte cost. n. 296 del 1996, [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 333 del 1991, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 348 del 2007, (ECLI:IT:COST:2007:349) pubblicata in G.U. n. 42 del 31 ottobre 2007.

Sent. Corte Cost. n. 349 del 2007, (ECLI:IT:COST:2007:348) pubblicata in G.U. n. 42 del 31 ottobre 2007

Sent. Corte cost. n. 360 del 1995, [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 42 del 2017, (ECLI:IT:COST:2017:42) pubblicata in G.U. n. 9 del 1 marzo 2017.

Sent. Corte Cost. n. 443 del 1994, [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 59 del 2021, (ECLI:IT:COST:2021:59) pubblicata in G.U. n. 14 del 7 aprile 2021

Sent. Corte Cost. n. 62 del 1986, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org).

Sent. Corte Cost. n. 89 del 2021, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

### Corte D'Appello

Ordinanza Corte d'Appello di Brescia, 10 marzo 2015, n. 98 pubblicata in G.U. 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 22 del 2015.

Ordinanza Corte d'Appello di Brescia, 11 giugno 2015, n. 200 pubblicate in G.U. 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 41 del 2015.

### Corte Europea dei diritti dell'Uomo

Sent. Corte EDU, del 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01 Sud Fondi et al. c. Italia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Sent. Corte EDU, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249 del 2003, Scoppola c. Italia., [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Sent. Corte EDU, in data 10 maggio 2012, ricorso n. 759009/01, Sud Fondi S.r.l. e altri Italia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Sent. Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n. 66655/13, Contrada c. Italia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

## **RINGRAZIAMENTI**

*Al termine di questo elaborato desidero ringraziare tutti coloro che mi hanno sostenuto in questo percorso di studi e di crescita personale.*

*Innanzitutto, vorrei ringraziare il Professor Alberto Berardi, per avermi permesso di sviluppare un tema a cui sono interessata e per avermi incoraggiato a migliorare la mia capacità espressiva.*

*Un immenso grazie va ai miei genitori, per essere i miei più dediti sostenitori, stimolandomi a dare il meglio e concedendomi tutti gli strumenti necessari per raggiungere i miei obiettivi. Grazie alle mie sorelle, Camilla e Emma, per essere riuscite a sostenermi nei momenti più stressanti e per essere il mio spazio sicuro di amore nel mondo.*

*Ringrazio infinitamente tutta la famiglia Marini, è un privilegio vivere con tante persone così diverse ma autentiche, che condividono un amore profondo gli uni con gli altri. Una particolare menzione va ai nonni, Anna e Angelo perché il vostro nido rappresenta per me un luogo di pace, saggezza e serenità.*

*Desidero inoltre ringraziare tutti i miei amici, in particolare Giulia e Alberto R., vi sono eternamente grata per essermi stati accanto quando più mi sono sentita sola, scegliendo una strada tortuosa e difficile. Leonardo e Maira per tutte le cene settimanali a cui devo la maggior parte delle risate di questi anni. Grazie a tutti i ragazzi di PizzeriaAmarildoBuonasera, i miei weekend di lavoro non avrebbero potuto assumere forma migliore. Ad Andrea perché nonostante la distanza, il suo conforto in alcune giornate è stato fondamentale. Ad Alberto B., Giovanni, Alessia, Riccardo e Ilaria, per tutti gli aperitivi e le feste ma anche per tutte le riflessioni sulla vita in cui ci siamo persi, siete delle persone speciali e vi voglio bene. A Francesca F. e Anna, due amiche che non si conoscono tra loro ma che sono state fondamentali nell'ultimo periodo, sia per l'immenso aiuto concessomi nella scrittura della tesi sia nel sostegno dedicatomi nei momenti di fragilità. A Claudia e Francesca B. per avermi insegnato che l'amicizia può cambiare nel tempo ma, se è vera, resta. Infine, un enorme grazie a Eva, non ci sono parole in grado di descrivere quanto io sia fortunata ad avere un'amica come te, capace*

*di esserci sempre, anche non fisicamente. Grazie a tutti coloro che hanno incrociato il mio percorso, ognuno di voi mi ha arricchito e ve ne sarò per sempre grata.*

