

## IL COMMENTO

di Roberto Bartoli

### Molteplici motivi di interesse

La sentenza delle Sezioni Unite (1) che qui si annota presenta un triplice motivo di interesse. In primo luogo, sotto il profilo delle conseguenze che essa avrà sul piano applicativo, la sentenza non solo ha affrontato una questione assai diffusa nelle nostre aule giudiziarie, ma, nel risolverla, ha anche recepito l'orientamento giurisprudenziale decisamente minoritario, ragione per cui essa avrà un'incidenza notevole sulle future determinazioni dei giudici di merito e di legittimità. In particolare, nell'esaminare la questione se la condotta criminosa (detenzione, vendita, importazione ecc.), avente ad oggetto una sostanza stupefacente o psicotropa che contenga un principio attivo in quantità tale da risultare privo di efficacia drogante, integri il reato di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, oppure configuri un'ipotesi di reato impossibile previsto dall'art. 49 comma 2 c.p., le Sezioni Unite hanno optato per la prima soluzione, affermando la rilevanza penale del fatto.

In secondo luogo, sotto il profilo della riflessione teorico-penalistica, la sentenza offre lo spunto per compiere alcune considerazioni critiche sulla nota concezione realistica del reato, secondo la quale l'art. 49 comma 2 c.p. sancirebbe un principio di diritto positivo che, compenetrandosi nel superiore principio di legalità, impone al giudice di accertare non solo la conformità del fatto al modello legale, ma anche la sua concreta offensività (2). Le Sezioni Unite, infatti, pur condividendo tale impostazione, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 49 comma 2 c.p. al caso in esame, finendo così per mettere in evidenza alcuni dei limiti della concezione realistica del reato già da tempo segnalati da una parte considerevole della dottrina (3).

Infine, sotto il profilo - per così dire - propositivo, in considerazione delle esigenze di giustizia e di ragionevolezza che inducono a ritenere penalmente irrilevanti fatti privi di un effettivo significato lesivo, non si può non rilevare che la decisione adottata dalla Corte suscita alcune perplessità; perciò, a nostro avviso, sembra opportuno compiere un tentativo volto ad individuare una soluzione interpretativa diversa da quella che si richiama all'art. 49 comma 2 c.p., ma che sia comunque in grado di soddisfare tali esigenze equitative, senza peraltro entrare in conflitto con i principi di garanzia del nostro sistema penale.

#### Note:

(1) V. in *Guida dir.*, 1998, 40, 69 ss., nota adesiva di Gius. Amato, *La tutela della salute e la lotta al mercato rendono irrilevante la quantità diffusa*, *ivi*, 75 ss.; in *Foro it.*, 1998, 758 ss., note dello stesso Gius. Amato, *Cessione di sostanza stupefacente priva di effetti droganti e reato impossibile*, 758 ss., e di G. Riccardi, *Alla ricerca dell'offensività perduta: note a margine di una discutibile sentenza delle Sezioni Unite*, 760 ss.; in *Cass. pen.*,

1998, 3232, nota ancora di Gius. Amato, *Cessione di dose di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante e reato impossibile: intervengono le Sezioni Unite*, 3239 ss.

(2) A favore della cd. concezione realistica del reato, nonostante alcune divergenze concettuali, v. O. Vannini, *Reato impossibile*, in *Arch. pen.*, I, 1949, 363 ss.; C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 21 ss.; M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 131 ss.; G. L'Innocente, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 1085 ss.; M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 786-787; E. Gallo, *Reato impossibile per apparente consumazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 1120 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 141 ss.; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 72 ss.; F. Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, 451 ss.; C. Fiore, *Principio di tipicità e "concezione realistica del reato"*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, 57 ss.; G. Neppi Modona, *La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale*, in AA.VV., *Problemi generali*, cit., 77 ss.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, 617 ss.; *Id.*, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 734-736; C. Castellani, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*, in *Cass. pen.*, 1991, 575 ss.; G. Marini, voce *Reato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 10 ss.; V. Serianni, voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 2 ss.; C. Fiore, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1996, 259 ss.; F. Mantovani, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 109-110, e in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 334-335. Nella manualistica v. F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992, 208-211; C. Fiore, *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1993, 286 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 1995, 208 ss.; G. Contento, *Corso di diritto penale*, II, Bari, 1996, 422 ss.

(3) Per le numerose critiche mosse alla cd. concezione realistica del reato, v. P. Nuvoletto, *Recensione a G. Neppi Modona, Il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967, 46-47; *Id.*, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 17 ss.; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 3 ss.; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 151 ss.; G. Forti, *L'esportazione illecita di valuta e titoli: tipicità ed offesa dell'interesse tutelato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 254 ss.; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, *ivi*, 1983, 1223, nota 124-bis; G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1992, 63 ss.; F. Palazzo, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma*, cit., 73 ss. Per un esame sintetico delle critiche rivolte alla cd. concezione realistica del reato, sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Inoffensività del fatto e interpretazione teleologica della norma*, in *Cass. pen.*, 1998, 2739-2740. Nella manualistica v. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, 155 e 430 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 479 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale - Parte generale*, Milano, 1996, 227 ss. e 420 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1997, 496 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 1998, 175 ss.

# G

GIURISPRUDENZA

Decisioni commentate

322

DIRITTO PENALE  
E PROCESSO  
n. 3/1999

## Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di spaccio di stupefacenti privi di "efficacia drogante"

Prima di analizzare i passaggi fondamentali contenuti nella sentenza, è bene ricostruire i due orientamenti giurisprudenziali contrastanti che hanno dato luogo alla remissione del ricorso alle Sezioni Unite. Come accennato, secondo un indirizzo giurisprudenziale nettamente prevalente (4), il reato di cui all'art. 73 cit. non è configurabile quando la sostanza stupefacente o psicotropa ceduta, pur essendo compresa nelle tabelle allegate al d.P.R. n. 309 del 1990, risulta priva di qualsiasi efficacia drogante a causa dell'insufficienza del principio attivo in essa contenuto. Per tale orientamento, infatti, in questa ipotesi ricorre la fattispecie del reato impossibile per inidoneità dell'azione previsto dall'art. 49 comma 2 c.p. (5). Questa soluzione muove dalla convinzione che il legislatore abbia inteso punire la condotta di cui all'art. 73 cit., solo se le sostanze stupefacenti o psicotrope oggetto della condotta hanno efficacia drogante, come risulterebbe dalla costante presa in esame degli effetti nella previsione dei criteri per la formazione delle tabelle di cui all'art. 13 d.P.R. n. 309 del 1990 e dall'art. 14 della stessa legge sugli stupefacenti, il quale contiene una disposizione di chiusura in cui si stabilisce che nella tabella I deve essere indicata "ogni altra sostanza naturale o sintetica che possa provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali".

Altro orientamento, decisamente minoritario (6), invece, afferma la punibilità della condotta prevista dall'art. 73 cit., in quanto, muovendo dall'opposta idea secondo la quale manca ogni riferimento parametrico normativamente previsto, si ritiene che il quantitativo di principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente o psicotropa sia giuridicamente indifferente, sicché, al fine di valutare la rilevanza o meno del fatto, occorre fare riferimento alla sola specie di sostanza indicata negli elenchi appositamente predisposti (7).

### Le Sezioni Unite escludono l'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p. allo spaccio di sostanze prive di "efficacia drogante"

Dopo aver richiamato gli orientamenti giurisprudenziali appena esposti (punto 2 della motivazione) e dopo aver ricostruito sinteticamente il quadro normativo penale vigente in materia di sostanze stupefacenti, anche alla luce delle convenzioni internazionali e della giurisprudenza della Corte costituzionale (punto 3 della motivazione), le Sezioni Unite sono passate ad analizzare la c.d. concezione realistica del reato, alla quale si richiama l'indirizzo giurisprudenziale prevalente (punto 4 della motivazione).

La Corte, come accennato, pur accogliendo esplicitamente tale impostazione, ha però escluso che la figura del reato impossibile potesse trovare applicazione rispetto all'art. 73 cit., fondando la propria decisione su tre argomentazioni sulle quali merita soffermare la nostra attenzione.

In primo luogo, si è affermato che, nel valutare l'inidoneità dell'azione, il giudice deve fare riferimento alla "condizione soggettiva dell'assuntore, in

relazione al peso corporeo, all'età, alla reattività al prodotto ecc.". La Corte, in sostanza, ha ritenuto che per stabilire l'inidoneità della condotta e quindi l'innocuità del fatto, non si deve avere riguardo ad un parametro oggettivo (quantità di principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente o psicotropa), bensì anche ad un parametro di natura soggettiva.

In secondo luogo, le Sezioni Unite hanno osservato che il bene giuridico della salute pubblica, ricompreso tra quelli tutelati dall'art. 73 cit., può essere messo in pericolo anche dall'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope che non superino la c.d. soglia drogante.

Invero, entrambe le argomentazioni suscitano alcune perplessità non tanto per la loro incapacità di escludere in modo decisivo l'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p., quanto piuttosto per gli sviluppi dogmatici che esse implicano, sviluppi che, a ben vedere, dovrebbero piuttosto condurre a ritenere applicabile la figura del reato impossibile.

Esse, infatti, presuppongono una ricostruzione della struttura del reato di cui all'art. 73 cit. diversa da quella che emerge dal testo della stessa disposizione. In particolare, i riferimenti ad un accertamento concreto della capacità offensiva della condotta di spaccio e al bene giuridico della salute pubblica, come bene suscettibile di un'offesa effettiva, lasciano intendere che le Sezioni Unite hanno interpretato in termini di offesa, in termini cioè di pericolo concreto se non addirittura di danno, una fattispecie che in verità costituisce un reato a tutela anticipata.

Sul punto è opportuno osservare che le condotte previste dall'art. 73 cit. non sono offensive di un bene giuridico preesistente all'incriminazione: l'interesse immediatamente tutelato dalla fattispecie in esame è, infatti, di tipo formale-strumentale, consi-

#### Note:

(4) Tra le numerosissime sentenze cfr. Cass. 19 dicembre 1996, Bongiovanni, in questa Rivista, 1997, 419; Cass. 5 aprile 1996, Bahroumi, in Cass. pen., 1997, 1506; Cass. 9 novembre 1993, Nabil, *ivi*, 1995, 1378; Cass. 3 novembre 1993, Essid, *ivi*, 1995, 721; Cass. 1° ottobre 1993, El Mehirs, *ivi*, 1994, 1659, con nota di Gius. Amato, *Cessione di dose di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante e reato impossibile*, *ivi*, 1660. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. Gius. Amato-G. Fidelbo, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 1994, 387 ss.; Gius. Amato, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milano, 1997, 96. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 22 luglio 1997, in *Giur. merito*, 1998, II, 289, con nota di L.D. Cerqua, *Sulla esclusione del reato di cui all'art. 73 t.u. 309/90 in presenza di insufficiente principio attivo nella sostanza sequestrata*, *ivi*, 289 ss.

(5) V. gli autori richiamati in nota 2.

(6) Cfr. Cass. 22 settembre 1989, Bizzarri, in Cass. pen., 1991, 485; Cass. 20 febbraio 1987, Strazzullo, *ivi*, 1988, 1740.

(7) Le Sezioni Unite hanno accennato anche ad un terzo indirizzo giurisprudenziale il quale, però, formatosi su un'ipotesi del tutto particolare, non si colloca all'interpolo degli orientamenti precedenti: infatti, in presenza di una pluralità di confezioni di stupefacenti che, sommate tra loro, contengano un quantitativo di principio attivo dotato di efficacia drogante, la giurisprudenza ritiene pacificamente configurabile il reato previsto dall'art. 73 cit. poiché il fatto non solo è tipico, ma anche offensivo. Sul punto cfr. Cass. 24 gennaio 1996, Cardamone, in Cass. pen., 1997, 1506.

# G

GIURISPRUDENZA

Decisioni  
commentate

323

DIRITTO PENALE  
E PROCESSO  
n. 3/1999

stente nel controllo sulle sostanze stupefacenti o psicotrope da parte dell'autorità amministrativa, ovvero si tratta di un bene "creato" dal legislatore; il bene "reale", o meglio i beni "reali" suscettibili di offesa, quali la salute pubblica, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, sono, invece, estranei alla struttura tipica della fattispecie e, costituendo lo scopo dell'incriminazione, non sono oggetto di offesa da parte della condotta incriminata.

Inoltre, in questi reati, data la natura collettiva del bene e l'inidoneità offensiva della singola condotta, l'offesa assume una dimensione seriale dipendente dalla ripetizione nel tempo di molteplici condotte analoghe. Il pericolo presente nelle condotte descritte dall'art. 73 cit. risulta pertanto anticipato (8), nel senso che vi è una distanza in termini causali tra le condotte penalmente rilevanti e la produzione dei danni nei confronti dei beni finali, ragione per cui, essendo impraticabile ogni distinzione tra danno e pericolo e tra diversi gradi di pericolo, il legislatore non può che predisporre una tutela anticipata, esonerando il giudice da un accertamento concreto del pericolo o del danno.

A ciò si aggiunga che la ricostruzione in termini di offesa della fattispecie in esame, non solo contrasta con la previsione normativa e, quindi, con i principi di riserva di legge e di tassatività, ma, se accolta, finisce anche per avallare la tesi dell'orientamento giurisprudenziale prevalente. Come è noto, infatti, il principio di offensività operante sul piano giurisdizionale può trovare applicazione soltanto se la fattispecie incriminatrice è già in astratto costruita in termini di offesa, ovvero soltanto se si è in presenza di un reato di danno o di pericolo concreto (9).

Vero quanto affermato, allora si può notare come per escludere l'applicazione della c.d. concezione realistica del reato, le Sezioni Unite avrebbero potuto seguire una strada molto più semplice ed a nostro avviso dogmaticamente più corretta, affermando che per risolvere il caso in esame l'art. 49 comma 2 c.p. non può essere richiamato in quanto manca lo stesso presupposto per la sua applicazione, nel senso che il reato previsto dall'art. 73 cit. è un reato privo di offesa.

D'altra parte, a ben vedere, l'impostazione da noi prospettata sembra emergere, anche se implicitamente, dall'ultima argomentazione della Corte, laddove si afferma che i beni della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante e che tale condotta costituisce un'attività "riconducibile al mercato della droga, alimentato dalla cessione al consumatore finale, qualunque sia il quantitativo di volta in volta ceduto ed attorno al quale prospera il fenomeno della criminalità organizzata". Con questa ulteriore considerazione la Corte sembra recuperare quella dimensione, per così dire, già in astratto inoffensiva dell'art. 73 cit. e precedentemente negata, precludendosi così, in definitiva, la possibilità di applicare l'art. 49 comma 2 c.p. in quanto la formulazione dell'art. 73 cit. non consente al giudice l'accertamento di un'offesa effettiva di per sé "inaccertabile", perché estranea alla struttura della fattispecie.

### Spunti per un ripensamento della c.d. concezione realistica del reato: gli inconvenienti pratici

Come accennato all'inizio, la sentenza annotata merita la più attenta considerazione anche perché consente di compiere alcune osservazioni critiche sulla c.d. concezione realistica del reato.

Preliminarmente, occorre precisare che tale concezione si inserisce nel più ampio tema del principio di offensività, il quale, come è noto, opera su due piani distinti (10). Sul piano legislativo, esso svolge un ruolo nella formulazione della fattispecie incriminatrice e costituisce un'indicazione tendenziale - in sostanza un criterio di politica criminale - per il legislatore nella scelta dei beni giuridici da tutelare, i quali dovrebbero essere preesistenti alla formulazione della norma, e della soglia di punibilità, la quale dovrebbe coincidere con la lesione o la concreta messa in pericolo del bene tutelato. In particolare, con riferimento ai beni giuridici, superata la tesi secondo la quale oggetto della tutela penale possono essere soltanto i beni costituzionalmente rilevanti, intendendo con tale espressione i beni esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Costituzione (11), oggi si ritiene che beni meritevoli di tutela penale siano tutti i beni non incompatibili con la nostra Carta fondamentale (12); per quanto concerne la

#### Note:

(8) V. per tutti G. Fiandaca, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2636; F. Palazzo, *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge anti-droga*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 316. In generale, sulla necessità di anticipare la tutela in quanto unica forma di protezione dei beni diffusi e/o collettivi, v. ampiamente G. Fiandaca, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 187 ss.; Id., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 453 ss.; G. Grasso, *L'anticipazione delle tutela penale: i reati di pericolo e di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 709 ss.; M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 257 ss.; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 472 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, cit., 205 ss.

(9) V. per tutti F. Palazzo, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*, in *Cass. pen.*, 1986, 1702; G. Insolera, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 737; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 210.

(10) Per una chiara e netta distinzione dei due piani sui quali opera il principio di offensività, v. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 206 ss.; Id., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., 104 ss.; F. Palazzo, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie*, cit., 1702; Id., *Meriti e limiti dell'offensività*, cit., 75 ss.

(11) Sul punto v. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 12 ss.; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione crim.*, 1980, 225 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis-G. Palombarini, Padova, 1984, 18 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 111 ss.

(12) In questo senso v. P. Nuvolone, *La problematica penale della Costituzione*, in AA.VV. *Scritti in onore di Mortati*, (segue)

soglia della punibilità, dopo un primo periodo in cui si è dubitato della legittimità costituzionale dei reati privi di offesa (13), oggi si ritengono costituzionalmente legittimi sia i reati di pericolo astratto e/o presunto, sia i reati di scopo, ovvero tutti i reati in sé inoffensivi di beni preesistenti, ma finalisticamente orientati alla loro salvaguardia (14).

Sul piano giurisdizionale, il principio di offensività svolge un ruolo nella concreta applicazione della norma penale e costituisce un criterio interpretativo volto a superare le ipotesi in cui si riscontra una sfasatura tra tipicità formale, compiutamente integrata dal fatto concreto dell'agente, e la sua offensività sostanziale: la concezione realistica del reato non è altro che il principio di offensività operante in sede giurisdizionale.

Ciò premesso, come è noto, questa concezione si basa su una particolare ricostruzione dei rapporti tra gli artt. 56 comma 1 e 49 comma 2 c.p. (15). Nonostante che tale ricostruzione sia stata sottoposta ad una penetrante critica (16), a nostro avviso, pur condividendo la maggioranza delle obiezioni, non si può non riconoscere la sua plausibilità, nel senso che, a ben vedere, non sono stati trovati argomenti talmente decisivi da invalidarla: ad un'attenta analisi delle argomentazioni, delle relative critiche e delle contro critiche (17) ci si accorge, infatti, che la disputa finisce - per così dire - in parità, e quindi non si vede perché la ricostruzione in esame non possa essere accolta.

D'altra parte, nei confronti della concezione realistica del reato possono essere mosse ulteriori obiezioni veramente decisive che toccano questioni di fondo. La teoria in esame da un lato, ha un ambito di applicazione assai ristretto, dall'altro, si può prestare ad un uso che contrasta con il principio di legalità.

Sotto il primo profilo, il fatto che le Sezioni Unite abbiano accolto tale tesi, ritenendola poi inapplicabile al caso in esame, ovvero ad una delle ipotesi in cui si avverte maggiormente l'esigenza equitativa di adeguare le astratte fattispecie incriminatrici alla realtà degli accadimenti concreti, dimostra come essa sia destinata a fallire proprio nei settori nevalgici in cui dovrebbe risultare praticamente più utile, e cioè in tutti quei casi in cui la tutela penale risulta anticipata (18). È infatti opportuno ribadire che l'art. 49 comma 2 c.p. può trovare applicazione solo se si è in presenza di un reato costruito dal legislatore in termini di offesa (danno o pericolo concreto), restando fuori dal suo spettro applicativo tutte le fattispecie che predispongono forme di tutela anticipata, avuto riguardo sia alla soglia di esposizione a pericolo del bene (reati di pericolo presunto e/o astratto), sia alla identificazione del bene giuridico con lo scopo della norma (reati di scopo).

Operando diversamente, applicando cioè la concezione in esame anche rispetto ai reati senza offesa, ed ecco il secondo profilo, il principio di offensività trova attuazione non solo come criterio interpretativo-applicativo, ma anche, e prima ancora, come criterio correttivo-integrativo, entrando in piena tensione con il principio di legalità (19). Detto in altri termini, come emerge anche dalla sentenza annotata, l'interprete che, in presenza di un reato di scopo o di pericolo astratto, va alla ricerca di un inaccettabile

**Note:**

(segue nota 12)

IV, Milano, 1977, 490; D. Pulitanò, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Questione crim.*, 1981, 111 ss.; Id., *Obblighi costituzionali di tutela?*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano, 1984, 1252 ss.; Id., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, 158 ss.; G. Fiandaca, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 49 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 152 ss. e, soprattutto, 195 ss.; Id., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in AA.VV., *Bene giuridico*, cit., 88 ss.; F. Palazzo, *I confini della tutela penale*, cit., 459 ss.; Id., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, 377 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Costituzione e tutela di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 349; G. Fiandaca-E. Musco, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, *ivi*, 1994, 38 ss.; N. Mazzacucua, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacucua, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 1997, 83 ss. Nella manualistica v. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 206 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, cit., 111 ss. e, soprattutto, 122 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 281; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 227 ss. e, soprattutto, 233 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 101 ss. e, soprattutto, 106 ss.

(13) Cfr. M. Gallo, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 5 ss.; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss.; V. Patalano, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, 1974, Napoli, 1974, 76 ss. e 149 ss. A favore della costituzionalizzazione del principio di offensività come vincolo per il legislatore nella scelta delle soglie di punibilità, v. recentemente G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, cit., 95 ss. e 196; C. Fiore, *Il principio di offensività*, cit., 278 ss.

(14) Oltre gli autori citati nelle note 8 e 12, v. anche G. Zuccalà, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1251 ss.; Id., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, cit., 1700 ss.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., 646 ss.; A. Valenti, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 241 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale, v. recentemente F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 350 ss. e, soprattutto, 360 ss., il quale dimostra come anche la Corte costituzionale, nonostante il formale accoglimento del principio di offensività, non ne faccia derivare l'automatica e necessaria illegittimità dei reati senza offesa.

(15) Sul punto v. G. Neppi Modona, *I concetti di "idoneità degli atti" e "inidoneità dell'azione". Struttura e accertamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 753 ss.; Id., *Il reato impossibile*, cit. (non è possibile indicare con precisione le pagine in quanto riferimenti ai rapporti tra l'art. 56 e l'art. 49 c.p. sono presenti in tutta l'opera); M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., 786-787; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 72-74. Recentemente e sinteticamente cfr. V. Seriani, voce *Reato impossibile e reato putativo*, cit., 3 ss.; G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, cit., 262-265.

(16) Cfr. F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit., 19 ss.; M. Romano, *Commentario*, I, cit., 479-480; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 177 ss.

(17) In particolare, per le contro critiche, v. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 76-80; V. Seriani, voce *Reato impossibile e reato putativo*, cit., 3 ss.; G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, cit., 268 ss.

(18) Sul punto v., per tutti, G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività*, cit., 72.

(19) Sull'utilizzo del principio di offensività come criterio integrativo-correctivo, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, v. F. Palazzo, *Meriti e limiti dell'offensività*, cit., 84 ss.

danno o pericolo concreto, finisce per munire di offesa fattispecie che ne sono prive già a livello astratto, con ciò realizzando una vera e propria manipolazione del testo legislativo in pieno contrasto con i principi di riserva di legge e tassatività (20).

### Segue: i limiti di natura dogmatica

Ammettiamo comunque che il principio di offensività in sede giurisdizionale venga correttamente utilizzato, con riferimento, cioè, ai soli reati di offesa. A nostro parere, esiste un ulteriore presupposto, forse il vero e proprio pilastro sul quale si fonda l'intera teoria, che suscita ulteriori perplessità: ci riferiamo all'idea secondo la quale l'offesa, ricondotta al bene giuridico tutelato, consiste nella lesione o messa in pericolo del bene protetto e rappresenta un elemento costitutivo autonomo del reato, distinto dalla conformità al tipo, ma pur sempre concorrente con gli altri elementi essenziali della fattispecie (21).

Secondo alcuni autori, questa concezione dell'offesa contrasterebbe con un'altra premessa dalla quale muove la concezione realistica del reato e cioè con l'assunto per cui l'interesse tutelato deve essere dedotto dall'intera struttura della fattispecie. Poiché - si osserva - tale interesse si ricava dal modello legale unitariamente inteso, cioè dal tipo, resta difficile immaginare un fatto conforme a quest'ultimo e non lesivo del primo (22). Tuttavia questa critica ha perduto gran parte della sua efficacia, poiché, proprio per superare tale obiezione, alcuni sostenitori della concezione realistica del reato hanno provveduto a correggere l'assunto iniziale, affermando che l'interesse tutelato "interviene in una dimensione più ampia di quella risultante dalla singola norma incriminatrice, in quanto comprensiva dei contributi normativi offerti da altre disposizioni, con particolare riferimento ai dettati costituzionali" (23).

A nostro avviso, l'impostazione secondo la quale l'offensività deve essere distinta dalla tipicità e la relativa concezione dell'offesa, come lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato, non possono essere accolte, non tanto perché concettualmente errate o contraddittorie, quanto piuttosto perché, da un lato, sono venute meno le ragioni che hanno indotto una parte della dottrina ad elaborarle, e, dall'altro, è proprio l'impostazione opposta che, come vedremo, consente di formulare una tesi concettualmente e praticamente più adatta a risolvere i dubbi applicativi posti dai fatti conformi al tipo ma inoffensivi.

Sotto il primo profilo, occorre anzitutto rilevare l'esistenza di uno strettissimo legame tra la concezione dell'offesa come lesione o messa in pericolo del bene e l'idea della illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto e/o astratto e dei reati di scopo. Così concepita, l'offesa può essere riferita in sede giurisdizionale soltanto ai reati che, muovendo da una concezione realistica del bene giuridico, sono effettivamente offensivi del bene protetto, con la conseguenza che una sfasatura tra tipicità ed offensività può essere riscontrata soltanto con riferimento a questa tipologia di reati. Una tale impostazione, invero, risulta pienamente coerente all'idea di un sistema penale costituito soltanto da fattispecie formulate

in termini di offesa. Oggi, però, venuta meno la convinzione della costituzionalizzazione del principio di offensività, essa appare riduttiva in quanto impedisce che una sfasatura tra tipicità ed offensività possa essere riscontrata anche nei reati senza offesa, la legittimità costituzionale dei quali non è più posta in dubbio. Da qui, poi, come abbiamo già visto, l'ambito di applicazione assai ristretto della concezione realistica del reato e la possibilità di un suo impiego contrastante con il principio di legalità.

Non solo, ma se l'offesa viene concepita come un elemento costitutivo, la sua mancanza non può che determinare la atipicità del fatto (24), per cui non ha senso parlare di fatti inoffensivi conformi al tipo e quindi richiamare l'art. 49 comma 2 c.p.: o l'offesa rientra nella tipicità ed allora il fatto inoffensivo è atipico, oppure essa non è un elemento costitutivo ed allora il fatto inoffensivo è di per sé conforme alla fattispecie incriminatrice (a meno che non si riesca a trovare un altro espediente, ad esempio di tipo interpretativo, che porti ad escludere la tipicità del fatto).

In secondo luogo, è opportuno ricordare che l'autonoma rilevanza dell'offesa rispetto alla tipicità del fatto è stata affermata anche per ricondurre l'offesa all'oggetto del dolo al fine di temperare l'eccessivo rigore dell'art. 5 c.p., il quale precludeva ogni rilevanza scusante dell'errore sulla legge penale. Secondo alcuni autori, infatti, in certi casi l'offesa come requisito del dolo implica la necessaria conoscenza della norma per cui è possibile escludere la punibilità dell'agente formalmente ai sensi dell'art. 43 comma 1 c.p., ma nella sostanza a causa dell'ignoranza della legge penale. In particolare, posto che

#### Note:

(20) Sul punto v. F. Palazzo, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie*, cit., 1702; G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività*, cit., 72; Id., *La nuova legge anti-droga*, cit., 2636; G. Insolera, *Reati artificiali*, cit., 737; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 210. Per inciso, è opportuno notare che questa critica è decisamente diversa da quella, ormai superata (v. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 74-76; G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, cit., 267-268), secondo la quale la non punibilità dei fatti conformi al modello legale ma non offensivi risulterebbe ancorata a valutazioni analoghe a quelle di non pericolosità sociale dell'azione adottate dalla legislazione dei paesi socialisti, per cui si verrebbero a violare i principi di legalità e della certezza del diritto (P. Nuvoletti, *I limiti taciti*, cit., 17 ss.; di recente, in senso analogo, v. anche G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività*, cit., 71-72).

(21) Sul punto v. ampiamente M. Gallo, *Il dolo. Oggetto ed accertamento*, Milano, 1953, 176; Id., voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., 781 ss.; F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, 94; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, cit., 127 ss. e 372 ss.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., 663 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 204 ss. e 325 ss.

(22) F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit., 28 ss.

(23) F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., 75-76; V. Seriani, voce *Reato impossibile e reato putativo*, cit., 10; G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, cit., 268.

(24) In questo senso v. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 209; e, implicitamente, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 155, i quali, però, non parlano di atipicità del fatto, ma, secondo una terminologia non del tutto rigorosa, di "tipicità apparente".

# G

GIURISPRUDENZA

Decisioni  
commentate

326

DIRITTO PENALE  
E PROCESSO  
n. 3/1999

nei reati di pura creazione legislativa, in cui è la stessa legge a creare l'interesse da tutelare, risulta logicamente impossibile distinguere la coscienza dell'offesa dalla conoscenza del precetto penale, si è ritenuto che un errore sulla legge penale finisce per avere indirettamente efficacia scusante, non in sé e per sé, ma in quanto causa di un errore sulla idoneità lesiva del fatto (25).

Ma l'art. 5 c.p., come è noto, è stato dichiarato parzialmente incostituzionale dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, ragione per cui oggi è venuta meno l'esigenza di ovviare all'eccessivo rigorismo della disposizione e quindi anche la necessità di ricondurre l'offesa all'oggetto del dolo (26).

Sotto il secondo profilo, poi, è opportuno notare che è proprio l'identificazione dell'offesa con la tipicità che consente di elaborare una tesi più adatta a risolvere i dubbi applicativi posti dai fatti conformi al tipo ma inoffensivi.

Contro questa tesi si è lucidamente rilevato che se l'offesa non possiede una propria autonomia, ne consegue che l'ordinamento la ritiene realizzata con il puro e semplice verificarsi del fatto, con ciò riconducendo la stessa, e conseguentemente anche l'oggetto tutelato, alla *ratio* della fattispecie e finendo quindi per aderire ad una concezione metodologica del bene giuridico (27). In sostanza, la distinzione tra offensività e tipicità sarebbe l'unico modo per segnare una rottura con tutte le concezioni che riducono il concetto di bene giuridico a quello di scopo della norma.

A nostro avviso, invece, la riconduzione dell'offesa alla *ratio* della norma non comporta necessariamente l'identificazione del bene giuridico con quest'ultima e, conseguentemente, l'adesione ad una concezione metodologica del bene giuridico. Basandosi ancora una volta sulla distinzione tra il piano legislativo e quello giurisdizionale, si deve precisare, infatti, che l'alternativa tra concezione metodologica e concezione realistica del bene giuridico assume rilevanza non tanto in sede giurisdizionale quanto in sede legislativa. Da ciò consegue che la riconduzione dell'offesa alla *ratio* non incide sulla concezione del bene giuridico il quale può essere ancora pensato come un bene "reale", preesistente al legislatore ed avente una funzione limitativa della responsabilità penale, cioè un ruolo nell'ambito della politica criminale.

Se questo è vero, l'accoglimento di questa impostazione non solo implica che il bene giuridico possa continuare a svolgere la sua funzione di garanzia, ma anche che il problema dei fatti conformi al tipo, ma inoffensivi, possa essere risolto sulla base dello scopo della norma, ovvero attraverso un'interpretazione teleologica della stessa (28).

A sostegno di questa tesi, si può anzitutto rilevare che essa è adattabile a tutte le fattispecie incriminatrici. L'offesa, infatti, se sul piano legislativo viene concepita come lesione o messa in pericolo del bene tutelato, sul piano giurisdizionale, coincide con il disvalore del fatto presente in ogni reato (29), sicché una sfasatura tra disvalore concreto e tipicità può essere riscontrata anche nei reati che, muovendo da

una concezione realistica del bene giuridico, sono privi di offesa.

In secondo luogo, nonostante che l'interpretazione teleologica sia ampia e suscettibile di considerazioni valutative, è opportuno notare che si tratta pur sempre di un'operazione ermeneutica che, in quanto tale, deve necessariamente confrontarsi con il dato testuale. In particolare, escluso che lo scopo legislativo debba essere inteso in senso soggettivo, cioè come reale volontà del legislatore storico (30), e superata la tradizionale obiezione del c.d. circolo vizioso, secondo cui lo scopo non può servire a precisare il significato linguistico della norma, in quanto preliminarmente ricavabile proprio dal significato linguistico di quest'ultima (31), l'interpretazione teleologica non deve considerarsi meno legalistica di altri canoni ermeneutici, in quanto non dovrà mai porsi al di fuori del tipo, dovendo sempre risolversi nella descrizione normativa del fatto.

Infine, la nozione di scopo, in quanto nozione evolutiva, capace cioè di garantire un stretto legame tra la norma giuridica positivizzata e la realtà sociale, risulta particolarmente idonea a soddisfare proprio quelle esigenze equitative poste dai c.d. casi marginali, e, in quanto nozione meno suscettibile di essere interpretata discrezionalmente dal giudice, sembra favorire un controllo più efficace sulla correttezza interpretativa.

### L'interpretazione teleologica della norma come alternativa alla c.d. concezione realistica del reato

A questo punto, alla luce dei rilievi appena svolti, constatata l'impossibilità di applicare l'art. 49 comma 2 c.p., appare evidente che il problema della non punibilità della condotta di cui all'art. 73 cit., avente ad oggetto una sostanza stupefacente o psicotropa priva di efficacia drogante, può essere risolto solo mediante un'interpretazione teleologica della norma.

Sul punto è opportuno precisare che le considerazioni di scopo possono influire sui limiti del penalmente rilevante soltanto se passano per il tramite della formulazione legislativa. La ricerca di una soglia di punibilità in base a considerazioni di scopo

#### Note:

(25) F. Bricola, Dolus in re ipsa, cit., 106; C.F. Grosso, *Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 891 ss.

(26) In questo senso v. anche T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 255.

(27) M. Gallo, voce *Dolo* (*dir. pen.*), cit., 782-783.

(28) In questo senso v. D. Pulitanò, *L'errore di diritto*, cit., 156 ss.; F. Palazzo, *Meriti e limiti dell'offensività*, cit., 88; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 179. Con riferimento ai soli reati di scopo v. anche F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., 210, nota 9.

(29) Sul punto v. ampiamente M. Romano, *Commentario*, cit., 405 ss. e 480-481; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 175 e 255.

(30) Cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 79.

(31) Sul punto v. sinteticamente F. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 362, e gli Autori citati.

# G

GIURISPRUDENZA

Decisioni  
commentate

327

DIRITTO PENALE  
E PROCESSO  
n. 3/1999

che non trovino un riscontro in elementi strutturali, comporta infatti un inammissibile potenziamento del giudice, il quale finirebbe per porre in essere un'interpretazione teleologica volta al completamento della struttura della fattispecie, operazione che non è consentita nel rispetto dei principi di riserva di legge e di tassatività. Nel nostro caso, tale considerazione dovrebbe passare dalla nozione di sostanza stupefacente o psicotropa.

Vero questo, allora si apre la seguente alternativa: o si ritiene, come fa la Corte, che nell'art. 73 cit. manca un riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, per cui viene meno lo stesso presupposto dal quale deve prendere le mosse un'eventuale interpretazione teleologica della norma (come hanno osservato le Sezioni Unite, "il riferimento fatto dal medesimo (legislatore) alla struttura chimica delle stesse (sostanze stupefacenti o psicotrope) ed agli effetti ..., se rileva al fine della loro individuazione per la composizione delle tabelle, non rileva invece al fine dell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 73 cit."); oppure si ritiene che l'art. 14 e le tabelle di cui all'art. 13 del d.P.R. n. 309 del 1990, combinati con l'art. 73 cit., facendo riferimento agli effetti droganti delle stesse, inseriscano nella struttura della fattispecie astratta un elemento essenziale di tipo quantitativo, la concretizzazione del quale è affidata al giudice, per cui nel concetto di sostanza stupefacente o psicotropa teleologicamente orientata alla tutela della salute pubblica risulta infettibile la presenza di un principio attivo avente efficacia drogante.

Si noti che, seguendo la seconda strada, a nostro avviso, non si compie un'interpretazione teleologica volta al completamento della fattispecie, in quanto la nozione di sostanza stupefacente di cui all'art. 73 si ricava anche dall'art. 14 e dalle tabelle di cui all'art. 13 del d.P.R. n. 309 del 1990, dove il riferimento agli effetti droganti è compiuto dallo stesso legislatore e dalle quali emerge in modo implicito che la quantificazione del principio attivo risulta affidata all'interprete; riferimento e quantificazione dai quali poi si deduce che, ed ecco l'interpretazione teleologica della norma, la condotta incriminata dall'art. 73 cit. è penalmente rilevante solo se ha ad oggetto sostanze con un principio attivo c.d. sufficiente.

Ci sia concessa, infine, un'ultima considerazione. La Corte costituzionale, come è noto, ha più volte respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale dell'art. 73 cit. fondate sulla mancanza di offensività della fattispecie (32), affermando che "ove la condotta in concreto accertata sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta [...] venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile" (33). In sostanza, come è stato recentemente notato, "la Corte (ha) rifiuta(to) il controllo su struttura e contenuto significativo della fattispecie astratta ritenendo che tocchi al giudice, in base al principio costituzionale di cui all'art. 49 c.p., negarne l'applicazione ai fatti concretamente inoffensivi del bene tutelato" (34).

Ora, posto che le Sezioni Unite hanno giustamente escluso l'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p. al

reato di cui all'art. 73 cit., e che non risulta, almeno ad avviso delle stesse, esistente il presupposto per compiere un'interpretazione teleologica della norma, sarà interessante vedere il futuro comportamento dei giudici di merito e delle sezioni della Corte di cassazione. Essi, infatti, si troveranno tendenzialmente davanti alla seguente possibilità: o si conformeranno a questa sentenza, affermando la punibilità del fatto privo di significato lesivo; oppure, al fine di soddisfare le esigenze equitative poste dai casi marginali, opereranno per la soluzione opposta dando luogo ad un nuovo contrasto giurisprudenziale; oppure, infine, solleveranno ulteriori eccezioni di illegittimità costituzionale sulla base degli artt. 13 e 25 commi 2 e 3 Cost.

In tale ultimo caso, poi, sarà interessante vedere anche come si comporterà la Corte costituzionale, la quale, a questo punto, sarà - per così dire - costretta a compiere un effettivo controllo sulla struttura della fattispecie astratta dell'art. 73 cit., potendo giungere fino ad operare un intervento manipolativo volto ad inserire nella struttura della fattispecie astratta - a nostro avviso, a rendere esplicito - un elemento quantitativo, la concretizzazione del quale sarebbe affidata al giudice.

#### Note:

(32) Cfr. Corte cost., sentenza 11 luglio 1991, n. 333, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 306, con nota di F. Palazzo, *Dogmatica ed empiria*, cit., 308 ss., pubblicata anche in *Foro it.*, 1991, I, 2628, con nota di G. Fiandaca, *La nuova legge anti-droga*, cit., 2630 ss.; Corte cost., sentenza 27 marzo 1992, n. 133, in *Cass. pen.*, 1992, 2621, con nota di Manzione, *La legge sugli stupefacenti ancora all'esame della Consulta*, ivi, 2626 ss.; Corte cost., sentenza 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen.*, 1995, 2824, con nota di Gius. Amato, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*, ivi, 2825 ss.; Corte cost., sentenza 18 luglio 1996, n. 296, in *Guida dir.*, 1996, 32, 68, con nota di Gius. Amato, *Acquisto e detenzione per uso personale: queste le condotte depenalizzate dal referendum*, ivi, 69 ss. Per un'analisi critica di tale orientamento della Corte costituzionale v. F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 355 ss.

(33) Corte cost., sentenza 24 luglio 1995, n. 360, cit., 2824.

(34) F. Palazzo, *op. ult. cit.*, 355, subito aggiungendo che «Un siffatto modo di argomentare, nell'arbitrario passaggio dall'"astratto" al "concreto", mi sembra che nasconda un equivoco. In vero, l'osservanza da parte del giudice del principio di necessaria lesività del fatto storico si gioca interamente sul piano concreto della manifestazione "naturalistica" del reato, escludendo dall'ambito applicativo della norma quei fatti che per avventura siano appunto concretamente privi di lesività. Ma tale possibilità applicativa presuppone una norma incriminatrice che sia, nella sua dimensione astratta e legislativa, già dotata di un contenuto di disvalore concepibile in termini di offesa ad un bene giuridico. Rimanendo, peraltro, indifferente che la fattispecie sia tale nella sua originaria strutturazione legislativa o, quantomeno, nel suo contenuto normativo risultante da una manipolazione interpretativa condotta - in nome della conservazione dei valori giuridici - in adeguamento al canone legislativo di offensività. Allorché non sia data né l'una né l'altra eventualità, e quindi si tratti di una fattispecie incriminatrice "necessariamente inoffensiva", il giudice si troverà le mani legate per ricorrere al canone applicativo della necessaria lesività del fatto (storico)».