GOVERNARE IL RISCHIO, PUNIRE L'INCERTEZZA. LA GUIDA DOPO L'USO DI STUPEFACENTI TRA TIPO NORMATIVO D'AUTORE E SIMBOLISMO REPRESSIVO

Governing Risk, Punishing Uncertainty.

Driving After Drug Use Between Offender-Based Norms and Repressive Symbolism

Fabio Antonio Siena

Abstract [It]: A partire dalla recente riforma dell'art. 187 del Codice della strada, che ha introdotto una fattispecie penale svincolata dall'accertamento dello stato di alterazione psicofisica del conducente, il saggio propone una riflessione critica sul progressivo slittamento del diritto penale verso modelli di incriminazione fondati sulla presunzione astratta di pericolo. L'eliminazione del requisito dell'alterazione psico-fisica segna il passaggio da una ragionevole presunzione di pericolo a una fattispecie che colpisce la mera appartenenza del soggetto a una categoria ritenuta socialmente rischiosa, connotandosi per un elevato grado di simbolismo repressivo. Il lavoro ricostruisce, in una prospettiva sistematica, i rapporti tra tale assetto e il principio costituzionale di offensività, evidenziando le tensioni derivanti da un impiego eccessivamente anticipato della sanzione penale. Il caso specifico diventa così paradigma di un diritto penale della prevenzione che, anziché governare il rischio, finisce per punire l'incertezza. La riflessione sul nuovo art. 187 cod. str. si offre, così, come chiave di lettura privilegiata delle attuali trasformazioni del diritto penale, sempre più attratto dalla logica del rischio e sempre meno ancorato alla verifica empirica dell'offesa.

Abstract [En]: Starting from the recent reform of Article 187 of the Italian Highway Code, which introduced a criminal offence detached from the requirement of verifying the driver's psychophysical impairment, this paper offers a critical reflection on the progressive shift of criminal law towards offence models based on an abstract presumption of danger. The removal of the impairment condition marks the transition from a reasonable presumption of risk to a provision that penalizes mere membership in a socially stigmatized category, thereby reflecting a high degree of repressive symbolism. The study reconstructs, from a systematic perspective, the relationship between this legal framework and the constitutional principle of offensiveness, highlighting the tensions arising from an excessively anticipatory use of criminal sanctions. The specific case thus becomes a paradigm of a preventive criminal law that, rather than governing risk, ends up punishing uncertainty. The reflection on the new Article 187 serves as a privileged lens through which to interpret current transformations in criminal law, increasingly drawn to risk-based logic and progressively detached from the empirical assessment of harm.

Parole chiave: offensività; simbolismo repressivo; diritto penale d'autore; guida dopo l'uso di stupefacenti.

Keywords: harm-principle; repressive symbolism; offender-based criminal law; driving after drug use.

SOMMARIO: 1. Dalla prevenzione alla punizione. Premesse critiche a un modello in trasformazione - 2. Le radici del diritto penale. Tutela del bene giuridico e principio

di offensività - 3. La funzione strumentale del pericolo astratto, tra esigenze di semplificazione probatoria - 4. ...e il rischio di un uso simbolico del diritto penale - 5. Il pericolo astratto al vaglio della Corte costituzionale e i limiti della presunzione di pericolo - 5.2. Il cortocircuito tra pericolo astratto e identità dell'imputato. Il pericolo presunto come viatico del diritto penale d'autore. - 5.3. Clausole di salvaguardia o alibi interpretativi? La parabola dell'offensività in concreto - 6. La figura giuridica dell'assuntore di stupefacenti nel prisma della repressione - 7. Guida e assunzione di stupefacenti. La nuova incriminazione tra automatismi e incertezza - 8. ... e il doppio livello di presunzione del pericolo per la sicurezza stradale - 9. Accertamento tossicologico e inversione della logica probatoria - 10. L'impermeabilità della norma alla lettura costituzionalmente orientata - 11. Il crinale sottile tra prevenzione e stigmatizzazione. Spunti conclusivi.

Summary: 1. From prevention to punishment: critical premises for a transforming model - 2. The roots of criminal law: protection of legal goods and the principle of offensiveness - 3. The instrumental function of abstract danger, between evidentiary simplification needs - 4. ...and the risk of a symbolic use of criminal law - 5. Abstract danger under the scrutiny of the Constitutional Court and the limits of presumed risk - 5.2. The short-circuit between abstract danger and the identity of the defendant - 5.3. Safeguard clauses or interpretive alibis? The parabola of concrete offensiveness - 6. The legal figure of the drug user in the prism of repression - 7. Driving and drug use: the new offence between automatism and uncertainty - 8. ...and the double level of presumed danger to road safety - 9. Toxicological testing and the reversal of evidentiary logic - 10. The impermeability of the norm to constitutionally oriented interpretations - 11. The thin line between prevention and stigmatization: concluding remarks.

1. Dalla prevenzione alla punizione: premesse critiche a un modello in trasformazione

Il diritto penale sembra sempre più chiamato a presidiare l'alea, piuttosto che a reprimere la lesione: è il segno di un'inquietudine sistemica che attraversa tanto la tipicità quanto la giustificazione della sanzione.

Nel crocevia della legislazione compulsiva degli ultimi anni, la teoria del bene giuridico e del principio di necessaria offensività del reato costituiscono ancora il più impegnativo campo di discussione della dottrina penalistica nell'affannosa ricerca di limiti sostanziali alle scelte di criminalizzazione del legislatore.

In questo dibattito, il modello del pericolo astratto - che è quello che più si pone in direzione "contraria" al principio di offensività - non solo non è stato abbandonato e non ne è stato individuato con chiarezza un suo "statuto minimo" di legittimità, ma appare essere più vivo che mai, sia nel Codice, sia nella legislazione complementare più recente.¹

Questo paradigma, pur mosso da istanze di prevenzione e razionalizzazione del rischio, finisce talora per tradursi in una forma di penalità emancipata dall'offesa: una penalità che

¹ Come ricorda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 104, «Molti reati moderni e contemporanei [...] obbediscono a una spiccata o dichiarata idea preventiva: sono figure che colpiscono condotte intollerabili non in sé, ma con le conseguenze che potrebbero produrre, se per caso venissero poste in essere insieme a tutta una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili *ex ante*».

trova la sua legittimazione più nel timore sociale che in un'effettiva lesione di beni giuridici. L'ambizione di governare l'incertezza, infatti, si realizza anche al costo di una continua torsione nelle categorie penalistiche tradizionali, sovrapponendo al criterio dell'offensività quello della conformità a modelli normativi idealizzati, sempre più sganciati dalla verifica empirica e dalla proporzionalità della risposta punitiva.

Non ci si avventurerà qui in un arduo esercizio intellettuale per provare a far luce sui contorni frastagliati e le penombre che l'argomento dischiude, che richiederebbe ben altro spazio di riflessione. Si vuole, in modo più circoscritto, tentare un pragmatico esercizio applicativo, domandandosi se una ristretta area di giustiziabilità del principio possa fungere allo scopo; possa cioè condurre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una fattispecie di reato di pericolo nella quale, anche in astratto, non risulti possibile riscontrare la lesione di un bene giuridico protetto e la presunzione di pericolo posta alle spalle della fattispecie dal legislatore si scontra con una irragionevole (*rectius*: solo apparente) generalizzazione normalizzante dei fenomeni, essenzialmente motivata da finalità di semplificazione probatoria, giustificate da caratteristiche di pericolosità costruite intorno alla persona dell'autore per comportamenti ritenuti espressivi di tale pericolosità sociale, che sono antecedenti e non strettamente connessi alla condotta illecita delineata dalla fattispecie.

Ci si riferisce alla (nuova) fattispecie di «Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti», risultato del novellato art. 187 del d.lgs. n. 285/1992 (Codice della strada); fattispecie che non colpisce più, come nella precedente rubrica, la condotta di «guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti»² e che - come si chiarirà meglio *infra* - si discosta ulteriormente dal modello, anch'esso di pericolo presunto, del reato di «Guida sotto l'influenza dell'alcool» di cui all'art. 186 cod. str.

Nell'ordine, dopo una disamina introduttiva, che si soffermerà brevemente sul problema del reato di pericolo astratto e sulla più recente giurisprudenza costituzionale in materia, si proverà a saggiare la legittimità costituzionale della norma, anche nel quadro del più ampio contesto normativo sanzionatorio riguardante le sostanze stupefacenti.

Anticipando le conclusioni e già di primo acchito, la scelta legislativa lascia alquanto perplessi e, infatti, a un dipresso dall'entrata in vigore, è stata rimessa all'attenzione della

² Sul necessario accertamento dello stato di alterazione e non della mera assunzione di sostanze stupefacenti, v. Cass. pen., sez. IV, n. 33312 del 08.07.2008, rv. 241901; Cass. pen., sez. IV, n. 39160 del 15.05.2013, rv. 256830; Cass. pen., sez. IV, n. 42376 del 18.12.2018, rv. 274712; Cass. pen., sez. IV, n. 12409 del 06.03.2019 (per cui occorre «non soltanto l'accertamento del dato storico dell'avvenuto uso di sostanze stupefacenti, ma anche quello dell'influenza sulle condizioni psico-fisiche dell'assuntore durante il tempo della guida del veicolo»); Cass. pen., sez. IV, n. 15078 del 14.05.2020, rv. 279140 («ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 187 cod. strada, non è sufficiente che l'agente si sia posto alla guida del veicolo subito dopo aver assunto droghe, ma è necessario che egli abbia guidato in stato di alterazione causato da tale assunzione»); Trib. Bologna, Uff. Gip, n. 2298 del 20.09.2023, secondo cui «un'eventuale positività ai test salivari non dimostra *ex se* l'attualità dell'assunzione e un'influenza sulle condizioni psicofisiche» e Trib. Nola, n. 2138 del 22.01.2025, n. 2138, secondo cui «non basta verificare la positività del conducente del veicolo ad una o più sostanze stupefacenti - come per il reato di guida in stato di ebbrezza -, occorrendo accertare che quest'ultimo si trovasse, al momento del fatto, in uno stato di alterazione psico-fisica indotta dall'assunzione di quelle sostanze». V. pure la nota di A. C. RUSSO, *L'assunzione di sostanze stupefacenti non è sufficiente a provare il reato di guida in stato di alterazione psico-fisica di cui all'art. 187 c. str.*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 7, pp. 896 ss.

Corte costituzionale dal Giudice delle indagini preliminari presso i Tribunali di Pordenone, Siena e Macerata.³

La novella si iscrive in un più ampio contesto di riforme, giunte al loro culmine con la recente approvazione dell'ennesimo Decreto sicurezza (D.l. 11 aprile 2025, n. 48), in cui del pari è possibile riscontrare un tendenziale favore per modelli di incriminazione di un tipo normativo d'autore, quindi di stampo soggettivistico, con un conseguente allontanamento dal diritto penale del fatto, cui fanno da *pendant* generalizzati aumenti di pena e meccanismi, di vario genere, di "efficientamento" del volto repressivo del sistema penale.

Così come la modifica dell'art. 187 cod. str., anche gli specifici interventi normativi in materia di *cannabis sativa* L. (c.d. cannabis legale o leggera) ad opera del Decreto sicurezza, tradiscono una concezione fortemente paternalistica e un approccio 'punitivistico' nei confronti della persona dell'assuntore di sostanze stupefacenti (tossicodipendente o tossicofilo) in quanto 'soggetto pericoloso' (o nemico)⁴, in controtendenza rispetto alle linee portanti fondamentali dell'impianto normativo del D.p.r. n. 309/1990 e alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza (in particolar modo in materia di coltivazione di piante stupefacenti)⁵.

In tal senso si legge nell'art. 18 del D.l. n. 48/2025 che le modifiche normative sono motivate dalla finalità dichiarata di «evitare che l'assunzione di prodotti costituiti da infiorescenze di canapa (*Cannabis sativa* L.) o contenenti tali infiorescenze possa favorire, attraverso alterazioni dello stato psicofisico del soggetto assuntore, comportamenti che

³ GIP Pordenone, ord. del 08.04.2025, su cui v. la nota di M. C. UBIALI, *Riforma del codice della strada (l. n. 177/2024) e "guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti" punibile a prescindere dallo stato di alterazione psico-fisica del conducente: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2025 e la nota di F. Piccioni, *Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 comma 1 C.d.S.*, in *IUS penale*, 29.04.2025; GIP Siena, ord. del 18.04.2025 e GIP Macerata, ord. del 28.03.2025, su cui v. la nota di M. L. MATTHEUDAKIS, *Guida dopo l'assunzione di stupefacenti. Altre due questioni di legittimità costituzionale sull'art. 187 c.d.s.: quali margini per un'interpretazione conforme in attesa della Corte?*, in *Sist. pen.*, 21 maggio 2025.

⁴ L'espressione "diritto penale del nemico", coniata da Jakobs, designa un paradigma di sicurezza che oppone il "cittadino", titolare delle garanzie proprie dello Stato di diritto, al "nemico", ritenuto estraneo al patto sociale e pertanto sottratto (in tutto o in parte) a tali garanzie (cfr. G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, pp. 51 ss). In questa prospettiva, l'esigenza di sicurezza orienta la selezione dei comportamenti penalmente rilevanti e la costruzione di tipologie di "nemico" anche solo presunto, legittimando un diritto penale proiettato al futuro e alla neutralizzazione del rischio, più che alla riaffermazione retrospettiva della norma violata. Nell'ottica in cui ci si riferisce ad essa, l'elemento centrale è dato dalla preponderanza di caratteristiche personali o morali dell'autore del reato rispetto alla materialità dell'offesa espressa dal comportamento illecito descritto dalla fattispecie penale. Nella sterminata letteratura in argomento, che ha criticato la costruzione teoria di Jakobs (anche se dette tesi, risalenti al lontano 1985, sembrano essersi inverate nella politica criminale di molti Stati europei, in specie nella lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata) si vedano, nella dottrina italiana, M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007; A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. dir. proc.*, 29 maggio 2020. V. pure K. AMBOS, *Feindstrafrecht*, in *ZStR*, 2006, 124, pp. 1-30; T. HÖRNLE, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs 'Feindstrafrecht'*, in T. Vornbaum, *Kritik des Feindstrafrechts. Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen*, Monaco, 2009.

⁵ V. oltre sub nota 53.

espongano a rischio la sicurezza o l'incolumità pubblica ovvero la sicurezza stradale»⁶ (con buona pace degli studi scientifici che attestano il contrario).

Come si cercherà di mostrare nei paragrafi che seguono, l'anticipazione della tutela si accompagna spesso alla costruzione di figure d'autore più che alla valutazione di fatti offensivi, generando modelli punitivi che oscillano tra controllo simbolico e stigma selettivo.

2. Le radici del diritto penale. Tutela del bene giuridico e principio di offensività.

Com'è noto, la funzione generalissima di difesa sociale che il diritto penale è chiamato a svolgere (intesa come prevenzione generale e speciale) si precisa sia nell'individuazione di una specifica funzione politico-criminale di ciascun reato sia nella delimitazione di un'effettiva attitudine offensiva di un bene giuridico del fatto tipico⁷, che si pone come unico modello della teoria del reato compatibile con la Costituzione repubblicana.

In effetti, il diritto penale moderno, nella sua evoluzione post-illuministica, è attraversato da una tensione costante tra esigenze di controllo sociale e garanzie individuali. Il principio di offensività, che impone di circoscrivere l'intervento punitivo alle sole condotte lesive o pericolose per un bene giuridico meritevole di tutela, rappresenta uno degli architravi di questo equilibrio. È in questa prospettiva che il concetto di "bene giuridico" si afferma come filtro sostanziale dell'illiceità penale, orientando la tipizzazione delle condotte e limitando la discrezionalità repressiva del legislatore.

In quest'ottica, la teoria del bene giuridico, in uno con l'elaborazione costituzionale del principio di necessaria offensività, è chiamata a svolgere una funzione critico-garantista⁸ (che si muove dalle forme ai contenuti del precetto penale)⁹: si richiede al legislatore

⁶ In argomento, tra i commentatori che hanno mostrato attenzione a questo profilo, E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *Sist. pen.*, 15 maggio 2025.

⁷ Definito, in modo semplice ed efficace, come l'oggetto giuridico protetto dal reato assunto ad «elemento costitutivo della fattispecie esplicito o implicito», F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 206, distinto tanto dall'oggetto materiale, entità fisica sulla quale la condotta criminosa ricade, quanto dalla *ratio legis*, frutto di una scelta di politica criminale oggettivizzata nella disposizione. Come puntualizza M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, pp. 221 ss. «la tutela è di beni e non di "doveri" perché il reato non si riduce all'antiprecettività di una condotta [...]; la tutela è di beni e non della "morale" perché il reato non è necessariamente un fatto immorale [...]; la tutela è di beni (e valori) perché il diritto penale riguarda i fatti offensivi dei predetti beni (e valori), e non la "pericolosità degli autori"». V. pure L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, pp. 469 ss., il quale ripercorre l'evoluzione della teoria del bene giuridico dalla teoria illuministica caldeggiata da Feuerbach, Bentham e, in Italia, Filangieri e Romagnosi, che lo configurava come un diritto soggettivo naturale della persona, alla sua configurazione come valore etico-culturale della Nazione, nonché più di recente, dello stesso A., v. ID., *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, 2024, spec. pp. 169 ss.; cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 70 ss.; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, pp. 13 ss.

⁸ Sulla polivalenza delle funzioni assunte dal bene giuridico nella storia F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 6.

⁹ Cfr. già M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 750 ss. e, ivi, pp. 786 ss.; ID., *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, vol. II, pt. I, Torino, 2007, p. 101; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim* per la teoria del fatto inoffensivo conforme al tipo, ricondotta al reato impossibile per inidoneità dell'azione di cui all'art. 49, comma II c.p. «istituto che esprime il principio generale dell'effettiva e necessaria lesività del fatto» (ivi, p. 172), nonché F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, ora in ID., *Scritti di diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 542-807 e, ivi, pp. 741-742 e 757. In senso critico F.

l'individuazione di un bene giuridico preesistente alla norma incriminatrice (rinvenibile nell'ordinamento giuridico, non *in rerum natura*), che risulti sempre offeso da una certa classe di comportamenti delimitata dalla fattispecie; bene giuridico la cui offesa possa essere graduata secondo diversi livelli di intensità e che, pertanto, possa porsi come elemento di valutazione teleologica autonoma della disposizione penale (cioè senza entrare in un circuito tautologico che si autogiustifichi sempre). Questa concezione consente, così, di sovrapporre (non sostituire) agli elementi di analisi meramente formali delle fattispecie criminose un approccio di critica sostanziale alla razionalità e alla ragionevolezza delle scelte di incriminazione, sotto il profilo dell'*an*, così come di quello del *quantum* di pena assegnato dal legislatore a una certa classe di comportamenti illeciti¹⁰. L'interprete è, dunque, chiamato a 'tentare' una rilettura delle fattispecie penali garantendone la necessaria offensività¹¹ (innumerevoli sono gli esempi nella giurisprudenza di legittimità)¹²; viceversa spetta alla

STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 14 ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1689 ss. (che nega il rango costituzionale del principio e ammette l'esistenza di reati privi di offesa); F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 444 ss. e, spec., p. 466; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966, p. 142 sul rischio di indeterminatezza della fattispecie e di "invasione di campo" nelle scelte di opportunità legislativa in relazione a costruzioni creative sui profili di offensività. V., in questo dibattito, i fondamentali contributi di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., *passim*; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 140 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e criterio di politica criminale*, in A. M. STILE, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190-1240; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit. (in chiave essenzialmente critica); A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 482 il quale rileva come il principio di offensività «ha il valore di un criterio polivalente di minimizzazione delle proibizioni penali. Ed equivale ad un principio di tendenziale tolleranza della devianza idoneo a ridurre al minimo necessario l'intervento penale e a rafforzarne la legittimità e credibilità». Cfr., in senso più "radicale", A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, *passim*. Sulla prospettiva del diritto penale minimo v. l'analisi critica di G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 101 ss. V. parz. *contra* A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, pp. 11-13.

¹¹ Approccio acquisito, almeno sul piano teorico, dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr. *ex multis* Corte cost., n. 139 del 10.05.2023, per cui «tale principio [...] opera su due piani distinti. Da un lato, cioè, come precetto rivolto al legislatore, diretto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, esprimano un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (offensività "in astratto"); dall'altro, come criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, il quale [...] dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un' apprezzabile potenzialità offensiva». Nella giurisprudenza della Cassazione, del pari, cfr. Cass. pen., sez. un., n. 40354 del 18.07.2013, secondo cui «l'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi» e «i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile, senza scarti di sorta, la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto». Sull'interpretazione conforme a costituzione in generale M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 440 ss. e, particolarmente critico, M. ESPOSITO, «*In penetralibus pontificum erat*»: *brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3010 ss. Cfr. nella dottrina penale G. P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, pp. 1088-1125 e, *ivi*, p. 1114.

¹² Per applicazioni concrete del principio v. Cass. pen., sez. un., n. 12348 del 19.12.2019, dep. 16.04.2020, rv. 278624, in materia di coltivazione di stupefacenti, che esclude la tipicità di «una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva

Corte costituzionale dichiarare l'illegittimità di norme penali insanabilmente in contrasto con questo modello.

Come con vari accenti evidenziato dalla dottrina penalistica, solo la concreta offensività del fatto tipico, sia nella struttura del reato sia nella vicenda concretamente apprezzata dal giudice, può, infatti, giustificare (in chiave propriamente di bilanciamento e comparazione tra "due mali") il sacrificio imposto alla libertà personale del singolo per mezzo della sanzione penale¹³, fornendo una sintesi razionale tra le istanze di difesa sociale dei beni giuridici e le istanze che viceversa consigliano di ridurre allo stretto necessario il ricorso alla pena (intesa come un male necessario).

Questo approccio, inoltre, è consustanziale ad un sistema in cui l'irrogazione della pena (massima latitudine del potere di coercizione statale della libertà personale del singolo e, in sé, pregna di "controindicazioni" dannose per la stessa collettività¹⁴) è orientata altresì al

con la destinazione esclusiva all'uso personale»; Cass. pen., sez. IV, n. 15216 del 13.02.2007, rv. 236168, in materia di avvelenamento di acque o sostanze destinate all'alimentazione, secondo cui «pur dovendosi ritenere che trattasi di reato di pericolo presunto, è tuttavia necessario che un "avvelenamento", di per sé produttivo, come tale, di pericolo per la salute pubblica, vi sia comunque stato; il che richiede che vi sia stata immissione di sostanze inquinanti di qualità ed in quantità tali da determinare il pericolo, scientificamente accertato, di effetti tossico-nocivi per la salute»; Cass. pen., sez. V, n. 52574 del 21.09.2017, rv. 271603, in materia di distribuzione di acque avvelenate o contaminate; Cass. pen., sez. IV, n. 36639 del 19.06.2012, in materia di disastro aviatorio; Cass. pen., sez. IV, n. 46402 del 14.12.2021, in materia di incendio (ridefinito nel senso che «si ha incendio solo quando il fuoco divampi irrefrenabilmente, in vaste proporzioni, con fiamme divoratrici che si propaghino con potenza distruttrice, così da porre in pericolo la incolumità di un numero indeterminato di persone»); Cass. pen., sez. V, n. 4557 del 12.10.2023, dep. 01.02.2024, rv. 285977, in materia di abbandono di persone minori o incapaci («dovendosi escludere la punibilità, in ossequio al principio di offensività, quando le circostanze concrete rivelino che non vi erano ragionevoli possibilità di produzione del danno»). Assai meno "spazi" sono lasciati in materia ambientale v. Cass. pen., sez. III, n. 23091 del 29.04.2022, che ritiene possa rilevarsi un'assenza di offensività in concreto in materia di inottemperanza di prescrizioni dell'autorizzazione ambientale solo quando la condotta non presenti *ex ante* alcuna attitudine a mettere in pericolo l'interesse tutelato; Cass. pen., sez. III, n. 49990 del 18.12.2015 per cui l'accertamento *ex post* di compatibilità paesaggistica dell'abuso edilizio non esclude mai l'offensività.

¹³ V. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 111 ss. e, spec., pp. 116 ss. ove l'A. evidenzia che il principio costituzionale di rispetto della dignità umana vieti «di considerare il fatto come mero indizio sintomatico della personalità o come mero giudizio prognostico della pericolosità del soggetto» (valorizzando il lemma «fatto» di cui all'art. 25, comma 2 Cost. nel senso di fatto offensivo) e chiarisce, inoltre, come dal principio del finalismo rieducativo dell'art. 27, comma 3 Cost. discenda l'illegittimità di reati privi di offesa, in quanto si rivolgerebbero «in una strumentalizzazione dell'uomo ai fini di politica criminale».

¹⁴ Chiarissimo sul punto C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 64 ss., che ricorda come la pena «si caratterizza come intenzionalmente afflittiva: colpisce il condannato (ma inevitabilmente il sacrificio coinvolge persone a lui vicine) senza eliminare o compensare le conseguenze dell'illecito e senza perseguire risultati utili a scadenza immediata (anzi comportando costi elevati per la stessa collettività)».

rispetto dei principi di *extrema ratio* e sussidiarietà¹⁵, nel più ampio programma di costruzione di un diritto penale minimo¹⁶.

Non si tratta, dunque, di una mera astrazione teorica, ma di una clausola di razionalità e proporzionalità del sistema, che riflette le scelte fondamentali di politica criminale in un ordinamento democratico. Il bene giuridico, nella sua funzione di “limite esterno” alla penalizzazione, costituisce anche una garanzia formale contro derive autoritarie o moralistiche della legislazione penale.

Tuttavia, quest’architettura teorica mostra la propria fragilità quando viene chiamata a confrontarsi con ipotesi normative che, più che proteggere beni giuridici effettivamente minacciati, tendono a erigere categorie di pericolo astratto sulla base di precomprensioni etiche, stereotipi sociali o mere esigenze di efficienza repressiva. In tali contesti, il principio di offensività rischia di arretrare a semplice clausola retorica, incapace di arginare derive simboliche o paternalistiche della legislazione penale e di preservare il diritto penale da «indebite sovra-esposizioni politiche».¹⁷

Se in passato la preoccupazione principale della dottrina penalistica era maggiormente rivolta al passato, cioè si poneva in senso critico rispetto a certe cadenze autoritarie del Codice penale del 1930,¹⁸ oggi un programma di “riduzione” e di “umanizzazione” del diritto penale (in chiave di offensività della condotta illecita e di proporzionalità della

¹⁵ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 66 secondo cui «rappresenta una violazione del divieto di eccesso per lo Stato di usare la spada affilata del diritto penale quando altre misure di politica sociale possono tutelare un determinato bene giuridico in modo uguale o addirittura più efficace» e F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 12 che già osservava che «La politica sociale ha un effetto incomparabilmente più profondo e incomparabilmente più sicuro della punizione e di tutte le misure correlate come mezzo di lotta alla criminalità». Cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 450 sui rapporti tra offensività e sussidiarietà e la necessità dell’intervento penale solo «rispetto a quelle schegge di “dannosità” sociale che raggiungano il “picco” del “socialmente intollerabile”» e, da ultimo, C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1147 ss.; A. SERENI, *La teoria generale della legge penale*, cit., p. 19 rammenta altresì che «quanto più è rilevante il valore dell’interesse che si vuole tutelare, tanto più è consentita l’anticipazione della tutela penale, punendo anche reati di mero pericolo»; G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, p. 138, sulla contrapposizione tra le tendenze del diritto vivente con il principio di *extrema ratio*; G. MARRA, *La casualità della vita quotidiana può determinare ciò che deve essere punito? Un programma di ricerca per l’extrema ratio*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2018, 5, pp. 1-24; A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzaizone*, Napoli, 2022, spec. pp. 164 ss. Nella giurisprudenza costituzionale Corte cost., n. 487 del 23.10.1989, per cui «il sistema penale delineato dalla Costituzione tende [...] a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno “importanti” [...] tale tutela [...] è affidata alla discrezionalità vincolata del legislatore. La predetta “scelta” va fatta in funzione d’un unico scopo: l’assicurazione delle condizioni “minime” del vivere democratico»; Corte cost., n. 409 06.07.1989 e Corte cost., n. 364 del 23.03.1988.

¹⁶ A. SERENI, *La teoria generale della legge penale*, cit., p. 11 è fautore del «programma del c.d. diritto penale minimo», ritenuto essere un approccio realisticamente praticabile «rispetto alle posizioni estreme e utopiche dell’abolizionismo penale» e inteso come finalizzato non a eliminare il diritto penale, «ma appunto a limitarne fortemente la presenza e la legittimazione rispetto a un numero di beni selezionatissimi da tutelare, principalmente beni a carattere individuale, e soltanto per modalità di lesione di tali beni particolarmente insidiose e offensive (violenza, minaccia, frode)». L’A., inoltre, mette in guardia dalle contropinte derivanti tanto dal modello del diritto penale del nemico e della “perenne emergenza”, quanto dall’emersione di profili di complessità dell’epoca contemporanea il cui controllo è troppo spesso demandato al diritto penale.

¹⁷ M. NADDEO, *Principio di offensività e chiavi di lettura*, Torino, 2022, p. 9.

risposta sanzionatoria) incontra ostacoli diversi, ma altrettanto insidiosi. Il diritto penale è, infatti, chiamato sempre più a resistere a contrapposte spinte estensive e simboliche nel contesto delle plurime emergenze dell'epoca contemporanea¹⁹ - emergenza terroristica, ambientale o di altro genere - e ai modelli di "governance dei rischi" proposti dal postmoderno.

Questi ultimi, infatti, sempre più invocano la rapida discesa in campo del diritto penale in uno con l'amplificata moltiplicazione e percezione dei "rischi" globali²⁰; e nella perdurante essenza malleabile e cangiante del diritto penale di fronte ai mutamenti della coscienza sociale e degli assetti instabili del sistema politico²¹; tendenze che sul versante legislativo determinano preoccupanti e repentine curvature "in crescendo" del ruolo del giure penale (spesso estranee al dibattito parlamentare e veicolate dalla decretazione d'urgenza)²².

¹⁸ Cfr. T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, pp. 56 ss. con riferimento al «pervasivo e massiccio» processo di pubblicizzazione realizzato con il codice Rocco e alla conseguente «subordinazione funzionale della società civile e delle sue istituzioni, nonché dei rapporti economico-sociali e della stessa persona, alle esigenze superiori dello "Stato etico"»; S. CANESTRARI, *I delitti di omicidio doloso e preterintenzionale*, in S. CANESTRARI, F. CURI ET AL., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023, p. 4, ove si rileva come la razionalità, cui pure dichiaratamente si ispira un Codice penale, non è un concetto «assoluto e cristallizzato, ma rispecchia le direttici etico-sociali che animano una società e, soprattutto, le opzioni ideologiche di un determinato momento storico» e, a tal proposito, il Codice penale italiano «vive "sospeso" tra la matrice nella quale è stato coniato - quella autoritaria del legislatore del 1930 - e l'orizzonte culturale in cui si trova a operare attualmente» e, come si nota in particolare scorrendone la parte speciale, «la maggior parte dei beni giuridici risulta infatti "attratta" nella sfera pubblico-istituzionale».

¹⁹ Sotto diversi punti di vista cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, spec. pp. 29 ss.; L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1, pp. 70 ss.; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, *passim*.

²⁰ Il riferimento è, anzitutto, alla nota teoria sociologica di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte sul Meno, 1986, trad. eng. di M. RITTER, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Londra, 1992, ma anche a Z. BAUMAN, *Postmodernity and its Discontents*, New York, 1997; ID., *Liquid Modernity*, 2000, trad. it. di S. MINUCCI, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011. Per un'analisi in favore di una "euristica della paura" e di un'etica orientata alle generazioni future v. H. JONAS, *Technology as a subject for Ethics*, in *Social Research*, 1982, 891-898; ID., *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Francoforte sul Meno, 1979, trad. it. P. P. PORTINARO, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002. Cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, pp. 7-8, rammenta la natura fisiologica di periodiche "crisi" del sistema penale e degli schemi argomentativi della sua legittimazione, evidenziando, in generale, come «al mutare dei generali contesti politico-culturali di riferimento si accompagna, tendenzialmente, anche un mutamento dei presupposti assiologici della legislazione penale di volta in volta corrispondente» (*leitmotiv* della critica dell'A. ai vari modelli esaminati, tanto quello tedesco di stampo "sociologico", quanto quello costituzionalista italiano, quanto ancora quello anglo-americano fondato sull'*harm-principle* di Stuart Mill, ripreso da Joel Feinberg).

²¹ Il riferimento è a R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, Giessen, 1867, p. 2: «Nell'intero campo del diritto non esiste un concetto che possa, anche lontanamente, paragonarsi a quello di pena in termini di significato storico-culturale [...] il diritto penale è il nodo dove convergono i nervi e le vene più fini e delicate, e dove ogni impressione, ogni sentimento viene sentito e diventa visibile all'esterno, il volto della legge su cui si concentra l'intera individualità delle persone, i loro pensieri e sentimenti, si manifestano la sua mente e la sua passione, la sua moralità e la sua crudezza, in cui insomma si riflette la sua anima: il diritto penale è il popolo stesso, la storia del diritto penale dei popoli è un pezzo della psicologia dell'umanità» (trad. it. dell'autore).

²² Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, p. 13, secondo cui «gli orientamenti punitivisti [...] traggono prevalentemente impulso da spinte emotive e da sentimenti individuali e collettivi di frustrazione,

A ben vedere, la crisi dell'offensività come criterio ordinatore della materia penale riflette, in controtuce, la più ampia tensione tra un diritto penale delle garanzie e un diritto penale dell'ansia, che prende forma nella trasformazione del rischio in colpa, e del sospetto in prova.

3. La funzione strumentale del pericolo astratto, tra esigenze di semplificazione probatoria...

Si ammette generalmente che il legislatore possa anticipare, attraverso diverse tecniche, l'intervento penale a momenti antecedenti a quelli dell'effettiva lesione del bene giuridico tutelato.

Nessun dubbio c'è sul fatto che il legislatore penale possa collocare il momento della rilevanza penale della condotta illecita a quello in cui la stessa abbia cagionato solo un pericolo di lesione del bene giuridico (pericolo che, con un giudizio di prognosi postuma, il giudice dovrà accertare come conseguenza probabile della condotta)²³. Del resto, per i delitti dolosi l'art. 56 c.p. prevede la generalizzata punibilità di condotte di tentativo, sempreché univoche e idonee, incriminando, al fianco di ogni delitto di evento, un suo "doppione" di pericolo concreto.

Si ritiene, in generale, che la categoria del pericolo concreto sia quella che meglio soddisfa le esigenze di razionalità e coerenza interna dell'ordinamento penale, nella misura in cui ancora l'intervento repressivo a un'effettiva probabilità di lesione del bene giuridico protetto; garantisce, seppure con margini fisiologici di incertezza, un apprezzamento empirico dell'offensività della condotta e si presta a fungere da argine contro derive punitive fondate su presunzioni, automatismi o suggestioni di contesto. Il pericolo, quale elemento costitutivo della fattispecie - pur con le difficoltà connesse alla sua natura non fattuale, ma valutativa²⁴ - è oggetto di prova, che sottostà allo *standard* della regola b.a.r.d.

L'anticipazione dell'intervento penale, in altri casi senz'altro più problematici, si realizza altresì colpendo condotte che ledono o anche solo pongono in pericolo beni giuridici di tipo strumentale (ciò che si ritiene legittimo sempre che siano anch'essi muniti di un'autonoma

rabbia e risentimento che si diffondono specie nei momenti di crisi socioeconomica e che vengono appunto alimentati e sfruttati dai movimenti populisti a fini di consenso politico-elettorale: un circolo perverso, questo, che incentiva una demagogia punitiva» e, dello stesso autore, ID., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.

²³ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, pp. 19, 99 ss., 126, 278 ss. (ove analizza l'ipotesi del pericolo concreto come grado di probabilità di realizzazione dell'evento offensivo maggiore/preponderante rispetto all'opposta ipotesi della mancata verifica del danno) e, da ultimo, diffusamente l'opera di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 371 ss. e spec. pp. 400 ss.

²⁴ Cfr. F. MORELLI, *La prova del pericolo quale elemento costitutivo del reato*, in *Leg. pen.*, 2024, 29 ottobre 2024, p. 2 e 4: «Il pericolo [...] è fatto potenziale, inscritto nel dominio del mondo sensibile ed alla sua portata, ma non esplicitosi in concreto, o la cui realizzazione è indifferente all'integrazione della fattispecie punitiva contando solo la sua esistenza nel novero delle possibilità materiali di evoluzione della realtà dischiuse dalla condotta» e, ancora, «non rileva l'esistenza di un fatto, materiale o psichico, ai fini del giudizio sul pericolo, ma la qualità logica di una relazione probabilistica che deve essere a sua volta affermata con una asserzione logicamente solida»

consistenza giuridica²⁵, cioè essenziali e direttamente collegati alla tutela di altri beni giuridici finali).²⁶

Restringendo progressivamente il campo, una (non l'unica²⁷) delle principali sfide che incontra l'affermazione del principio di necessaria offensività resta, però, quella legata ai reati di pericolo astratto o presunto²⁸, i quali, pur nella perdurante e diffusa critica cui sono di volta in volta esposte le singole fattispecie prese in considerazione²⁹, non sono generalmente considerati una tecnica legislativa del tutto preclusa al legislatore.³⁰

Tale meccanismo normativo consolida un modello di incriminazione fondato su categorie chiuse e autoriferite, in cui la lesività non è accertata ma assunta per presunzione assoluta, e

²⁵ Sulla problematica della tutela penale di beni che si sostanziano in funzioni amministrative di governo di certi settori dell'ordinamento giuridico, cfr., in senso critico L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, pp. 69-96 e, ivi, p. 80; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 674, il quale evidenzia che in questi casi la norma penale colpisce condotte meramente strumentali agli scopi e agli obiettivi perseguiti nel contesto della disciplina amministrativa e, conseguentemente, è l'azione amministrativa stessa a definire l'assetto di interessi in ultima istanza penalmente tutelati; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343-345; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, cit., pp. 16 e ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, pp. 92 ss. Parz. *contra* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, vol. I, Milano, 2001, pp. 551-552: «le attività inerenti a funzioni proprie di nuovi organi di governo dell'economia, non meno di quello inerenti alle tradizionali funzioni dello Stato, sono autentici beni giuridici: sono infatti entità offendibili (in quanto possono essere impedito, ostacolate, turbate da parete di comportamenti dell'uomo) e come tali sono capaci di tutela penale, non diversamente dai beni che incarnano entità materiali», dall'altro lato, rileva che di regola non sono reati «senza vittime», ma sono strutturati come reati a tutela di «una vittimizzazione di massa, nel senso che, direttamente o indirettamente, offendono cerchie ampie, e non di rado vastissime, di persone»; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, II ed., Torino, 2020, secondo cui «costruire tutele su beni singoli, rispetto alle nuove situazioni sociali ed economiche, risulterebbe inefficace. Quindi, l'ampliamento della nozione di bene giuridico è finalizzato all'effettività della tutela penale; s'intravede l'idea di non rendere eccessivamente complessa la dimostrazione "processuale"».

²⁶ A. FIORELLA, voce *Reato (dir. pen.)*, cit., *passim*. Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in Aa.Vv., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 69 e ss., secondo cui è ammissibile per il legislatore ricorrere a modelli di tutela anticipati e "strumentali", ma ciò non deve tradursi in una deroga al principio di offensività colpendo condotte del tutto prive anche di questa potenzialità offensiva. V. pure le considerazioni di M. PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. pen.*, 1999, 2, p. 689, che così spiega il modello dell'anticipazione della tutela penale a beni strumentali: «è possibile contrapporsi al nemico già in un territorio più lontano da quello che si vuole salvaguardare veramente: ciò non tanto al fine di mantenere il controllo di quella fascia di terra, in sé non molto importante, ma piuttosto al fine di rendere assai più difficile che, gli assalitori, riescano ad avvicinarsi alle mura così tanto che, a quel punto, una valida difesa non sia più opponibile, o lo sia solo a costo di perdite gravissime»; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 2 e ss. e, ivi, p. 5: «al giudizio sulla possibilità di incriminare un dato comportamento in anticipo rispetto alla lesione di un bene giuridico pensato come punto fisso di riferimento, dovrebbe seguire quello sull'ulteriore eventualità di incriminare lo stesso comportamento in quanto lesivo di altri beni giuridici, che, rispetto alla tutela del primo, si pongono in una posizione anticipata o di "fiancheggiamento"»; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, pp. 284 e ss. secondo la quale: «La società contemporanea ha bisogno di questa anticipazione [...] con riferimento a condotte individuali propedeutiche all'evento di pericolo temuto [...] Il problema è se un diritto penale, nella sua visione attuale migliore, debba provvedere ad uno spettro di protezione più ampio, a forme di tutela anticipata, alla difesa contro "i rischi" che riguardano il futuro». In argomento v. pure C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano,

il giudice si limita a ricondurre il fatto a uno schema preconstituito, senza margini per una valutazione concreta della pericolosità del comportamento (che si collocherebbe fuori dagli elementi costitutivi del fatto tipico, relegata a *ratio* politico-criminale dell'incriminazione).

Le locuzioni astratto o presunto s'intendono qui equivalenti³¹, ponendo la seconda meglio l'accento sul fatto che il giudizio di pericolosità della condotta è stato effettuato una volta per tutte dal legislatore (in via generale ed astratta) ed è posto alle spalle della fattispecie (di regola inespresso) e presunto *iuris et de iure*, così sottraendolo all'accertamento.

Con questa tecnica normativa, infatti, si realizza uno slittamento del pericolo da elemento empiricamente controllabile della fattispecie incriminatrice a parametro formalizzato di legittimazione dell'intervento penale, costruito intorno ad una standardizzazione statistica, che, come rilevato in dottrina, si fonda su assunzioni induttive che «non sono, sempre ed immancabilmente, destinate a riprodursi in concreto» e, quindi, «recano in sé il rischio che, almeno in alcuni casi, ad essere punite siano condotte formalmente riconducibili alla

2004, pp. 267., 298, 416, 515.

²⁷ In generale, cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, p. 12, il quale evidenzia: «non è che il pericolo concreto sia una panacea: se lo si collega a beni-situazioni di interesse collettivo, universali o ideali *etc.*, o a eventi-beni giuridici immensi, di grande magnitudo, il paradigma dell'offensività rischia di diventare ideologia, in quanto tutta la sua gestione si sposta sull'interprete, cioè sulla giurisprudenza, costretta a concretizzare offese indeterminate - data la grandezza dell'evento - e a ricostruire in via ermeneutica offese di pericolo più arretrato, più astratto, per rendere praticabili le incriminazioni».

²⁸ In realtà la distinzione presenta sfumature difficilmente riducibili ad una netta dicotomia. Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 563, che sottolinea «Non basta [...] che la norma incriminatrice non menzioni espressamente il pericolo, o un suo sinonimo, perché se ne possa desumere che ci si trova in presenza di un reato di pericolo astratto. In molti casi, infatti, per vie diverse, l'interprete può, e deve, ricostruire la norma così da limitarne l'ambito applicativo ai soli comportamenti concretamente pericolosi» e, come rileva D. CASTRONUOVO, *La tutela dell'incolumità pubblica. Profili storici, sistematici e critici*, in *Leg. pen.*, n. 1/2024, pp. 113 ss. le criticità dei reati di pericolo astratto «si attenuano, tuttavia, in presenza di fattispecie - denominabili come di pericolo presunto "apparente" - in cui la possibilità di scarto tra pericolo temuto e pericolo reale si riduce in funzione della tipizzazione di elementi caratterizzanti la capacità offensiva. Si parla, con riferimento a questi casi, di "pregnanza semantica" dei concetti impiegati nella formulazione dell'incriminazione». Secondo M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 14 (che sembra distinguere il pericolo presunto dal pericolo astratto) «Il pericolo astratto è ammesso come pericolo astratto-concreto o indiretto, se verificato giudizialmente su una situazione concreta almeno rispetto a taluni profili oggettivi o soggettivi, o di nesso di rischio tra i due», mentre «Il pericolo presunto dovrebbe essere ammesso solo come inerente a situazioni pregnanti [...], che in realtà non sono vere ipotesi di pericolo presunto, ma astratto-concreto, oppure se relativo a violazioni sostanzialmente amministrative (per es. contravvenzioni formali), come tali sanzionate con pene che in prospettiva dovrebbero anche formalmente ricondursi a quel modello».

²⁹ Ma Per una critica del modello del pericolo astratto v. F. BRICOLA, voce *Teoria del reato*, cit., p. 81; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 609; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 293.

³⁰ Vedi in tal senso le considerazioni di G. COCCO, *Il ruolo dell'offesa nelle fattispecie incriminatrici e il diritto vivente*, in *Pen. dir. proc.*, 22 ottobre 2024

³¹ M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1426 per cui si tratta di due punti di vista, uno sostanziale e uno processuale, di uno stesso concetto. Per proposte di differenziazione tra pericolo astratto e presunto v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. II, Milano, 2013, p. 138; D. CASTRONUOVO, *La tutela dell'incolumità pubblica. Profili storici, sistematici e critici*, in *Leg. pen.*, n. 1/2024, pp. 113 ss. e, ivi, p. 133; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, pp. 205 ss. e, già, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 2 ss. e, ivi, p. 4.

fattispecie tipica ma in realtà prive della pericolosità pronosticata in astratto dal legislatore».³²

Le principali ragioni che hanno spinto e spingono il legislatore all'impiego di tali presunzioni normative sono ricollegate sia ad esigenze particolarmente pregnanti di tutela preventiva di fenomeni criminali gravi (rispetto ai quali agire dopo l'avvenuta lesione appare tardivo), sia a particolari difficoltà probatorie³³ che renderebbero impraticabile l'impiego del modello del pericolo concreto.³⁴

Diverso (ma non alternativo) è il caso in cui il legislatore astrae la condotta illecita dalle circostanze del caso concreto per mere ragioni di semplificazione probatoria e di efficientamento punitivo quando tale esigenza non sia connessa ai limiti delle conoscenze tecniche o scientifiche disponibili e non possa neppure trovare un (instabile) fondamento razionale nel principio di precauzione. In questi casi, la stessa giustificazione razionale del ricorso alla tecnica legislativa del pericolo astratto entra in crisi.

Tanto più arretra il perimetro della penale rilevanza rispetto ai beni giuridici finali, quanto più si spinge indietro l'ascrizione di responsabilità penali dal danno al pericolo, dal pericolo al rischio³⁵, dal rischio attuale a quello potenziale o ipotetico, tanto meno le esigenze

³² M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 43 ss. e, ivi, p. 49.

³³ Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 697, per cui «L'ipotesi di pericolo presunto, occorre d'altro canto osservare, costituisce una soluzione politico-legislativa diretta a superare, od aggirare un problema probatorio. Il confine ultimo di una siffatta soluzione, se ad essa non è dato rinunciare, è o dovrebbe essere tuttavia segnato da una linea logicamente e giuridicamente invalicabile, sebbene non facile a tracciarsi: quella che separa la presunzione, in particolare in quanto assoluta, dalla finzione con la quale altra si passa dall'ambito dell'idoneità seppure in astratto della supposta causa a quello della sua inidoneità anche in astratto a produrre il mancato effetto (danno). Le regole generali del sistema, con le quali l'ipotesi di pericolo presunto comunque confligge, sollecitano ad ogni buon conto l'interprete non solo a contenere la presunzione nei suoi effettivi confini, ma ancor prima a sondarne la presenza».

³⁴ Così, ad esempio, in materia ambientale il D.lgs. n. 152/2006 prevede una serie di illeciti contravvenzionali (alcuni soggetti all'estinzione mediante ottemperanza a prescrizione tecnica asseverata) che si frappongono, in una logica progressiva, alle ben più gravi fattispecie delittuose codicistiche di inquinamento e disastro ambientale. Tali reati (salvo quando si risolvano nella mera violazione di prescrizioni contenute in titoli abilitativi), sono volti a punire condotte di emissione superiore a certi limiti-soglia di sostanze inquinanti in atmosfera, nel suolo, negli scarichi recapitanti nelle pubbliche fognature o in corpi idrici superficiali; queste condotte individualmente considerate non sono di per sé idonee a cagionare alcun pericolo effettivo di compromissione delle matrici ambientali, ma sommandosi le une con le altre in modo ripetuto nel tempo possono farlo e si pongono quindi chiare esigenze preventive cui il legislatore risponde fissando, per l'appunto in via astratta, il limite del pericolo tollerabile. Non dissimile è l'approccio in ulteriori sottosistemi normativi volti ad apprestare modelli precauzionali di 'governo' dei rischi d'impresa, come la materia della salute e sicurezza sul lavoro, quella della sicurezza alimentare, quella dell'antiriciclaggio, in cui pure sono posti illeciti amministrativi e contravvenzionali volti a rafforzare la 'cogenza' di vigorosi apparati normativi con finalità preventiva e che si pongono in rapporto di strumentalità rispetto a fattispecie delittuose codicistiche. Ma vedi pure il D.lgs. 8 luglio 2023, n. 224 in materia di organismi geneticamente modificati (c.d. OGM) in chiave fortemente precauzionale.

³⁵ Rischio e pericolo, si rammenta, non costituiscono sinonimi, pur se entrambi sono espressioni di una relazione ipotetica (di potenzialità statistica) tra un comportamento e un evento dannoso: esiste tra essi una differenziazione quantomeno di tipo quantitativo. Mentre di rischio si parla anche in presenza di una mera possibilità generica di verificazione di un evento dannoso, anche incerta per la incertezze delle conoscenze tecniche o scientifiche intorno a un certo fenomeno naturale o a una certa tecnologia, con pericolo, almeno nell'accezione giuridica della nozione, si intende un rapporto di probabilità specificamente instaurato e

di effettività della vigilanza pubblica e le esigenze di efficienza sanzionatoria possono giustificare presunzioni sottratte all'accertamento giudiziario.

In questi casi, non si tratta, infatti, di porre a carico del singolo la scelta di agire in violazione dei modelli di *governance* dei rischi prescritti dal legislatore ovvero di porre a carico dello stesso, in via per l'appunto anticipata, un certo grado di incertezza epistemica (in modo "precauzionale").

Si tratta, piuttosto, di una vera e propria rinuncia all'accertamento dei fatti che, in ultima battuta, è motivata da esigenze di risparmio di spesa (i costi, cioè, necessari per garantire alle autorità di vigilanza e alla polizia giudiziaria il personale, i mezzi e le risorse per la raccolta di detti elementi probatori esclusi, per semplicità, dalla fattispecie) ovvero da ragioni di 'efficienza' repressiva oppure, in alcuni casi, dalla necessità di fornire risposte apparenti alle ansie securitarie magnificate dalla martellante narrazione mediatica dell'insicurezza. La tenuta del sistema penale, dunque, si gioca anche sulla capacità di resistere a queste scorciatoie, nelle quali la semplificazione probatoria, se non temperata dal rigore selettivo della tipicità offensiva, si trasforma in uno strumento di controllo disancorato dai fatti.

4. ...e il rischio di un uso simbolico del diritto penale.

In definitiva, il pericolo astratto, pur vantando una lunga tradizione normativa e una funzione utile nei contesti in cui l'esperienza comune consente di attribuire una carica lesiva intrinseca a determinate condotte, rischia però di tradursi, specie nei suoi sviluppi più recenti, in una forma di tutela "simbolica" dei beni giuridici, svincolata da un'effettiva idoneità lesiva dell'azione³⁶. La sua giustificazione non può allora risiedere in una fiducia acritica nell'intuizione legislativa, ma deve trovare fondamento in un'attenta valutazione circa la ragionevolezza della previsione normativa, la ponderazione tra valore protetto e sacrificio imposto all'individuo, nonché la congruità tra il modello astratto e i casi empirici cui si applica, onde evitare che la presunzione di pericolosità della condotta si trasformi in una zona grigia nella quale il diritto penale abdica alla propria funzione di punire fatti offensivi, per inseguire esigenze contingenti o mere impressioni di dannosità.

In particolare, resta fondamentale, per salvaguardare il principio di offensività, evitare che le figure di reato ancorate a pericoli astratti si trasformino nel viatico di giudizi moraleggianti sulla persona dell'autore-tipo, incapaci di selezionare le condotte penalmente rilevanti.

Solo un approccio fondato su una offensività controllabile, legata a elementi di realtà intersoggettivamente verificabili, può assicurare al diritto penale la funzione di presidio della convivenza sociale, senza scivolare verso forme di controllo sociale diffuso e anticipato, né

misurabile tra un comportamento e un evento dannoso, che dovrebbe esprimersi in termini di probabilità (o, secondo alcuni, di preponderanza della probabilità rispetto alla non verifica).

³⁶ Cfr. in dottrina P. TRONCONE, *Fictio legis e Fictio juris. Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, pp. 1-37; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, pp. 190 ss. Nella dottrina d'oltralpe v. W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *FS für C. Roxin*, Monaco, 2001, pp. 1001-1020, spec. pp. 1015 ss.; F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Straftheorien. Einige kritische Anmerkungen*, in *FS für U. Neumann*, Heidelberg, 2017, pp. 689-700, spec. pp. 696 ss.

cedere al fascino della repressione pervasiva che maschera l'insicurezza con l'iperattività normativa.

In questa direzione, la differenziazione tra pericolo concreto e astratto non può esaurirsi in una tassonomia dottrinale, ma deve farsi criterio di giudizio critico dell'opportunità politico-criminale di determinate incriminazioni. Una teoria dei reati di pericolo coerente con i principi costituzionali e con la razionalità del sistema penale richiede, pertanto, che ogni tipizzazione anticipata della lesione sia sottoposta a uno scrutinio di necessità, proporzionalità e adeguatezza, pena la sua devoluzione a strumento di simbolizzazione autoritaria del diritto.

5. Il pericolo astratto al vaglio della Corte costituzionale e i limiti della presunzione di pericolo

La Corte costituzionale ritiene legittime le tecniche legislative di anticipazione dell'intervento penale e ammette, in particolare, anche il ricorso al modello del reato di pericolo astratto o presunto. Si riserva, tuttavia, per giurisprudenza costante, la possibilità di valutare il carattere razionale e non arbitrario di tali scelte di incriminazione e di valutare, in particolare, se i reati di pericolo astratto rispondano ad una presunzione ragionevole fondata sull'*id quod plerumque accidit*.³⁷

³⁷ Nella giurisprudenza costituzionale v. da ultimo Corte cost., n. 139 del 10.05.2023 per cui «rientra nella discrezionalità del legislatore optare per forme di tutela anticipata, le quali colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, nonché, correlativamente, individuare la soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva: prospettiva nella quale non è precluso, in linea di principio, il ricorso al modello del reato di pericolo presunto. Compete, nondimeno, a questa Corte verificare - tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità - se le soluzioni adottate siano rispettose del principio di offensività "in astratto", acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo: esigenza che, nell'ipotesi del reato di pericolo - e, segnatamente, di pericolo presunto - presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*». Cfr. in senso conforme, *ex multis*, Corte cost., n. 211 del 19.09.2022, su cui v. M. DONINI, *Misure di prevenzione e guida senza patente: apparente offensività oggettiva del reato e diritto penale d'autore nella sentenza C. cost. 211 del 2022*, in *Giur. cost.*, 2022, 6, pp. 3011 ss. e N. D'ANZA, *La Corte costituzionale torna ad occuparsi della guida senza patente da parte di persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, nella ricerca di un delicato equilibrio tra garanzia del principio di offensività e rispetto della discrezionalità del legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, pp. 1709 ss.; Corte cost., n. 265 del 23.06.2005, Corte cost. n. 263 del 11.07.2000; Corte cost. n. 360 del 13.07.1995; Corte cost., n. 133 del 16.03.1992; Corte cost., n. 333 del 10.07.1991. V. parz. *contra* C. cost., n. 62 del 26.03.1986, secondo cui «le opzioni legislative, in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche, devono tener conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso l'incriminazione delle fattispecie stesse ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale in cui si realizzano. Necessità di prevenzione generale (evitare recidive e contagio criminoso) e di riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati convergono, insieme alle ragioni innanzi indicate, a motivare le opzioni legislative nella determinazione delle ipotesi criminose tipiche. Né esistono strutture ontologiche delle condotte criminose tali da vincolare il legislatore a valutarle allo stesso modo; quand'anche si fosse d'accordo sull'esistenza di strutture ontologiche dei comportamenti criminosi, rimarrebbe pur sempre salva la libertà del legislatore di valutare giuridicamente le medesime in maniera coerente alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici ed alle svariate conseguenze, dannose o pericolose, dirette od indirette, che, nei tempi e nei luoghi nei quali i comportamenti criminosi si realizzano, questi ultimi sono idonei a produrre. Ed è quasi superfluo aggiungere che anche le opzioni legislative in tema di qualità e quantità delle sanzioni penali sono motivate dalle ragioni innanzi indicate».

Tuttavia, tali criteri assumono nella prassi un contenuto elastico, che consente di legittimare presunzioni assolute anche in assenza di solide basi empiriche o scientifiche, purché sorrette da finalità genericamente precauzionali. Così, la verifica di ragionevolezza tende a ridursi a un giudizio di non manifesta irragionevolezza, svuotando progressivamente di contenuto la funzione selettiva del principio di offensività.

A ben considerare, si potrebbe, in generale, anche obiettare che il ricorso al modello del pericolo astratto, anche quando è rispondente ad una valida generalizzazione di leggi scientifiche o di esperienza che confermano come ragionevole la presunzione legale che in un significativo novero di casi dalla condotta incriminata deriverà il pericolo di offesa al bene giuridico, poggia su basi alquanto precarie.

Ammettere, infatti, tale insuperabile presunzione di pericolosità della condotta, significa altresì ammettere che vi saranno casi nei quali quel pericolo non si verificherà e che, per ragioni di prevenzione generale, si possa giungere a incriminare condotte che, per quanto statisticamente fuori dalla normale sequenza causale dei fenomeni, non abbiano determinato alcun pericolo, magari per l'intervento di circostanze peculiari e specifiche idonee ad escludere la probabilità o anche solo la possibilità di causazione dell'evento dannoso.

Rispetto a questo cortocircuito, che si manifesta non appena ci si sposti dal piano dallo studio generale dei fenomeni criminali alla prova del fuoco del giudizio individuale nei confronti del singolo (e all'usbergo delle garanzie costituzionali di cui è portatore), si propone quale unico possibile rimedio quello della relativizzazione della presunzione legislativa di pericolo, cioè ammettere la prova contraria dell'imputato rispetto alla presunzione di sussistenza del pericolo formulata dal legislatore.³⁸

Ma anche intendere la presunzione di pericolosità come relativa, appare invero insoddisfacente; in particolare se intesa la relatività al modo del diritto civile, con conseguente onere della prova invertito e addossato all'imputato (magari in un contesto

³⁸ Tra i sostenitori della tesi della relativizzazione della presunzione di pericolo cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., p. 1419 ss. e ID., *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 43 ss. Secondo l'Autore «l'impostazione del problema non riguarderebbe più tanto la legittimazione del ricorso al modello del pericolo astratto/presunto, bensì quello di individuare strumenti ed accorgimenti che, una volta introdotta un'incriminazione basata su di una [...] presunta attitudine lesiva, impediscano tuttavia al giudice di punire fatti apparentemente tipici ma sostanzialmente inoffensivi; obiettivo che [...] richiede anche la disponibilità di strumenti 'di garanzia' esperibili in sede processuale ed affidati all'interprete» (ivi, pp. 49-50). Conclude l'Autore nel senso che «la strada a tal fine concretamente e attualmente percorribile non può che essere quella della "rivalutazione" di un'idea (quella della c.d. "presunzione relativa"), già avanzata in passato da autorevoli settori della dottrina sia italiana che tedesca, e forse un po' frettolosamente accantonata». Sull'idea della presunzione relativa v. pure E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, p. 40; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 697; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, pp. 344 ss. e M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminale*, cit., pp. 399 ss. e, spec., pp. 414 ss., anche per una panoramica delle tesi sostenute in dottrina. Cfr. pure le considerazioni, di ordine più generale, di F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. pen.*, n. 5/2019, p. 13, secondo cui «il nostro sistema rifugge tendenzialmente da modelli di accertamento presuntivi e dal conseguente automatismo applicativo delle disposizioni che li contengano, a meno che non siano empiricamente fondati, sostenuti da ragionevoli esigenze preventive e sempre relativi, aperti cioè alla possibilità di essere contraddetti da chi ne abbia interesse: anche di fronte ad una presunzione ragionevole, infatti, deve essere sempre lasciata aperta la possibilità di una prova contraria».

tipico di incertezza epistemica che sta alla base della stessa scelta del modello del reato di pericolo astratto da parte del legislatore).³⁹

La relativizzazione della presunzione di pericolo, infatti, costituisce una soluzione processuale ad un problema di natura sostanziale. Infatti, delle due l'una: o il pericolo, in una certa misura, costituisce elemento costitutivo implicito del reato anche nei reati di pericolo astratto e, quindi, il giudice è chiamato ad accertarne la sussistenza oltre ogni ragionevole dubbio, secondo i principi del giusto processo di tipo accusatorio, incentrato sulla presunzione di non colpevolezza dell'imputato; oppure, se viceversa si ritiene che elemento costitutivo della fattispecie non lo sia, esso si colloca fuori da *thema decidendum*, al più concepito come *ratio* della tutela penale.

Si ritiene, in merito, che la logica dell'onere della prova non appaia pertinente: non spetterà all'imputato dimostrare l'eccezionale insussistenza di un pericolo per il bene giuridico protetto a fronte di una ragionevole valutazione astratta compiuta dal legislatore (trasformando il diritto di difendersi provando in un onere dal cui assolvimento dipende la punibilità), bensì spetterà al giudice rilevare l'esistenza di fattori eccezionali che escludano la possibilità del pericolo, intesa questa possibilità del pericolo, come requisito immanente della fattispecie. In quest'ottica la distinzione astratto-concreto dovrebbe intendersi come una distinzione quantitativa, in cui il giudice non è esonerato, in caso di pericolo astratto, dall'accertare la sussistenza della potenziale produzione di conseguenze dannose ulteriori e "altre" rispetto alla condotta in sé, bensì solo di fornirne una certa graduazione o misura di questa probabilità⁴⁰.

5.2. Il cortocircuito tra pericolo astratto e identità dell'imputato. Il pericolo presunto come viatico del diritto penale d'autore.

Scorrendo la giurisprudenza costituzionale emerge una duplice tendenza del Giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una pluralità di fattispecie di reato che prevedevano tra i propri elementi essenziali degli *status* personali o comunque delle

³⁹ F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, p. 205, secondo cui «la tesi della presunzione relativa non appare condivisibile da un lato perché è costretta ad inventare un criterio, come quello della presunzione superabile in sede processuale, che non ha nessun apprezzabile fondamento, né testuale né sistematico, e dall'altro perché tale invenzione sposta sul piano della prova, in modo del tutto arbitrario, un problema relativo alla tipicità del fatto lesivo, che va risolto in sede di interpretazione della norma: è evidente, infatti, che prima si stabilisce che cosa è da ritenersi generalmente pericoloso, e solo dopo si verifica se il caso concreto rientra, oppure no, nella categoria così determinata». Viceversa, correttamente rileva l'A. «la tesi in esame realizza un'inversione dell'onere probatorio che fa gravare sull'imputato un compito che deve essere svolto esclusivamente dall'accusa».

⁴⁰ In senso parzialmente conforme cfr. F. MORELLI, *La prova del pericolo quale elemento costitutivo del reato*, cit., pp. 10-11, secondo cui «Anche nell'accertamento del pericolo astratto si può circoscrivere l'ambito dell'accertamento giudiziale. Il giudice è certamente sollevato dalla prova della probabilità di innesco della catena causale condotta-evento, poiché qui il legislatore ha valutato una tantum che essa sussista al verificarsi della azione (o omissione). E tuttavia, la prova della condotta o dello stato di fatto cui essa accede deve comprendere necessariamente gli elementi che fanno affacciare quel pericolo potenziale, nonostante esso non debba essere "misurato" [...] Più precisamente, la struttura della fattispecie penale impedisce al giudice di negare ingresso a tutti quegli elementi conoscitivi che possano supportare o smentire, in sintesi, la potenziale carica espansiva del pericolo manifestato dalla condotta».

circostanze di fatto riconducibili alla persona dell'agente e indipendenti dalla condotta. Si trattava di presupposti soggettivi che non erano effettivamente correlati alla condotta illecita e non erano, dunque, idonei a qualificarla in termini di particolare insidiosità o maggiore offensività rispetto alla medesima condotta (non punibile) realizzata dal soggetto privo delle caratteristiche soggettive considerate, ma che, ciononostante, erano idonee a tracciare la linea di demarcazione tra un comportamento punito e un comportamento penalmente irrilevante: detto altrimenti, la Corte ritiene illegittima la costruzione delle fattispecie secondo un tipo normativo d'autore (e quindi di un diritto penale a base soggettivistica) anziché un tipo d'offesa (in senso oggettivo).

In questo modo, infatti, l'incriminazione non fotografa un rischio effettivo per il bene giuridico, ma si fonda su un giudizio *ex ante*, che valorizza un profilo soggettivo stigmatizzato, trasformando la tipicità in un dispositivo selettivo e 'disciplinante'. La fattispecie penale, più che descrivere un comportamento, finisce così per definire un'identità da sorvegliare e neutralizzare. Tale dinamica apre scenari problematici, poiché introduce un'asimmetria probatoria non più fondata sull'offensività della condotta, ma sulla presunzione sociale di pericolosità del soggetto.

La Corte ha così recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73 del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice delle leggi antimafia) «nella parte in cui prevede come reato la condotta di colui che - sottoposto a misura di prevenzione personale con provvedimento definitivo, ma senza che per tale ragione gli sia stata revocata la patente di guida - si ponga alla guida di un veicolo dopo che il titolo abilitativo gli sia stato revocato o sospeso a causa di precedenti violazioni di disposizioni del codice della strada»⁴¹.

Determinante a tal fine è stata la considerazione che «la qualità di prevenuto, non connessa alla sospensione o revoca della patente, [...] comporta la qualificazione della condotta come reato, piuttosto che come illecito amministrativo; qualità, in realtà, neutra rispetto all'illecito», censurando, dunque, che la persistente rilevanza penale, in ragione della sola qualità di prevenuto, «configura una inammissibile responsabilità penale cosiddetta d'autore».

In senso analogo è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p., recante la c.d. aggravante della clandestinità, rilevando che «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato"», perché così si introdurrebbe «una responsabilità penale d'autore "in aperta violazione del principio di offensività"» e, in particolare, stigmatizzando la «presunzione generale ed assoluta di maggior pericolosità dell'immigrato irregolare»⁴².

⁴¹ Corte cost. n. 116 del 05.06.2024

⁴² Corte cost. n. 249 del 05.07.2010. Si segnala, invero, che parallelamente a tale pronuncia la Corte è giunta ad un'opposta conclusione in relazione al reato di clandestinità di cui all'art. 10-bis del d.lgs. n. 286/1998, che punisce «lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico», concludendo che «Oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti» e rilevando, sotto il profilo del bene giuridico protetto, che «L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di

Un ulteriore esempio di tale impostazione è riscontrabile nella decisione relativa al reato di ubriachezza di cui all'art. 688, comma 2 c.p., in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'incriminazione considerato che «avere riportato una precedente condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto-reato, rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale» e che «divenuta elemento costitutivo del reato di ubriachezza, la precedente condanna assume le fattezze di un marchio, che nulla il condannato potrebbe fare per cancellare e che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe un illecito penale. Il fatto, poi, che il precedente penale che qui viene in rilievo sia privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza rende chiaro che la norma incriminatrice, al di là dell'intento del legislatore, finisce col punire non tanto l'ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrere nella contravvenzione di cui all'art. 688 del Codice penale. Una contravvenzione che assumerebbe, quindi, i tratti di una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite posto sotto il presidio di questa Corte»⁴³.

5.3. Clausole di salvaguardia o alibi interpretativi? La parabola dell'offensività in concreto

Nella giurisprudenza costituzionale si osserva anche una seconda tendenza: la Corte ha più volte ribadito il dovere del giudice ordinario di rilevare i casi di assenza, in concreto, di ogni ragionevole possibilità di danno anche nei reati di pericolo presunto, come ulteriore condizione della legittimità costituzionale del pericolo presunto, rimessa alla 'responsabilità' del diritto vivente.

immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale - specie contravvenzionale - accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse» (Corte cost. n. 250 del 05.07.2010)

⁴³ Corte cost. n. 354 del 10.07.2002. Una pluralità di pronunce, infine, hanno variamente valorizzato i presupposti di tipo soggettivo del reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli: Corte. cost. n. 14 del 02.02.1971, ha dichiarato l'incostituzionalità della fattispecie limitatamente alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta; una serie di successive pronunce hanno, invece, ritenuto conforme al principio di offensività la residua ipotesi che fa leva sulla condizione di condannato per delitti determinati da motivi di lucro o contravvenzioni per la prevenzione di delitti contro il patrimonio (Corte cost. n. 370 del 02.11.1996; Corte cost. n. 265 del 23.06.2005; Corte cost. n. 225 del 11.06.2008). Si è osservato in tali pronunce, in particolare, che «la particolare configurazione della contravvenzione in esame lascia aperta la possibilità che si verificano casi in cui alla conformità del fatto al modello legale non corrisponde l'effettiva messa in pericolo dell'interesse tutelato». Ciononostante, la questione di legittimità è stata ritenuta infondata, sulla base di un'interpretazione assiologica che richiede «uno scrutinio particolarmente rigoroso circa la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto, verificando la specifica attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o forzare serrature [...] e valutando - soprattutto quando gli strumenti di cui l'imputato è colto in possesso non denotino di per sé tale univoca destinazione - le circostanze e le modalità di tempo e di luogo che accompagnano la condotta, dalle quali desumere l'attualità e la concretezza del pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio» (Così Corte cost. n. 265 del 23.06.2005 e, in senso sostanzialmente analogo, Corte cost. n. 225 del 11.06.2008).

Proprio facendo leva su tale profilo, la Corte è più volte giunta a rigettare questioni di legittimità aventi ad oggetto fattispecie di pericolo presunto, pur se di per sé presentavano una formulazione apparentemente in contrasto con il principio di offensività e fossero strutturate come reati di mera violazione al comando. In alcuni di questi casi la Corte ha altresì “indicato la via” di una possibile reinterpretazione della singola fattispecie (c.d. sentenze interpretative di rigetto), in altri si è limitata a ribadire il principio generale, in un certo qual modo propugnando e rimarcando una “divisione del lavoro” tra i giudici costituzionali e quelli ordinari, sui quali si sposta la ‘competenza’ di un’interpretazione assiologica volta, in un certo modo, a mitigare l’assolutezza della presunzione di pericolo dietro la categoria di reati di pericolo astratto⁴⁴.

Così in riferimento all’aggravante della violenza sulle cose nel furto⁴⁵; al reato di porto di armi improprie di cui all’art. 4, comma 2 della L. n. 110/1975, precisando che «nei reati di pericolo presunto, il giudice deve escludere la punibilità di fatti pure corrispondenti alla formulazione della norma incriminatrice, quando alla luce delle circostanze concrete manchi ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno. In questa prospettiva, il principio di offensività “in concreto” può - e deve - operare anche in rapporto alla figura criminosa considerata»⁴⁶; ai reati legati alla prostituzione, anche se esercitata in forma libera e volontaria⁴⁷.

A ben considerare, però, già nella formulazione concettuale ripetutamente fatta propria dalla Corte il principio lascia perplessi sotto molteplici profili.

Il modello del pericolo presunto non ne risulta, infatti, più di tanto scalfito, almeno sintanto che si tratta della mera possibilità - rimessa soprattutto alla sensibilità del giudice del merito più che della giurisprudenza di legittimità - che in casi eccezionali e residuali il giudice possa disattendere la presunzione di pericolosità formulata una volta per tutte dal legislatore.

L’ermeneutica costituzionale si è, insomma, limitata a ribadire un dovere in capo all’interprete, senza fornire criteri determinati o meccanismi applicativi effettivi. Ne risulta un principio affermato in diritto, ma raramente esercitabile in fatto, soprattutto quando la norma incriminatrice è costruita su presupposti normativi assoluti e svincolati da ogni riferimento empirico.

Se poi dalla formulazione concettuale ci si sposta agli orientamenti interpretativi nella giurisdizione ordinaria, l’impressione è che lo spazio applicativo di tale approccio sia del

⁴⁴ Oltre alle pronunce relative alla fattispecie di cui all’art. 707 c.p., già menzionate, la Corte ha rigettato la questione di legittimità dell’art. 633 c.p., nella parte in cui colpisce condotte di occupazione abusiva di immobili abbandonati realizzata esclusivamente per esigenze abitative, precisando che «La qualificazione come illecito penale della condotta evoca modalità esecutive in concreto lesive del bene giuridico, restandosi altrimenti al di fuori dell’area descritta dal fatto normativamente tipizzato» e ribadendo la necessità di una «verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, eviti di ricondurre a quest’ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva» (Corte cost. n. 28 del 06.02.2024)

⁴⁵ Corte cost. n. 207 del 08.11.2023

⁴⁶ Corte cost. n. 139 del 10.05.2023

⁴⁷ Corte cost. n. 278 del 06.11.2019 e Corte cost. n. 141 del 06.03.2019, che precisa «il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva»

tutto residuale e minimo e che il pericolo presunto non si risolva, ciononostante, né in uno spostamento dell'onere della prova dell'assenza di pericolo in capo al reo (comunque criticabile e in contrasto con i principi del giusto processo interni e convenzionali), né in una verifica di effettiva sussistenza del pericolo nel caso concreto o di validità nel singolo caso della generalizzazione presuntiva posta dal legislatore.

L'esperienza giurisprudenziale dimostra, del resto, che il giudice si trova spesso nella condizione di dover "forzare" la lettera della legge per adeguarla ai parametri costituzionali, in assenza di un'autentica apertura semantica della disposizione. Ciò finisce per produrre una tensione irrisolta tra legalità e giustizia costituzionale, che mina la prevedibilità dell'intervento punitivo e ne compromette la legittimazione sistemica.

Tale orientamento, insomma, già sotto il profilo della sua astratta costruzione e ancor di più alla "prova del fuoco" dell'esperienza processuale, lascia intonso il rischio che la presunzione legislativa, anche quando razionale e ragionevole, colpisca ingiustamente condotte che non abbiano in concreto cagionato alcun pericolo e, in questo senso, il pericolo presunto, oltre che astratto, è in sostanza un pericolo che nel singolo caso si presenta come ipotetico o, esprimendosi meglio, meramente eventuale.

6. La figura giuridica dell'assuntore di stupefacenti nel prisma della repressione

Uno sguardo più da vicino, sia per l'indiretta rilevanza con la fattispecie che questo saggio vuole in conclusione prendere in esame, sia per la vivacità dell'evoluzione giurisprudenziale, proprio con riferimento ai profili dell'offensività, merita la disciplina sanzionatoria in materia di sostanze stupefacenti.

L'attuale assetto normativo contenuto nel D.p.R. n. 309/1990 (frutto anche di una serie di novelle legislative) si articola in sanzioni penali volte a colpire condotte legate al narcotraffico e allo spaccio di sostanze stupefacenti (art. 73 e 74) e in sanzioni amministrative volte a sanzionare condotte legate alla detenzione di sostanze stupefacenti per finalità di uso personale (art. 75).

La norma penale, dunque, non colpisce la persona dell'assuntore di sostanze stupefacenti, neppure se assuntore abituale o tossicodipendente, in linea peraltro ad una strategia di politica-criminale risalente già alla previgente L. n. 685/1975 (con cui vennero abrogati gli artt. 446 e 447 c.p.), che all'art. 80 ne prevedeva semplicemente la non punibilità.⁴⁸

L'incriminazione colpisce, dunque, condotte che, in varia misura, si inseriscono, alimentandolo, nel mercato illegale della droga, cagionando un pericolo per il bene giuridico della salute pubblica.⁴⁹

⁴⁸ V. in tal senso la ricostruzione fornita da Corte cost. 19.03.2016, che rileva, nell'analisi di tale modello, si possa «scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo». V. pure in dottrina G.DE FRANCESCO, *Il controllo penale degli stupefacenti negli sviluppi della modernità. Un'introduzione*, in G. MORGANTE (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015, pp. 1 ss.

⁴⁹ Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. un., n. 9973 del 21.09.1998, rv. 211073 che ha chiarito che le norme incriminatrici in parola sono volte a «combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché il

A ben riflettere, l'assuntore di sostanze stupefacenti e, ancor di più, la persona del consumatore, appaiono sulla scena come ultimo anello di una catena di produzione e commercio di sostanze gravemente dannose, prima di tutto, per la propria salute e la propria integrità psico-fisica, ed è, piuttosto, in senso lato, persona offesa della condotta illecita.⁵⁰

L'attuale assetto normativo, con l'art. 75, prevede, comunque, un illecito amministrativo per l'acquirente della sostanza stupefacente, cui si collegano una pluralità di sanzioni, tra cui la revoca della patente di guida⁵¹. Le linee di fondo più sopra individuate si intravedono, però, tra le pieghe della medesima disposizione, che, da un lato, sanziona chi detiene droghe con la sola finalità di assumerle; dall'altro, stimola l'autore dell'illecito amministrativo ad intraprendere percorsi terapeutici di disintossicazione in cambio dell'esonero dalle sanzioni amministrative (art. 75, commi 2 e 11).

Non solo: anche alla sanzione penale si accompagna una serie di previsioni volte a definire un trattamento sanzionatorio differenziato per il tossicodipendente, con finalità terapeutiche e di cura.⁵²

Si assiste, in questo quadro, a una ibridazione degli strumenti di repressione, che non distingue chiaramente tra esigenze di tutela della salute pubblica e logiche securitarie. L'assuntore di sostanze si configura come un soggetto deviante da rieducare o neutralizzare, anche in assenza di condotte concretamente lesive, attraverso un apparato sanzionatorio che oscilla tra paternalismo terapeutico e stigmatizzazione penale.

Sullo sfondo di questa articolata disciplina legale, pur intravedendosi marcati tratti di un approccio paternalistico, la persona del tossicodipendente, attuale o potenziale, compare ancora, però, come vittima e non come carnefice, e la sanzione penale appare più propriamente diretta a comportamenti che sulla sua persona e, in certo modo, a causa della sua vulnerabilità, su lui stesso prima di tutto sono destinati a produrre effetti dannosi.

Proprio sulla scorta di tale fondamentale dicotomia tra la figura dello spacciatore e quella del tossicofilo o tossicodipendente, la Corte di Cassazione è giunta in via interpretativa a ricondurre a razionalità l'impianto normativo che non contemplava la coltivazione finalizzata all'autoconsumo tra le ipotesi dell'illecito amministrativo.⁵³

normale sviluppo delle giovani generazioni» e conforme Cass. pen., sez. VI, n. 6864 del 13.05.1999, rv. 214204.

⁵⁰ Il meccanismo non è dissimile da altri settori d'intervento del diritto penale in cui le istanze di protezione della vittima, presunta vulnerabile, si manifestano in una sua limitazione della libertà e dell'autoresponsabilità delle sue scelte. In dottrina *funditus* v. A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale. Cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss.; A. MANNA, *Ancora sul diritto a morire*, in *Discrimen*, 26 gennaio 2023; A. SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia. La valenza post ideologica dell'autoresponsabilità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 1-2, 205-251; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, 6, pp. 227-237.

⁵¹ Sulla natura di tali sanzioni v. Corte cost., n. 148 del 25.05.2022.

⁵² V., in par., art. 94 del D.p.r. n. 309/1990 e *funditus* S. ARDITA, *La costruzione di alternative al carcere e di un carcere alternativo per i tossicodipendenti*, in S. ARDITA (a cura di), *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, Milano, 2005, pp. 203 ss.

⁵³ Cass. pen., sez. un., n. 12348 del 19.12.2019, dep. 16.04.2020, rv. 278624, esclude la tipicità di «una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all'uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto» e, in senso conforme, Cass. pen., sez. VI, n. 6599 del 05.11.2020, dep. 19.02.2021, rv. 280786; Cass. pen., sez. VI, n. 11901 del 21.03.2023, n.m. In argomento v. F. SERRAINO, *Il problema della rilevanza penale*

La finalità di uso personale, però, è un movente del soggetto agente, al cui accertamento si frappongono peculiari ostacoli pratici.

Il ricorso al sistema tabellare e alle soglie quantitative ivi indicate, oltre che a definire qualitativamente le sostanze stupefacenti⁵⁴, è volto anche a fornire un indicatore di massima utile all'accertamento processuale, stabilendo in via generale ed astratta una misura sotto la quale il modico quantitativo di stupefacente consente di escluderne la destinazione alla cessione (salvo altri indicatori in senso opposto) e, quindi, tale da escludere il pericolo d'offesa per il bene giuridico protetto, legato allo spaccio e non alla detenzione o all'uso in sé e per sé.

Viceversa, la destinazione allo spaccio della sostanza stupefacente deve in concreto accompagnarsi ad una pluralità di indici positivi volti a dimostrarne la destinazione estranea all'assunzione personale.

La norma penale, tuttavia, in modo assai poco perspicuo si limita a prevedere al comma 1-*bis* dell'art. 73 che «è punito chiunque [...] comunque illecitamente detiene: a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi [...], 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» (previsione riprodotta in modo identico, in negativo, dal comma 1-*bis* dell'art. 75 nel delimitare l'illecito amministrativo).

Il rischio è che questa previsione legislativa, essenzialmente poco chiara, conduca nelle semplificazioni cui la prassi applicativa può finire per adagiarsi, a colpire condotte in cui l'unico indice di spaccio sia costituito dal quantitativo di sostanza stupefacente detenuto dal soggetto, laddove - specie quanto si tratti di quantitativi prossimi alle soglie predeterminate dal DM - il solo elemento del quantitativo di sostanza detenuta sia considerato dirimente.

La giurisprudenza di legittimità si è però mostrata anche in tal caso in grado di proporre soluzioni interpretative coerenti con il modello dell'irresponsabilità penale del mero assuntore di stupefacenti, più volte affermando che «la destinazione della sostanza allo "spaccio" è elemento costitutivo del reato di illecita detenzione della stessa e, come tale, deve essere provata dalla pubblica accusa; non spetta, pertanto, all'imputato dimostrare la destinazione all'uso personale della sostanza stupefacente di cui sia stato trovato in

della coltivazione di piante da stupefacenti tra offensività e ragionevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, pp. 525 ss. e, prima delle sezioni unite, V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 945 ss. Per il precedente orientamento difforme v. Cass. pen., sez. un., n. 28605 del 24.04.2008, rv. 239920. Cfr. Corte cost. n. 109 del 09.03.2016 che ha ritenuto, invece, ragionevole la distinzione della coltivazione dalle altre condotte rilevando che «la coltivazione presenta l'ulteriore peculiarità di dare luogo ad un processo produttivo in grado di "autoalimentarsi" e di espandersi, potenzialmente senza alcun limite predefinito, tramite la riproduzione dei vegetali. Tale attitudine ad innescare un meccanismo di creazione di nuove disponibilità di droga, quantitativamente non predeterminate, rende non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la salute pubblica».

⁵⁴ Sul necessario accertamento dell'efficacia drogante del principio attivo contenuto nella dose, pur se la sostanza ceduta sia botanicamente rientrante nelle tabelle ministeriali, v. Cass. pen., sez. VI, n. 6928 del 13.12.2011, rv. 252036. *Funditus* cfr. E. MAZZANTI, *L'uso dei valori-soglia nel diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 4, pp. 1135 ss.

possesso»⁵⁵ e che «il solo dato ponderale dello stupefacente rinvenuto [...] non determina alcuna presunzione di destinazione della droga ad un uso non personale»⁵⁶.

In questo quadro giurisprudenziale consolidato, in cui il contrasto alla diffusione delle sostanze stupefacenti si accompagna a tendenziali finalità di tutela del tossicofilo o tossicodipendente, non punito per questa sua condizione, né tantomeno per l'uso o la detenzione finalizzata all'uso di sostanze stupefacenti, si inseriscono le tendenze della recente legislazione securitaria, in direzione ostinatamente contraria.

La sovrapposizione tra assunzione di stupefacenti e pericolosità sociale predispose il terreno per la costruzione di fattispecie incriminatrici fondate su presunzioni normative assolute, come quella, appunto, introdotta con il nuovo reato di guida dopo l'assunzione di stupefacenti e, in modo altrettanto evidente, con l'attrazione nell'area del penalmente illecito della *cannabis light* realizzata dal Decreto sicurezza (art. 18).

In questo modo, il passaggio dall'amministrazione alla sanzione penale si compie senza soluzione di continuità, e senza adeguata considerazione per il principio di offensività. Ne deriva un'idea di devianza soggettiva che scivola verso una concezione del diritto penale come strumento di moralizzazione e controllo identitario.

7. Guida e assunzione di stupefacenti. La nuova incriminazione tra automatismi e incertezza

La nuova formulazione normativa dell'art. 187 del D.lgs. n. 285/1992, recante il reato di «Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti»⁵⁷, prevede un reato di pericolo astratto:

i. non legato ad una razionale e ragionevole presunzione legislativa di pericolosità della condotta illecita, in quanto prescinde da una condizione di alterazione psico-fisica dell'agente al momento della guida e, dunque, da una condotta che sia normalmente in grado di causare una situazione di pericolo per la circolazione stradale;

⁵⁵ Cass. pen., sez. IV, n. 39262 del 25.09.2008, rv. 241468; Cass. pen., sez. VI, n. 19047 del 10.01.2013, rv. 255165; Cass. pen., sez. VI, n. 26738 del 18.09.2020, rv. 279614; Cass. pen., sez. III, n. 9087 del 03.03.2023

⁵⁶ Cass. pen., sez. III, n. 46610 del 12.11.2014, rv. 260991; Cass. pen., sez. VI, n. 45694 del 28.09.2016, rv. 268293. In dottrina il protagonismo della giurisprudenza di legittimità in materia di contrasto al traffico di stupefacenti è stata, invero, altresì aspramente criticato, rilevando che «È infatti il Legislatore stesso ad aver dettato, anche a seguito degli interventi più recenti, uno stringente reticolato operativo che non permette all'interprete di discostarsi dai parametri ivi enunciati, sostituendo alle scelte operate in sede di politica criminale una propria personalissima (e perciò parziale) visione. Nel nostro ordinamento non può invero dirsi concesso che il giudice, per una malintesa esigenza deflattiva, volta a rimediare ai (presunti) rigorismi sanzionatori di un fenomeno dalla pur troppo assai nota, tragica, espansione, abdichi in toto al dato normativo. Criteri come quelli della "scarsa apprezzabilità della potenzialità lesiva" e della "esiguità quantitativa" della sostanza stupefacente, affidati al "prudente apprezzamento" del giudice, seppur autorevolmente sostenuti anche dalla più risalente giurisprudenza costituzionale, non possono essere validamente assunti come "indici di inoffensività del fatto" senza portare contemporaneamente ad uno svuotamento dei principi fondamentali del diritto penale vigente. Essi costituiscono vistosamente il mascheramento di una surrettizia adesione ad una concezione sostanziale del principio di legalità». Così G. PESTELLI, *Ancora sui tormentati rapporti tra tipicità ed offensività: la problematica non punibilità delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti c.d. prive di efficacia drogante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 2, pp. 637 ss.

⁵⁷ Per un primo commento cfr. A. CATANIA, *Sicurezza stradale i profili penalistici della nuova riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 3, pp. 349 ss.; A. DE LIA, "Zero tolerance"? *Note a margine del nuovo art. 187 del Codice della Strada*, in *Quot. leg.*, 2025, 2, pp. 1-21; A. MENGHINI, *La riforma del Codice della strada. Tra occasioni mancate e dubbi di costituzionalità*, in *Leg. pen.*, 13 giugno 2025.

ii. volto surrettiziamente a sanzionare la persona dell'assuntore di sostanze stupefacenti, secondo un modello di diritto penale d'autore, che solo in via del tutto eventuale è legato alla determinazione di un pericolo per la circolazione stradale.

Viene così introdotto un automatismo repressivo che sostituisce all'accertamento empirico una presunzione assoluta di inidoneità alla guida.

Il legislatore, infatti, si è limitato ad espungere tanto dalla rubrica quanto dalla disposizione ogni riferimento allo stato di alterazione psicofisica del conducente (così l'art. 1, comma 1, lett. b, nn. 1 e 2 della L. n. 177/202: «all'articolo 187: 1. al comma 1, le parole: "in stato di alterazione psico-fisica" sono soppresse; 2. al comma 1-bis, le parole: "in stato di alterazione psico-fisica" sono soppresse»).

Anche i delitti di lesioni e omicidio stradale sono stati conseguentemente modificati, mediante la rimozione del riferimento all'art. 187 cod. str., sostituito dal riferimento descrittivo (secondo le cadenze della disposizione previgente) alla «alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope», mentre è, viceversa, rimasto fermo il rinvio all'art. 186 cod. str. («Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c [...], o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope»).

Trattasi, insomma, di una presa d'atto della possibile assenza di qualunque legame tra la fattispecie contravvenzionale dell'art. 187 e quelle di delitto rispetto alle quali, invece, dovrebbe porsi in rapporto di strumentalità.

Non sorprende, dunque, una reazione pressoché immediata della giurisprudenza di merito, sin dai primi approdi applicativi.

Già si contano tre ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale della L. 177/2024 nella parte in cui ha soppresso le parole «in stato di alterazione psicofisica», per contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità e con quello di offensività, sollevate dal Giudice delle indagini preliminari presso i Tribunali di Pordenone, Siena e Macerata, in ciascun caso a seguito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna.⁵⁸

Nella sua veste previgente, infatti, la fattispecie richiedeva che il conducente si ponesse alla guida in uno stato di alterazione che ne menomasse le capacità di guidare in sicurezza e che, pertanto, determinasse (in astratto) un pericolo per l'incolumità pubblica, ciò in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 186 cod. str. per la contravvenzione di guida in stato di ebbrezza alcolica, per la quale i tassi alcolemici costituiscono un sicuro indicatore delle ridotte capacità di guida del conducente e, in un certo senso, 'sostituiscono' la previsione del predetto requisito.⁵⁹

⁵⁸ V. riferimenti *sub* nota 2.

⁵⁹ Si vedano in letteratura S. BALZANI, A. TRINCI (a cura di), *Diritto penale della circolazione stradale*, Padova, 2021; F. BASILE, G. LOSAPPIO, *I reati del codice della strada: guida alterata, fuga, omesso soccorso (artt. 186, 186 bis, 187, 189 c.d.s.)*, in *Giur. it.*, 2020, 6, pp. 1515 ss.; S. P. BRACCHI, *Noterella in tema di guida sotto l'influenza dell'alcool e guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Arch. giur. circ.*, 2020, 7-8, pp. 563 ss.; E. RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, Torino, 2014; A. PERRONE (a cura di), *L'illecito nella circolazione stradale*, Torino, 2011; D. POTETTI, *La l. n. 120 del 2010 e il nuovo comma 1 dell'art. 187 c. strad.: vecchie e nuove questioni*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2700 ss.; C. COZZELLA, *Guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti alla luce*

Entrambi i reati, dunque, erano già strutturati come reati di pericolo astratto, in cui la presunzione legislativa di pericolo, però, si fondava su di un consolidato elemento di esperienza, difficilmente contestabile e sostenuto da statistiche allarmanti: porsi alla guida di un veicolo in condizioni poco lucide e sotto l'influsso di alcolici o droghe aumenta significativamente il rischio di incidenti stradali; di conseguenza e in virtù di pressanti esigenze preventive, il legislatore penale colpisce la condotta del guidatore prescindendo dal fatto che ne sia conseguito un sinistro e prescindendo anche dal fatto che, in concreto, tale comportamento abbia generato un qualsivoglia pericolo concreto per la circolazione stradale.

L'art. 187 cod. str. non prevedeva e non prevede alcun valore-soglia quantitativo e non sono ritagliate per tale condotta né un'area di liceità, né una di competenza della sanzione amministrativa come avviene per il consumo di alcolici (l'illecito amministrativo dell'art. 186 cod. str. è integrato da un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro, sopra il quale intervengono due distinte "gradazioni" dell'intervento penale).

La sanzione per la guida in stato di alterazione causata da stupefacenti, inoltre, era (e continua ad essere) sempre parificata sul piano sanzionatorio a quella corrispondente al superamento della soglia massima della guida in stato di ebbrezza (art. 186, comma 2, lett. c cod. str.), sulla base di una immanente presunzione di maggior pericolosità dell'influsso degli stupefacenti sulle abilità di guida rispetto a quelle determinate da un consumo 'intermedio' di alcolici.

La comparazione tra le due fattispecie non è sfuggita alla giurisprudenza. La Corte costituzionale, in due ordinanze, ha ritenuto legittimo il diverso e più rigoroso trattamento sanzionatorio riservato alla guida in stato di alterazione da stupefacenti, rispetto a quello legato al consumo di alcolici, rilevando, in particolare, come «la fattispecie penale prevista dall'art. 187 del codice della strada è costituita dal concorso di due elementi qualificanti: da un lato, lo stato di alterazione, capace di compromettere le normali condizioni psico-fisiche indispensabili nello svolgimento della guida e concretizzante di per sé una condotta di pericolo per la sicurezza della circolazione stradale; dall'altro, l'assunzione di sostanze (stupefacenti o psicotrope), idonee a causare lo stato di alterazione», rimarcando come in tale fattispecie sia «rilevante non il dato quantitativo, ma gli effetti che l'assunzione di quelle sostanze può provocare in concreto nei singoli soggetti»⁶⁰ e chiarendo, inoltre, che la differenziazione appaia ragionevole alla luce delle difficoltà probatorie che si incontrano in materia di stupefacenti («le differenti modalità tecniche previste per gli accertamenti degli stati di alterazione fisica e psichica derivanti dall'influenza dell'alcol e, rispettivamente, dall'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope trovano giustificazione nell'attuale stato delle conoscenze tecnico-scientifiche che non permetterebbero di avvalersi, per l'acquisizione della prova dell'uso di sostanze stupefacenti, di una strumentazione tecnica analoga a quella

delle modifiche apportate al codice della strada (e non solo), in *Giur. mer.*, 2011, 3, pp. 624 ss.; F. COZZI, *Le nuove disposizioni penali in materia di circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 150 ss.; R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pp. 969 ss.; E. ANTONINI, *Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 295 ss.

⁶⁰ Corte cost., ord. n. 277 del 13.07.2004

utilizzata per il rilevamento dello stato di ebbrezza alcolica, che assicura, grazie all'esame spirometrico, attendibili riscontri del tasso alcolemico nell'aria alveolare espirata»⁶¹.

Tale impostazione trovava, poi, un consolidato riscontro nella giurisprudenza di legittimità, per la quale occorre «non soltanto l'accertamento del dato storico dell'avvenuto uso di sostanze stupefacenti, ma anche quello dell'influenza sulle condizioni psico-fisiche dell'assuntore durante il tempo della guida del veicolo»⁶².

In definitiva, secondo una logica coerente, il legislatore ha enucleato nella fattispecie di guida in stato di ebrezza degli indicatori, che possono essere in concreto oggetto di un accertamento probatorio, da cui è possibile ritenere presunta un'influenza sulle condizioni del guidatore che sia pericolosa per la circolazione stradale; viceversa, in ragione di esigenze pratiche derivanti dall'impossibilità tecnica di procedere anche per tutte le diverse categorie di sostanze stupefacenti all'individuazione razionale e accertabile di limiti-soglia precisi, il legislatore aveva richiesto il concreto accertamento del medesimo requisito (quello dello stato di alterazione psico-fisica del guidatore) che è invece immanente al superamento dei tassi alcolemici.

La recente scelta del legislatore di differenziare nettamente le due ipotesi (guida in stato di ebbrezza e guida dopo l'assunzione di stupefacenti) rompe l'equilibrio precedentemente costruito sulla centralità dello stato di alterazione.

Questo slittamento dal dato materiale (la guida alterata) a quello simbolico (la semplice assunzione) depotenzia il ruolo dell'offensività come parametro di giustificazione della norma penale. Al tempo stesso, prepara il terreno per un doppio livello di presunzione, di cui si occupa il paragrafo successivo: uno, normativo, che collega l'assunzione alla pericolosità; l'altro, tecnico-scientifico, affidato agli strumenti dell'accertamento tossicologico.

8. ... e il doppio livello di presunzione del pericolo per la sicurezza stradale

L'ultimo intervento legislativo in materia, oltre ad un inasprimento dell'apparato sanzionatorio, ha modificando profondamente la struttura del fatto tipico dell'art. 187 cod. str., rompendo questo equilibrio di contrapposte esigenze, mediante una modifica che appare semplicisticamente rivolta a colpire l'assuntore di sostanze stupefacenti⁶³, ma che - come pare non sia stato adeguatamente ponderato - finisce per aumentare, senza una razionalità di fondo, lo iato già esistente con il modello di repressione della guida in stato d'ebbrezza e, così facendo, svislisce ogni profilo offensivo ricavabile dalla precedente formulazione: l'assunzione di una qualsiasi sostanza stupefacente è di per sé ritenuta sufficiente all'integrazione del reato, pur in mancanza di qualsivoglia elemento ulteriore atto

⁶¹ Corte cost., ord. n. 306 del 12.07.2001

⁶² Cass. pen., sez. IV, n. 12409 del 06.03.2019 e, per ulteriori riferimenti, v. *sub* nota 1.

⁶³ Del resto, nel *Dossier del Servizio Studi del Senato*, n. 172/2 del 29.04.2024, p. 15 si legge espressamente «Il dichiarato intento della modifica - pertanto - è di superare le difficoltà applicative dovute alla dimostrazione del nesso eziologico tra assunzione della sostanza ed effetto di alterazione» e, in tal senso, nei lavori parlamentari si chiarisce che il DDL C.12435 del 28.02.23 del Ministero dei Trasporti prevede la soppressione dell'inciso proprio «al fine di porre rimedio alle difficoltà operative riscontrate nella contestazione dell'illecito della guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, incidendo principalmente sugli strumenti di accertamento a disposizione delle forze di polizia».

a chiarire se la stessa abbia in qualunque modo inciso sulle capacità di guida del conducente⁶⁴ e, addirittura, anche a prescindere dalla perdurante esistenza di un qualsiasi, seppure minimo, effetto sulle condizioni psico-fisiche del conducente stesso.⁶⁵

La presunzione di inaffidabilità alla guida - perché trattasi di una presunzione per cui non è ammessa prova contraria - si lega all'altra presunzione di pericolo, di secondo livello e indiretta, per la sicurezza della circolazione stradale, in questo modo determinando una 'moltiplicazione' dell'incertezza: incerto è che il conducente non sia in grado di guidare e ancor di più incerto è che solo per essersi posto alla guida abbia determinato un qualche pericolo per la circolazione stradale.

Ciò che resta, pertanto, non è neppure un pericolo astratto, ma un pericolo indiretto e di secondo grado per la circolazione stradale, in cui a muovere la mano del legislatore pare sia un giudizio di riprovevolezza moraleggiante e paternalistico nei confronti della persona del guidatore stesso⁶⁶ che, perdipiù, produce esiti sanzionatori paradossali: la pena - in

⁶⁴ Cfr. A. CATANIA, *Sicurezza stradale. I profili penalistici della nuova riforma*, cit., p. 353, secondo cui il legislatore «anticipa la soglia di tutela fino al punto da prescrivere che non sia mai tollerabile il mettersi alla guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, anche quando l'assunzione non stia producendo una concreta alterazione [...] sicché, potrà considerarsi come pericoloso in astratto anche il comportamento di chi abbia assunto sostanze droganti molte ore, persino giorni, prima»; R. CODEBO, *Sicurezza stradale. le norme del "nuovo codice"*, in *Ig. sic. lav.*, 2025, 2, pp. 3-21 e, ivi, p. 4, ove l'A. rileva che «Trattasi di una modifica destinata ad alimentare un aspro dibattito, del resto già in corso da tempo a cavallo dell'iter di approvazione della nuova Legge. È infatti noto come i moderni metodi diagnostici - anche soltanto quelli utilizzati nei posti di controllo posti ai bordi delle strade - rivelino tracce dell'assunzione di sostanze psicotrope (così come di alcool) anche numerosi giorni dopo l'assunzione medesima, quando ormai gli effetti sulla mente e sul fisico sono da tempo cessati. Evidente l'intenzione di creare un maggior deterrente nonché di semplificare gli accertamenti, visto che l'assunzione è constatabile con metodi di laboratorio mentre l'alterazione psico-fisica è meramente valutativa. Il risultato è però un c.d. reato di pericolo presunto, che presenta tangibili profili di illegittimità costituzionale»; Anche per A. MENGHINI, *La riforma del Codice della strada*, cit., p. 23 il reato finisce per «inglobare una serie di comportamenti che non necessariamente risultano lesivi del bene giuridico tutelato», ciò in quanto «A rilevare non è più la pericolosità della condotta di guida che può sussistere solo allorché il soggetto si trovi in stato di alterazione quanto piuttosto il mero stato di assuntore, a prescindere dall'incidenza di tale assunzione sulla capacità di guida».

⁶⁵ Cfr. su questo profilo GIP Pordenone, cit., per cui «appare manifestamente irragionevole e iniquo ritenere necessaria e sufficiente, ai fini della penale responsabilità, la mera positività del soggetto ad una determinata sostanza stupefacente, senza effettuare alcuna indagine sugli effetti di tale dato sulla capacità di guida, poiché in tal modo viene sanzionata penalmente anche la condotta del soggetto che, non riportando alcuna sintomatologia ricollegabile all'avvenuta assunzione, si pone alla guida senza provocare alcun pericolo di lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice»; GIP Siena, cit., secondo cui «neutralizzate le potenzialità predittive dell'alterazione psico-fisica [...] non è dato rintracciare alcun elemento, tantomeno scientificamente fondato, capace di sostenere la conclusione secondo la quale, in assenza di alterazione, possa darsi una qualsivoglia offesa, tantomeno in termini di messa in pericolo all'interesse alla sicurezza per la circolazione stradale nella condotta descritta dall'incriminazione per come novellata» e GIP Macerata, cit., per cui «la norma - per come attualmente formulata - [...] si presta a sanzionare anche condotte prive di alcun pericolo per la circolazione (tale la situazione di chi abbia assunto stupefacenti i cui effetti siano oramai del tutto svaniti e dei quali rimangano tracce solo nelle urine) [...] la letteratura scientifica e la giurisprudenza hanno pacificamente acclarato che in moltissimi casi può esservi guida in assenza di ogni alterazione anche dopo avere assunto stupefacenti, quando sia cessato ogni effetto degli stessi, talché la scelta del legislatore appare a questo GIP irrazionale e arbitraria e non rispondente all'*id quod plerumque accidit*».

⁶⁶ Cfr. GIP Siena, cit., per cui «si sarebbe sostanzialmente innanzi ad un'incriminazione (soltanto apparentemente diretta verso un contegno fattuale congetturato come pericoloso, bensì effettivamente) di un modo di essere dell'agente, assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope». V. pure A. CATANIA, *Sicurezza stradale. I profili penalistici della nuova riforma*, cit., p. 353, secondo cui si tratta di «una norma che criminalizza un mero *status* -

particolare le gravose pene accessorie - si scagliano indifferentemente tanto sul guidatore in perfette condizioni fisiche quanto su quello che, viceversa, non sia nel pieno delle sue capacità.⁶⁷

L'approccio del legislatore è confermato dalle disposizioni del recente Decreto sicurezza (D.L. 11 aprile 2025, n. 48) che, con l'art. 18, prevede un'impropria equiparazione della c.d. *cannabis light* alle sostanze stupefacenti di cui al D.p.R. n. 309/1990. Una tale equiparazione, contrastante con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., è del tutto contrapposta alle evidenze scientifiche che escludono un'efficacia drogante della *cannabis light*; e rende manifesta la non troppo strisciante presunzione di pericolosità dell'assuntore di stupefacenti in quanto tale, innalzato a tipo d'autore destinatario dell'intervento repressivo («Al fine di evitare che l'assunzione di prodotti costituiti da infiorescenze di canapa [...] possa favorire, attraverso alterazioni dello stato psicofisico del soggetto assuntore, comportamenti che espongono a rischio la sicurezza o l'incolumità pubblica ovvero la sicurezza stradale»).

9. Accertamento tossicologico e inversione della logica probatoria

Questo impianto finzionale, che collega in modo meccanico dati biologici e presunte capacità compromesse, attribuisce al dato tossicologico un valore assoluto, trasformando uno strumento diagnostico in prova presuntiva di colpevolezza.⁶⁸

Il tampone salivare, infatti, diviene il perno tecnico attraverso cui si attiva l'intero meccanismo repressivo: non uno strumento di ausilio all'accertamento della condizione psico-fisica del conducente, ma il presupposto stesso della tipicità penale, sovrapponendo l'alterazione alla mera positività al *test*.

Ma proprio il tampone salivare, indicatore tecnico centrale della riforma, presenta limiti tanto sotto il profilo scientifico quanto sotto quello giuridico.

L'accertamento tossicologico, su cui il legislatore è intervenuto in modo coerente all'approccio "indifferentista" sull'attualità degli effetti stupefacenti sul guidatore, è ora rimesso all'effettuazione di «accertamenti tossicologici analitici su campioni di fluido del cavo orale»; ciò una volta ritenuto, come emerge dai lavori parlamentari, che «il liquido salivare costituisce microfiltrato del sangue, che è matrice elettiva per l'accertamento tossicologico» e che, dunque, «consentirà di verificare con certezza la recente assunzione della sostanza»⁶⁹.

Si badi, però, che gli stessi presupposti scientifici considerati dal legislatore appaiono anch'essi del tutto contestabili.⁷⁰

quello di assuntore di stupefacenti - a prescindere dalla concreta offensività della condotta».

⁶⁷ In tal senso cfr. GIP Pordenone, cit., per cui «Nessuna distinzione, infatti, può più operarsi tra la condotta di guida tenuta da parte di un soggetto che si trovi in una situazione di effettiva alterazione psicofisica, e quella posta in essere da un soggetto che si ponga alla guida dopo aver assunto sostanze che, seppur rilevabili mediante accertamento tossicologico, in ragione del tempo trascorso o della loro inidoneità a determinare uno stato di alterazione, non producano alcun effetto stupefacente o psicotropo»

⁶⁸ Tutto ciò sebbene, secondo i dati Istat da cui prende le mosse la riforma, le principali cause di incidente stradale rimangano in particolar modo la distrazione, l'eccesso di velocità e la mancata precedenza, come ricorda A. MENGHINI, *La riforma del Codice della strada*, cit., p. 3.

⁶⁹ Così *Dossier del Servizio studi del Senato*, cit., p. 16.

Tali *test*, a differenza di quelli effettuati sulla matrice ematica, non sono in grado di stabilire in alcun modo lo stato attuale di alterazione psicofisica del soggetto, né sono in grado di fornire indicazioni su quando l'assunzione della sostanza stupefacente sia avvenuta, né, ancora, sono capaci di escludere che si fosse trattato di un momento molto antecedente rispetto a quello dell'accertamento (tutto ciò non prendendo in considerazione la fallibilità degli stessi *test* e la possibilità di "falsi positivi").

Pur con un certo grado di variabilità - dipendente dalla qualità dei *test* impiegati e dai possibili errori dell'operatore - nella letteratura scientifica è stato chiarito che i tamponi salivari possono rilevare il consumo di stupefacenti avvenuto in un arco temporale fino a 48 ore⁷¹: ciò è a dire che sono in grado di rilevare l'assunzione di sostanze stupefacenti il cui effetto, anche minimale, sul conducente e, in particolare, sulle sue capacità di guida si è ormai del tutto esaurito. Si tratta, in altri termini, di una prova a contenuto normativo, non empirico: il tampone non rappresenta uno stato psicofisico attuale, ma lo simula, sulla base di modelli probabilistici standardizzati e inadatti a cogliere l'enorme variabilità soggettiva. In ciò si consuma una confusione fra il piano descrittivo e quello prescrittivo, fra dato scientifico e costruzione giuridica del pericolo.

In questa prospettiva, si coglie come la certezza tossicologica promessa dalla riforma sia in realtà un costrutto fragile e approssimativo, che si infrange al banco di prova della realtà. Il problema, però, non è solo scientifico: riguarda anche i limiti testuali che il legislatore ha imposto all'interprete, impedendo una lettura che recuperi il criterio dell'effettiva offensività della condotta. In tal modo, la norma non solo codifica una presunzione assoluta di pericolosità, ma lo fa espellendo dal proprio orizzonte semantico qualsiasi requisito che consenta di calibrare l'intervento penale sulla base di un giudizio di merito sull'effettiva pericolosità. Il risultato è un tipo d'autore, sigillato dalla lettera della legge, in cui ogni margine interpretativo viene prosciugato alla radice.

10. L'impermeabilità della norma alla lettura costituzionalmente orientata

Quasi contestualmente alle due citate ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale, è stata emanata l'11 aprile 2025 una circolare congiunta del

⁷⁰ V. in tal senso dopo la riforma A. CATANIA, *Sicurezza stradale i profili penalistici della nuova riforma*, cit., p. 356 che richiama uno studio sperimentale condotto nel 2023 dall'ASST Papa Giovanni XXIII di Bergamo sui tamponi salivari utilizzati dalla Polizia di Stato, in cui si rileva la positività rispetto all'assunzione di sostanze stupefacenti anche giorni addietro. V. pure, in senso conforme, A. MENGHINI, *La riforma del Codice della strada*, cit., p. 27. In argomento *funditus* cfr. L. VENTRE, M. MONTANARI, C. SCORRETTI et AL., *Accertamento della guida in stato di alterazione psico-fisica: stato dell'arte e possibili prospettive*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 3, pp. 521 ss.; M. ZAMPI, G. TASSONI, *L'accertamento della condizione di alterazione e la scelta e l'utilizzo delle matrici biologiche nel reato di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti. Tra diritto e scienze forensi*, in *Arch. giur. circ.*, 2019, 11, pp. 913 ss.; L. ROMANO, *Guida sotto assunzione di sostanze stupefacenti: rilevanza dell'alterazione psico-fisica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, pp. 361 ss.; A. COMACCHIO, D. FAVRETTO, D. FERRARA et AL., *Nuove disposizioni del codice della strada in tema di alcool e sostanze stupefacenti. Problematiche accertative e doveri sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 2, pp. 321 ss.

⁷¹ A. G. VERSTRAETE, *Detection times of drugs of abuse in blood, urine, and oral fluid*, in *Therapeutic Drug Monitoring*, 2004, pp. 200-205; O. H. DRUMMER, *Drug testing in oral fluid*, in *Clinical Biochemistry Review*, 2006, pp. 147-159; W. M. BOSKER, M. A. HUESTIS, *Oral fluid testing for drugs of abuse*, in *Clinical Chemistry*, 2009, pp. 1910-1931.

Ministero dei trasporti e del Ministero della salute avente ad oggetto «Procedure di accertamento tossicologico-forense per la verifica della condizione di guida sotto l'influenza di alcol o dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope di cui agli art. 186, 186-bis e 187 C.d.S.»

Come è stato segnalato dai primi commentatori⁷², questa circolare non si limita a fornire direttive ed indirizzi volti ad uniformare le modalità tecniche di svolgimento degli accertamenti tossicologici del personale di polizia, ma è accompagnata nelle sue premesse da una serie di valutazioni interpretative in controtendenza rispetto alla finalità politiche emerse nei lavori parlamentari (e nei comunicati stampa del Ministro dei Trasporti).

In particolare, la Circolare si lancia in un tentativo di esegesi adeguatrice della norma volto a valorizzare, di fatto, la permanenza del medesimo requisito abrogato *sub specie* di "attualità" del consumo⁷³. Si legge, in particolare,

- «in luogo del nesso eziologico tra assunzione e alterazione, il nuovo articolo 187 cds prevede, quale presupposto per la punibilità della condotta, una correlazione temporale tra l'assunzione e la guida, che si concretizza in una perdurante influenza della sostanza stupefacente o psicotropa in grado di esercitare effetti negativi sull'abilità alla guida»;
- «occorre provare che la sostanza stupefacente o psicotropa sia stata assunta in un periodo di tempo prossimo alla guida del veicolo, tale da far presumere che la sostanza produca ancora i suoi effetti nell'organismo durante la guida».

Tale tentativo, però, non conduce a risultati soddisfacenti, non tanto per l'ovvia considerazione che una circolare non costituisce una fonte del diritto e non può derogare a previsioni normative, quanto piuttosto perché gli argomenti in essa proposti non sono convincenti e, anzi, si pongono in contrasto con il testo della disposizione, la quale non prevede alcun requisito di 'attualità temporale' dell'assunzione di stupefacenti; in realtà questo legame temporale, peraltro indefinito, non costituisce altro che una parafrasi (o al più una versione attenuata) del requisito dell'alterazione psico-fisica oggetto di abrogazione; infine, la Circolare, pur proponendo l'accertamento in un periodo di tempo prossimo alla guida, non risolve il limite epistemologico di cui si è trattato: i tamponi salivari non consentono con questo grado di precisione di circoscrivere temporalmente il momento

⁷² V. G. CAMERA, S. D'ERRICO, E. SANTANGELO, *Droga alla guida, una circolare allenta la stretta ma restano rischi (anche sulle medicine). Il MIT conferma i test. Occorre comunque accertare che il conducente sia ancora sotto effetto delle sostanze stupefacenti o psicotrope. Intanto si attende la Consulta*, in *Il Sole24ore*, 07.05.2025; F. PICCIONI, *Guida sotto l'influenza di alcol o dopo aver assunto sostanze stupefacenti: una nuova circolare*, in *IUS penale*, 12.05.2025; G. L. GATTA, *Guida "dopo" l'assunzione di stupefacenti (art. 187 c. strad.)*. Una circolare fa rientrare dalla finestra lo stato di alterazione psico-fisica ed esclude l'accertamento attraverso l'esame delle urine, in *Sist. pen.*, 12.05.2025; A. MENGhini, *La riforma del Codice della strada*, cit., p. 29, secondo cui la circolare sembra «surrettiziamente ricercare un correttivo all'improvvida scelta legislativa»

⁷³ Ipotesi esplorata anche da A. CATANIA, *Sicurezza stradale. I profili penalistici della nuova riforma*, cit., p. 354, secondo cui «è vero che il nuovo dettato dell'art. 187 c.str. prescinde dall'alterazione psico-fisica, ma la modifica normativa non ha esplicitamente imposto che debba farsi a meno dell'attualità dell'assunzione [...] se, invece, si orienta per l'ipotesi del reato di pericolo concreto, si rimette al giudice di valutare come anche la non alterazione possa essere il risultato di differenti sfumature e gradi di attualità o meno dell'assunzione: cosicché potrà essere ritenuta offensiva la condotta di chi (non alterato) abbia consumato sostanze, per esempio, 4-6 ore prima, non certamente quella di chi (sempre non alterato) le abbia consumate 20 ore prima.»

dell'assunzione e la positività con essi riscontrata non è di per sé un indicatore della perdurante produzione di effetti sulla persona.

È in questo irrigidimento normativo, non superabile da una Circolare, che si annida il rischio più profondo della riforma: quello di una tipicità formale incapace di selezionare le condotte offensive e refrattaria a ogni filtro sostanziale. La norma, così strutturata, non ammette il dubbio, ma solo l'applicazione automatica della pena.

11. Il crinale sottile tra prevenzione e stigmatizzazione. Spunti conclusivi.

Il percorso argomentativo seguito ha succintamente messo in luce le implicazioni teoriche del ricorso al pericolo astratto quale fondamento di un numero crescente di fattispecie penali. Questo modello, ben lungi dall'essere una tecnica legislativa neutra, talvolta riflette una precisa opzione di politica criminale: l'intento di anticipare la soglia di intervento punitivo al di là dell'effettiva offensività della condotta, confidando nella funzione simbolica e deterrente del diritto penale; ciò che non è di per sé sintomo di efficienza del sistema, ma può al contrario costituire indice di una sua torsione autoritaria, soprattutto quando si traduce in una penalizzazione del rischio "collettivamente percepito" oppure della pericolosità soggettiva dell'autore, più che del fatto.

La scelta di costruire figure criminose sulla base di un pericolo presunto, non sottoposto a verifica empirica nel caso concreto, può comportare una serie di tensioni sistemiche. Il pericolo astratto diventa, infatti, la cifra di un diritto penale della prevenzione, che tende a concentrare il disvalore della condotta non già nella sua capacità lesiva accertabile, ma nella sua appartenenza a una categoria astrattamente ritenuta pericolosa sacrificando progressivamente ogni esigenza di ragionevolezza, razionalità, e corrispondenza empirica tra fatto e disvalore.

In questo contesto, la tipicità perde progressivamente la sua funzione selettiva rispetto al reale contenuto offensivo del comportamento umano, trasformandosi in uno strumento di delimitazione puramente formale della punibilità.

L'analisi del reato di guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti (art. 187 cod. str.) rappresenta, sotto questo profilo, una cartina di tornasole eloquente. In questa fattispecie, la condotta punibile è definita prescindendo da ogni concreta dimostrazione della pericolosità effettiva della guida, e perfino dell'alterazione psicofisica in atto: è sufficiente l'accertamento dell'assunzione di sostanze, anche a distanza di tempo, per far scattare la presunzione legale di messa in pericolo della sicurezza stradale.

Questa costruzione normativa solleva dubbi profondi sotto il profilo della coerenza sistematica e della tenuta costituzionale. Non è la guida pericolosa a essere penalmente rilevante, ma la mera condizione del soggetto. Si assiste, così, a una sovrapposizione tra l'essere e il dover essere: non solo si punisce ciò che può accadere, in luogo di ciò che accade; ma si punisce la possibilità (eventuale) della lesione in virtù di un automatismo normativo slegato dalla plausibilità empirica e razionale dei fenomeni.

Il problema non è tanto l'anticipazione della tutela, quanto la disconnessione tra tipicità e offensività. L'esperienza giuridica ha sempre accettato, in misura variabile, la possibilità di punire condotte pericolose (e si è vista la tendenza ad un sindacato morbido della Consulta);

ma la legittimità di questa scelta presuppone, almeno in linea teorica, un ancoraggio scientifico tra la condotta e il rischio di lesione. La costruzione normativa dell'art. 187 cod. str. rompe questo legame: rende irrilevante il contesto, le circostanze, l'effettivo atteggiarsi del comportamento, in favore di un moraleggiante e paternalistico pregiudizio di pericolosità soggettiva dell'autore.

Questa tensione, in generale, si acuisce nelle fattispecie in cui il pericolo presunto è fondato non su dati scientifici stabili, ma su considerazioni genericamente precauzionali. L'uso di sostanze stupefacenti, in sé, non comporta necessariamente uno stato di alterazione incompatibile con la guida; e, anche laddove tale alterazione sia riscontrabile, non è affatto detto che essa si traduca in condotte di guida pericolosa. La fattispecie di cui all'art. 187 cod. strada, però, sposta l'asticella ancora più indietro: equipara la sola positività tossicologica - che può essere relativa a metaboliti inattivi - a un comportamento offensivo, sovrapponendo la diagnosi medica a una valutazione giuridico-penale.

A conferma delle criticità già emerse nei passaggi precedenti, si possono ora riassumere i principali profili problematici nei seguenti termini:

- la costruzione normativa del nuovo art. 187 cod. str. non risponde ad una razionale presunzione di pericolosità della condotta rispondente all'*id quod plerumque accidit*;⁷⁴
- non può affermarsi che le esigenze probatorie consentano l'impiego della sanzione penale per condotte che già in astratto si presentano solo "eventualmente" foriere di un (indiretto) pericolo per il bene giuridico protetto (il bene giuridico ad ampio spettro dell'incolumità pubblica, nella sua declinazione di sicurezza della circolazione stradale);
- i profili in parte paternalistici già riscontrabili nel modello "proibizionistico" prescelto dal legislatore con l'irrogazione di sanzioni amministrative per la detenzione per uso personale e la coltivazione volta all'autoconsumo di sostanze stupefacenti, appaiono qui esacerbati dal ricorso della sanzione penale nei confronti del mero tossicofilo che si ponga alla guida di un veicolo, in ragione più di una qualità personale intrinseca, che di un'attuale condizione di alterata abilità di guida (senza peraltro la possibilità in tal caso di accedere alla disciplina di favore prevista dall'art. 75, commi 2 e 11 del D.p.R. n. 309/1990), secondo lo schema del tipo normativo d'autore (come d'altra parte riscontrabile nel recente Decreto sicurezza);
- i margini di un'interpretazione adeguatrice della disposizione penale non paiono consentire letture che facciano "rientrare dalla finestra" il requisito dello stato di alterazione psico-fisica del conducente, che il legislatore ha esplicitamente inteso espungere e, inoltre, la "relativizzazione" della presunzione di pericolosità della condotta, secondo gli schemi riscontrabili nella costante giurisprudenza costituzionale sull'offensività in concreto, appaiono difficilmente realizzabili.

Il pericolo astratto, così concepito e attuato dal legislatore, rischia di diventare il paradigma di un diritto penale puramente simbolico: un diritto che interviene non per reprimere fatti effettivamente dannosi o pericolosi, ma per affermare valori socialmente condivisi attraverso il ricorso alla pena. In questa prospettiva, il diritto penale si spoglia della sua funzione garantista e si trasforma in strumento di governo e amministrazione del rischio.

⁷⁴ Chiara e condivisibile l'affermazione del GIP di Siena per cui «la presunzione di pericolosità posta, in maniera assoluta, dal legislatore non appare sorretta da alcuna - tantomeno adeguata - base nomologica»

Si tratta, in definitiva, di una torsione dei principi penalistici: la sanzione si emancipa dal fatto per ancorarsi a un paradigma presuntivo, con conseguenze rilevanti sul piano della colpevolezza e della proporzione della pena, oltre che del principio di offensività.

Sembrirebbe, dunque, che l'unica via per garantire la coerenza dei citati principi sia quella di una pronuncia della Corte costituzionale che dichiari illegittima la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. b), nn. 1 e 2 della L. n. 177/202, che ha disposto le censurate modifiche dell'art. 187 cod. str.

L'esito del giudizio affidato alla Corte potrà fornire utili indicazioni sul grado di maturità del principio, sulla sua reale giustiziabilità e sul precario statuto costituzionale dei reati di pericolo astratto.

Nel frattempo, la riflessione condotta suggerisce la necessità di una rilettura critica del pericolo astratto come criterio di tipizzazione normativa. Pur riconoscendone la funzione regolativa e la legittimità in determinate ipotesi, appare imprescindibile un ritorno a un principio di proporzione tra condotta e disvalore, che consenta di evitare derive iperestensive della punibilità. Il pericolo presunto deve rimanere una presunzione ragionevole, fondata su evidenze empiriche e contenuta entro margini verificabili di plausibilità. Solo in tal modo sarà possibile salvaguardare i fondamenti del diritto penale liberale: la responsabilità personale, la centralità del fatto, la necessità della pena.