

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA.

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN DIRITTO PENALE

**TOSSICODIPENDENZA E SANZIONI.
L'AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO
SOCIALE A FINI TERAPEUTICI.**

Laureando:

FABRIZIO LANZI

Relatore:

Chiar.mo Prof. MARIO TRAPANI

Anno accademico 1998 – 1999.

Ai miei genitori e alla prof.ssa Elsa Guerra [†ott.'99]
per il loro amore e la forza di credere nell'uomo
nonostante tutto

INDICE

Introduzione

Evoluzione della normativa in tema di sanzioni e tossicodipendenze	pag. 8
--	--------

CAPITOLO I IMPUTABILITA' E SANZIONI.

1. L'imputabilità.....	pag. 18
1.1. La colpevolezza.....	pag. 21
1.2. La pena	pag. 26
1.3. La pena secondo la Costituzione.....	pag. 30
2. Capacità di intendere e di volere: attribuibilità del reato commesso nelle diverse ipotesi di ubriachezza e assunzione di sostanze stupefacenti.....	pag. 34
2.1. L'intossicazione preordinata e l' <i>actio libera in causa</i>	pag. 40
2.2. L'intossicazione abituale.....	pag. 51
2.3. Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti	pag. 62
3. Misure di sicurezza, sistema del doppio binario e disciplina dell'imputabilità	pag. 72
3.1. Misure di sicurezza e soggetto assuntore di sostanze alcoliche o stupefacenti	pag. 81

CAPITOLO II

L'IMPUTABILITA' DEL TOSSICODIPENDENTE.

1. Nozione di sostanza stupefacente ai fini dell'imputabilità	pag. 92
2. Definizione della tossicodipendenza e figura del tossicodipendente	pag. 94
3. La discussa equiparazione normativa tra alcool e sostanze stupefacenti	pag. 96
4. L'imputabilità del tossicodipendente nelle legislazione europea	pag. 103
5. Conclusioni sull'imputabilità del tossicodipendente nella legislazione italiana	pag. 110

CAPITOLO III

TOSSICODIPENDENZA E TRATTAMENTO PENALE

1. La politica criminale della tossicodipendenza	pag. 114
2. Esecuzione della pena: sospensione condizionale dell'esecuzione della pena e affidamento in prova.....	pag. 125
3. Affidamento in prova a fini terapeutici: genesi dell'istituto e successivi interventi normativi.....	pag. 136
4. I destinatari della misura: i soggetti liberi e i soggetti detenuti ovvero sottoposti a misura cautelare	pag. 142
5. Il limite edittale	pag. 149
6. La domanda, la certificazione, la idoneità del programma di recupero:il ruolo delle comunità terapeutiche e dei servizi sociali	pag. 154
7. La richiesta del condannato e il controllo preventivo del pubblico ministero.....	pag. 160

8. Segue: gli effetti della legge 27 maggio 1998, n. 165 sulla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari	pag. 165
9. Il giudice territorialmente competente	pag. 173
10. Segue: i poteri di controllo del Tribunale di Sorveglianza e la decisione	pag. 176
11. L'esito positivo della prova e gli epiloghi negativi della misura	pag. 185

CAPITOLO IV
I RISULTATI DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA NELLA
REALTA’ MODENESE.

1. I rapporti fra istituzione penitenziaria e comunità terapeutiche per tossicodipendenti.....	pag. 196
2. L'affidamento in prova a fini terapeutici nella realtà modenese	pag. 202

CONCLUSIONI	pag. 214
--------------------------	-----------------

BIBLIOGRAFIA	pag. 220
---------------------------	-----------------

RINGRAZIAMENTI.....	pag. 228
----------------------------	-----------------

INTRODUZIONE

Preparare una tesi di laurea è un lavoro al quale lo studente si avvicina con molto timore perché, al di là di tutto ciò che si può dire di senso contrario, di fatto, nel suo percorso universitario egli è abbandonato a se stesso e si trova a dover ottemperare a questo obbligo senza che nessuno gli abbia mai detto, ad esempio, come si cerca un libro in biblioteca. L'unica possibilità che rimane al laureando è quella di avere la “fortuna” di trovare il professore giusto, attento agli interessi del candidato, che non gli imponga l'argomento sul quale lavorare, ma lo stimoli a dedicarsi alla materia che riscontra i suoi interessi e che lo segua o che lo faccia seguire da ricercatori preparati e di sua fiducia.

E' quello che è capitato all'autore del presente lavoro, il quale non si discosta dalla suddetta tipologia dello studente, ma che fin dal momento della sua iscrizione al corso di laurea aveva chiaro che la tesi l'avrebbe voluta preparare in diritto penale e specificamente sull'affidamento in prova al servizio sociale a fini terapeutici. La sua fortuna è stata quella di avere trovato un relatore, il prof. Mario Trapani, che gli ha lasciato carta bianca per quanto riguarda l'argomento della dissertazione, e una assistente, la dott.ssa Daniela Goldoni, i cui “suggerimenti” si sono rivelati di grande importanza: a loro va un ringraziamento particolare.

La motivazione di base per cui si è deciso di prestare attenzione particolare ad un simile argomento è da ricercarsi nel fatto che lo studente che oggi discute in maniera critica la materia in oggetto, ha vissuto il problema della tossicodipendenza sulla propria pelle, problema risolto anche grazie alla misura alternativa alla detenzione *de quo*.

Al di là delle motivazioni strettamente personali, una ulteriore opzione in favore dell'argomento che qui rileva è data dal vedere come nella realtà modenese la maggioranza dei detenuti definitivi tossicodipendenti sia ristretta in carcere quando, per volontà della legge, dovrebbe essere in regime di affidamento in prova a fini terapeutici o in sospensione dell'esecuzione della pena.

Proprio in merito a questo problema, da ricerche personali effettuate presso tossicodipendenti locali, sono emerse le medesime ragioni messe in evidenza da Guazzaloca e Pavarini¹ su scala nazionale, vale a dire: a) il tossicodipendente condannato ad una pena breve preferisce di gran lunga la detenzione rispetto alla scelta terapeutica di tipo essenzialmente comunitario; b) il tossicodipendente definitivo in attesa di ulteriori procedimenti a suo carico, sapendo che non può usufruire della misura per più di due volte, preferisce non “bruciarsi” subito questa possibilità; c) i tossicodipendenti che vorrebbero optare per l’opzione terapeutica, soprattutto quelli di lunga “militanza”, si trovano a non avere alternative rispetto al carcere in quanto, ad esempio, la comunità terapeutica non ritiene di dovere “disperdere” energie nei confronti di tali soggetti ritenuti “irrecuperabili” per dedicarsi interamente ed esclusivamente verso quei soggetti tossicodipendenti che possano essere più “facilmente” recuperati

Nel presente studio verranno trattate brevemente anche altre problematiche quali, ad esempio, la funzione della pena e della misura di sicurezza, l’imputabilità del tossicodipendente nell’ordinamento italiano e nella legislazione europea, nonché i risultati ottenuti nella realtà modenese dalla misura *de quo*.

Prima di entrare nel merito dell’oggetto dello studio che segue², quale misura alternativa alla detenzione per i tossicodipendenti condannati ad una pena detentiva nel limite di quattro anni³ (anche come residuo di pena da scontare), che abbiano in corso o che intendano sottoporsi ad un programma di recupero, è necessario analizzare storicamente l’evoluzione delle leggi in materia di sostanze stupefacenti.

Infatti, sotto il profilo storico e politico-criminale è interessante notare come la materia degli stupefacenti abbia visto nel dopoguerra un intenso intervento da parte del legislatore penale.

¹ B. Guazzaloca – M. Pavarini, *Differenziazione per ragioni terapeutiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino, Utet, 1995, 391.

² Art. 94 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, già art. “47- bis” dell’ordinamento penitenziario, introdotto dal d.l. 144/1985, convertito nella legge 297/1985, successivamente modificato dalla legge 663/1986 e dallo stesso T.U. 309/1990.

³ Tale limite di pena, precedentemente fissato in tre anni, veniva introdotto dal d.l. 14 maggio 1992, n.

Non è possibile tuttavia intendere appieno il significato e la portata delle ultime proposte governative in tema di stupefacenti, se non le si mettono in relazione, in prospettiva storica, con le precedenti esperienze normative, compreso, naturalmente, il trattamento riservato al tossicodipendente dal Codice Rocco.

Nel settore degli stupefacenti il diritto penale ha subito nel corso del tempo vere e proprie “oscillazioni” che lo si può figurativamente accostare, per usare le parole di Adelmo Manna⁴, “al fenomeno della marea che avanza o si ritrae a seconda delle stagioni”.

Nel codice penale del 1930, la normativa di carattere ancora fortemente repressivo e tutto sommato poco incline all’ideologia del trattamento, se si eccettua il caso del cronico intossicato, denota chiaramente una visione dell’assuntore di droghe come un “vizioso” da reprimere, in primo luogo, e solo eventualmente da curare.

Tale prospetto, basato ancora sul convincimento, di matrice nordamericana, che il miglior modo per estirpare un “vizio” individuale sia quello di reprimerlo penalmente, assume poi la sua dimensione forse più compiuta nella legge 22 ottobre 1954, n. 1041, attraverso la quale il consumatore di quantità anche minime di stupefacenti veniva gravemente punito e il trattamento era reso più duro dalla carcerazione preventiva obbligatoria.

Si parla in questo senso di periodo del proibizionismo perché la legge in questione puniva l’intero ciclo della droga, dal c.d. grosso spaccio al consumo anche di piccoli quantitativi. Quello che qui preme rilevare è come ciò avvenisse mediante un’unica fattispecie criminosa che ricomprendeva tutte siffatte ipotesi, con il risultato di punire allo stesso modo, tranne l’agire nell’ambito della cornice edittale di pena, condotte fra loro diversissime.

Successivamente, dopo il constatato fallimento del proibizionismo, subentrava, con la legge 22 dicembre 1975, n. 685, il periodo

132, convertito con modificazioni nella legge 14 luglio 1993, n. 222.

⁴ A. Manna, *Legislazione “simbolica” e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. Bricola e G. Insolera, Padova, Cedam, 1991, 20

dell'assistenzialismo in cui il consumatore di quantità modiche di stupefacenti era sottratto alla normativa penale, mentre era massimo lo sforzo delle istituzioni pubbliche, più teorico che pratico, per fornire assistenza morale e materiale ai tossicodipendenti.

La legge 685/75, adotta un sistema definito a “forbice”, nel senso che, partendo dal presupposto che il tossicomane non può più essere qualificato né un vizioso, né tanto meno un delinquente, bensì solo un malato⁵, adotta per quest'ultimo non già trattamenti punitivi, riservati invece al traffico di stupefacenti, in una ottica general-preventiva, bensì curativi, in una visione più orientata alla prevenzione speciale. La novità, pertanto, di tale legge consiste in un arretramento del tradizionale intervento punitivo nei confronti del consumo di modiche quantità di stupefacenti, il che però non significa affatto che ciò abbia comportato una sostanziale libertà di drogarsi. Una lettura attenta della legge dimostra che la detenzione di modiche quantità di stupefacenti, ex art. 80 c. 2, costituisce sempre un atto illecito, per cui la norma in questione prevede solo una condizione di non punibilità, in quanto la sostanza stupefacente è soggetta a confisca.

Non va inoltre dimenticato che la legge 685/75 non si limita a non punire, in senso tradizionale, il detentore di piccoli quantitativi di stupefacente, bensì ne prevede (artt. 99 ss), il trattamento terapeutico obbligatorio, il quale, almeno nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto fungere quasi da “misura sostitutiva” della detenzione prevista nella precedente legge del 1954.

Ciò che comunque appare evidente è che sicuramente la *voluntas legislatoris* non era quella di consentire di fatto una diffusa libertà di drogarsi, per cui, se ciò si è inteso, o si è voluto intendere, è dipeso soprattutto dalla circostanza per cui la legge 685, nella parte relativa ai trattamenti riabilitativi, è rimasta sostanzialmente disapplicata.

⁵ Così la Relazione Commissione Giustizia e Sanità alla legge 22 dicembre 1975, n. 685, in *Atti Senato VI leg.*, stampato n. 4- 819A.

Anche noi aderiamo alla tesi di Adelmo Manna⁶, il quale ravvisa l'origine della necessità, avvertita dalla maggioranza parlamentare, di rivedere sostanzialmente la legge 685, nel senso di prevedere ancora una volta la sanzione penale per il semplice consumo di stupefacenti, in un mutato clima internazionale dominato, soprattutto, nel settore che qui ci interessa, dalla politica nordamericana, tendente a combattere con ogni possibile mezzo, non solo affidato al diritto penale, ma anche all'esercito, ciò che emblematicamente viene chiamata "lotta alla droga".

Espressione di questo mutamento di indirizzo internazionale a livello politico-criminale risulta essere anche la legge 26 giugno 1990, n. 162.

Con tale intervento legislativo si tende infatti di nuovo a reprimere l'intero ciclo della droga, con una differenza tuttavia assai significativa rispetto alla legge del 1954. Infatti non si adotta più la pena privativa della libertà personale per l'assuntore anche di piccoli quantitativi di stupefacenti, bensì sanzioni diverse e per certi versi *sui generis*. Il tossicodipendente non è considerato un malato o un emarginato bisognoso di cura o di assistenza, ma un soggetto responsabile, titolare di diritti ma anche di doveri di solidarietà nei confronti della collettività. Di conseguenza non vi è ragione di sottrarlo alla punizione per gli atti compiuti contro l'interesse della collettività stessa, anche se il consumo di minime quantità di sostanze stupefacenti è sanzionato con misure esclusivamente amministrative e non criminali.

I principi della riforma del 1990 si rivelano una scelta di compromesso tra l'assistenzialismo della soluzione adottata nel 1975 e il proibizionismo della formula del 1954.

La legge 162/1990 (poi integrata con la precedente disciplina dal d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti, alla cui normativa faremo riferimento nel corso di questa dissertazione), si caratterizza per l'inasprimento delle previsioni sanzionatorie e, soprattutto, per la sostituzione della causa di non punibilità della modica quantità (art. 80 l. 685/1975), con la nozione di dose media giornaliera (art. 75) a cui corrisponde, come detto in precedenza, una gamma di

⁶ A. Manna, *Legislazione "simbolica" e diritto penale*, cit., 1991, 22.

sanzioni amministrative, un complesso “patto terapeutico” (coatto), con sullo sfondo, comunque, l’inflizione di una pena ex art. 76 ult. comma (ora abrogato a seguito di referendum abrogativo).

Secondo i riformatori del 1990, dal punto di vista repressivo la legge del 1975 aveva anzitutto fallito perché la causa di non punibilità della modica quantità da un lato aveva indotto nei consumatori la convinzione della sostanziale liceità dell’uso voluttuario, dall’altro aveva consentito la copertura dell’attività di spaccio, se accortamente frazionata.

Ecco quindi la soluzione di fornire parametri sottratti alla discrezionalità giudiziale, adattabili, nella loro elaborazione governativa, alle muscolose intenzioni dell’esecutivo.

Proprio su questo punto si manifestò immediatamente la reazione, in particolare della giurisprudenza di merito, che sottopose la questione della dose giornaliera ad un reiterato vaglio della Corte Costituzionale.

La Consulta, con tre sentenze (nn. 333 del 1991, 133 e 308 del 1992), pur non contrastando le scelte del legislatore del 1990, fu costretta tuttavia ad estendere, anche a questo campo, quel discutibile ricorso all’art. 49 cpv. c.p. Rimaneva così “precipuo dovere del giudice di merito- nelle ipotesi peculiari in discorso- apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se l’eccedenza eventualmente accertata sia di modesta entità così da far ritenere che la condotta dell’agente – avuto riguardo alla ratio del divieto di accumulo e tenuto conto delle particolarità delle fattispecie – sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante (così come già affermato da questa corte nella sentenza 62/86)”.

In questo modo, ad opera della Corte costituzionale si riattribuiva al momento dell’accertamento giudiziale quel margine di discrezionalità, rinnegato invece dai riformatori del 1990: discrezionalità basata, tuttavia, su di un paradigma di concreta offensività, in vero incerto, se non suscettibile di applicazioni arbitrarie.

All'accertamento giudiziale era riattribuito un margine, quanto meno equitativo, per attenuare la inflessibilità di scelte che si erano rivelate improntate ad un rigorismo difficilmente gestibile e non circondato da un adeguato consenso sociale: basti ricordare l'impennata dei tassi di carcerizzazione per reati di droga, non certo ascrivibile ai successi nella lotta al narcotraffico, con la connessa, dolente realtà, delle alte percentuali di detenuti tossicodipendenti.

Ciò impose, già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge, il varo di modifiche che confermavano, da un lato, la scarsa ponderazione delle sue scelte, animate più da finalità di propaganda politica che da una razionale strategia di intervento (penale ed extrapenale), dall'altro, le incertezze e le labilità della stessa maggioranza che l'aveva sostenuta in un lungo e combattuto dibattito parlamentare. In questo senso, non è privo di significato che si sia dovuto adottare lo strumento del decreto legge per affrontare l'urgenza di contrastare gli effetti di una disciplina appena approvata. Così il d.l. 8 agosto 1991, n. 247, che modificò l'art. 73 (e 380 c.p.p.) a seguito dell'ondata emotiva provocata dal suicidio in carcere di giovani consumatori arrestati per la detenzione di piccole quantità di stupefacenti che, però, eccedevano la nozione rigida di dose media giornaliera.

Si consentì, quindi, di far rilevare la sussistenza dell'attenuante del fatto di lieve entità (art. 73 c. 5) già ai fini dell'arresto obbligatorio in flagranza⁸.

Ma è in questo contesto che si inserisce anche la vicenda del referendum abrogativo proposto contro le norme penalizzanti l'uso personale: forse, in ordine di tempo, l'ultima consultazione che esprime appieno il valore di quello strumento di democrazia diretta, destinato a far esprimere l'elettorato su questioni di fondo, coinvolgenti scelte etiche o di costume, al di fuori degli schieramenti di partito.

Occorre ricordare come, nell'ammettere il referendum valutandone la legittimità sotto il profilo dell'art. 75 c. 2. Cost., la Corte costituzionale⁹

⁷ Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, III, 2647 ss.

⁸ G. Insolera, *Introduzione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino, Utet, 1998, XVIII

non rinvenisse obblighi assunti dallo Stato italiano, per effetto di trattati internazionali, riguardanti le norme sottoposte a consultazione in tema di uso personale di stupefacenti.

Nella motivazione di tale sentenza, infatti, si può leggere che: “In relazione al limite relativo alle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali o psicotrope per uso personale [...] non si pone in contrasto né con la Convenzione di New York del 1961 (che, con gli artt. 33 e 36 si limitava a stabilire che dovesse essere vietata la detenzione non autorizzata di stupefacenti, senza nulla specificare in ordine alla natura delle sanzioni da comminare per le infrazioni), né con la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 5 novembre 1990, n. 328: è pur vero che l’art. 3 di quest’ultima Convenzione stabilisce, al paragrafo 2, che “fatti salvi i propri principi costituzionali ed i concetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico, ciascuna parte adotta le misure necessarie per attribuire la natura del reato conformemente alla propria legislazione interna [...], alla detenzione e all’acquisto di stupefacenti e di sostanze psicotrope, alla coltivazione di stupefacenti destinati al consumo personale [...]”; ma la convenzione stessa [...] lascia espressamente alla scelta discrezionale degli Stati contraenti la possibilità di prevedere, per i casi in esame, misure diverse dalla sanzione penale; infatti, il successivo paragrafo 4, alla lettera c), stabilisce che “nonostante le disposizioni dei capoversi precedenti, in casi adeguati di reati di minore entità le parti possono in particolare prevedere in luogo di una condanna o di una sanzione penale, misure di educazione, di riadattamento o di reinserimento sociale, nonché qualora l’autore del reato sia un tossicomane, misure di trattamento terapeutico e di assistenza sanitaria post-ospedaliera”; e il successivo punto d) precisa che le misure suddette possono essere previste non solo in aggiunta, ma anche in sostituzione della condanna o della pena; infine, il paragrafo 11 dello stesso art. 3 espressamente dichiara che “Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica il principio secondo il quale la determinazione dei reati che ne

⁹ Corte Cost. 4 febbraio 1993, n. 28, in *Giur. cost.*, 1993, I, 199 ss.

sono oggetto ed i mezzi giuridici di difesa relativi sono di esclusiva competenza del diritto interno di ciascuna parte”, né il principio “in base al quale i predetti reati sono perseguiti e puniti in conformità con detta legislazione.”¹⁰.

Dopo avere sottolineato che il sistema penale deve essere considerato l'*extrema ratio* di tutela dei beni giuridici, la Corte conclude stabilendo che “In virtù della salvaguardia disposta dal paragrafo 2, tale principio, in quanto “concetto fondamentale” del nostro ordinamento giuridico interno, sarebbe comunque idoneo a condizionare contenuto ed efficacia della clausola e ad escludere che con essa lo Stato italiano si sia vincolato a configurare come reato la detenzione di stupefacenti per uso personale, senza possibilità di orientarsi verso altre misure, ove ritenute idonee e sufficienti per perseguire le finalità di controllo, di tutela e di recupero collegate al fenomeno in questione”¹¹

Cadeva così uno degli argomenti, per altro ancora oggi ricorrentemente proposto in modo mistificante: quello dei vincoli internazionali che imporrebbero obblighi di penalizzazione anche di condotte riferibili al c.d. uso voluttuario.

Con l’abrogazione delle norme di cui all’art. 72 c. 1 e di una serie di altre disposizioni che ruotavano attorno al concetto di dose media giornaliera, era completamente ribaltata la prospettiva che intendeva annullare la discrezionalità giudiziale nell’identificazione delle condotte non punibili, in quanto estranee al traffico.

Nel nuovo quadro, al contrario, la questione è totalmente rimessa al giudice. Ciò avviene con la valutazione di un mero connotato intenzionale, costituito dalla finalità di uso personale.

E, come vedremo nel prosieguo del presente studio, è proprio attorno ai suoi criteri di accertamento che oggi si manifestano i principali problemi interpretativi, con la riacquisita centralità del momento giurisprudenziale.

Ma, a ben vedere, anche nell’impianto originale della legge il “sospetto” nei confronti della discrezionalità giudiziale riguardava solo la nodale questione dell’uso personale: ad essere temuta dalla maggioranza

¹⁰ *Ibidem*, 203.

dell'epoca, per altro con fondamento, era una giurisprudenza non allineata con la politica governativa di rigore su questo argomento.

Il Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti (d.p.r. 309/1990), pur modificando alcune norme contenute nel codice penale o in leggi speciali, nulla dice in merito al delicato problema dell'imputabilità del soggetto assunto di sostanze stupefacenti che commetta un reato in relazione, in conseguenza o a causa dell'uso delle sostanze stesse. Ecco perché non possiamo fare a meno di trattare la materia, pur limitandoci alle sole ipotesi di assunzione volontaria, abituale e cronica, la cui normativa (artt. 93, 94, 95 c.p.) è rimasta immodificata nonostante il trascorrere degli anni, il mutare della società, le nuove acquisizioni delle scienze mediche e il dilagare del fenomeno, soprattutto a partire dalla metà degli anni sessanta.

La carenza da parte del legislatore era già stata evidenziata nel corso dei lavori preparatori alla legge di riforma¹², osservandosi tra l'altro che il tossicodipendente può essere spinto al delitto senza rendersi conto del disvalore sociale dei suoi atti e che l'ipotizzabilità di nuove misure di sicurezza, sostenute da adeguate strutture socio-sanitarie, avrebbero potuto fornire strumenti più utili rispetto all'applicazione della pena detentiva.

¹¹ *Ibidem*, 204.

¹²G. Ambrosini, *Un problema trascurato: l'imputabilità del tossicodipendente*, in *Droga, tossicodipendenza e legge*. Riflessioni in magistratura democratica, a cura di Pepino, Milano, Giuffrè, 1989, 144.

CAPITOLO I

IMPUTABILITA' E SANZIONI

1. L'imputabilità

La nozione di imputabilità ci è data dall' art.85 c.p. il quale dopo aver sancito che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile”, stabilisce che “è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”.

Nella sua duplice specificazione di capacità di intendere e volere, l'imputabilità costituisce una qualità, un modo di essere dell'individuo in riferimento alla sua maturità psichica e alla sua sanità mentale; essa si distingue naturalisticamente e normativamente dalla colpevolezza la quale fa riferimento più propriamente alla volontà concreta del fatto. Se le condizioni di maturità psichica e sanità mentale esistono, e quindi, lo sviluppo intellettuale appare sufficiente, l'ulteriore livello intellettuale è irrilevante: in una sentenza, la Suprema Corte ha annullato la decisione della Corte di merito che aveva assolto per insufficienza di prove l'imputato, perché non brillava per intelligenza, pur avendolo riconosciuto capace di intendere e di volere.¹³

L'imputabilità non può mancare nell'individuo che si trovi in normali condizioni psichiche e nell'ipotesi dell'adulto essa è presunta *iuris tantum*, a differenza dell'imputabilità del minore degli anni diciotto e maggiore degli anni quattordici che deve essere accertata di volta in volta. L'obbligo della motivazione pertanto va sempre osservato nel caso del minore, mentre nell'ipotesi dell'adulto nasce solo se emergano elementi valevoli a porre in discussione la presunzione di cui sopra.

L'art. 85 c.p. fissa i presupposti dell'imputabilità nella “capacità di intendere e di volere”.

¹³ Cass., sez. III, 21 maggio 1984, Di Mario, *Giust. pen.* 1985, II, 219.

Si è detto che la capacità di intendere, quale facoltà intellettuale, può continuare ad essere definita come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi¹⁴. La possibilità di sapere di trasgredire una norma, o di apprendere il disvalore giuridico del fatto o comunque, di violare un dovere è estraneo al contenuto di quella facoltà: il rendersi conto del valore sociale del proprio comportamento non ha nulla a che vedere con la coscienza dell'illiceità penale del fatto.

La capacità di volere consiste, invece, nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore: in altri termini, è attitudine a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti¹⁵.

Affinché sussista l'imputabilità occorre il concorso dell'una e dell'altra capacità: se una sola manca il soggetto non è imputabile.

L'imputabilità deve sussistere in tutti e tre i momenti in cui si sviluppano il reato e le sue conseguenze: quello attuativo, quello del suo accertamento, quello della esecuzione della relativa sanzione penale (detentiva); la sua mancanza produce conseguenze diverse a seconda del momento in cui interviene: se nel primo momento, si ha la non punibilità dell'autore per mancanza di imputabilità; se nel secondo, la sospensione del procedimento; se nel terzo, il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena.¹⁶

Sussistendo le condizioni richieste dall'art. 85 c.p. (capacità di intendere e di volere), è irrilevante che l'agente ignori le conseguenze penali della sua attività, dato che l'ignoranza della legge penale è inescusabile,¹⁷ indipendentemente dall'età del soggetto e con la sola limitazione che egli sia capace di intendere e di volere la propria

¹⁴ G, Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*. Parte generale, Bologna, Zanichelli, 1996, 3° ed., 289.

¹⁵ *ibidem*, p. 289.

¹⁶ Cass., sez. I, 16 dicembre 1983, Avignone, in *Riv. pen.* 1984, 845.

¹⁷ L'art 5 c.p., infatti, ci dice che: “ Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”. Occorre comunque ricordare che la Corte cost. con sentenza 24 marzo 1988, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità della legge penale l'ignoranza inevitabile.

condotta, cioè determinarsi liberamente ad una specifica azione, comprendendone appieno il significato.¹⁸

Coerente con queste premesse è la soluzione data al problema del malore improvviso che si pone spesso in tema di reati colposi nella circolazione stradale, e che in passato è stato oggetto di controversie. Il malore improvviso è uno scompenso, prevalentemente collegato ad una alterazione organica, oppure di natura funzionale, che insorge repentinamente senza essere preceduto da alcun segno premonitore, determinando la perdita o il grave perturbamento della coscienza, con conseguente impedimento o notevole compromissione della funzione motoria.¹⁹ Di conseguenza, anche se deve riconoscersi che non sempre risulta così chiaro, esso dovrebbe essere ricondotto sotto il profilo dell'imputabilità e non sotto quello dell'esimente del caso fortuito; il relativo onere della prova non si può dunque porre a carico dell'imputato.²⁰

Il disposto dell'art. 85 c.p. vincola l'imputabilità ai soli presupposti della capacità di intendere e volere, pertanto si deve ritenere che unicamente queste capacità abbiano rilevanza per l'imputabilità stessa, così da escludere che si pongano tra i suoi presupposti altri aspetti della personalità dell'agente. Infatti, come ha rilevato anche la giurisprudenza,²¹ purché quella capacità di intendere e volere sussista, ogni altra e diversa facoltà psichica, e le relative anomalie non spiegano alcuna influenza sull'imputabilità.

Questo per altro verso conferma che il difetto anche di uno solo di quei due presupposti della imputabilità rende impossibile in concreto, l'applicazione della pena all'autore di un fatto previsto dalla legge come reato.²²

¹⁸ Cass., sez. IV, 19 dicembre 1975, Ceredi, in *Giust. pen.*, 1976, II, 525.

¹⁹ A. Brancaccio, *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale*, Giuffrè, Milano 1988 – 1992.

²⁰ Cass., sez. IV, 6 dicembre 1982, Messa, in *Arch. Circolaz.* 1983, 640.

²¹ Cass., 17 novembre 1967, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1968, 1089, ove si precisa che dalla nozione di vizio di mente esulano tutte quelle anomalie che, pur influenzando nel processo di determinazione, non siano conseguenti ad uno stato patologico suscettibile di escludere o diminuire la capacità di intendere e volere, intesa appunto quale attitudine del soggetto a valutare il significato e gli effetti della propria condotta e ad autodeterminarsi nella selezione dei molteplici motivi.

²² A. Crespi, voce Imputabilità, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970 p.772.

Naturalmente la presenza dei presupposti richiesti dall'art. 85 c.p. (capacità di intendere e di volere) non esclude che, oltre alla pena, sia applicata altresì la misura di sicurezza, così come non esclude che possa essere applicata esclusivamente quest'ultima qualora il soggetto non imputabile o non punibile sia ritenuto socialmente pericoloso: l'espressione "non punibile", contenuta negli artt. 85 e ss., va intesa nel senso di "non assoggettabile a pena" e non già nel più ampio, e generico, significato di "non assoggettabile a sanzione penale", senza pregiudizio quindi, della possibilità di sottoporre l'autore del fatto ad una misura di sicurezza.

A conclusione del breve quadro fatto in materia di imputabilità, occorre aggiungere che in tema di accertamento si è consolidato l'orientamento per cui la capacità di intendere e volere può essere desunta, indipendentemente da un accertamento tecnico, dall'esame congiunto della condotta e della personalità dell'imputato, nonché delle modalità e della natura dei fatti commessi²³.

1.1. La colpevolezza

Molto si è discusso sull'essenza della colpevolezza e a contendersi il campo sono due teorie. La prima, che si riallaccia alle dottrine tradizionali e va sotto il nome di "concezione psicologica", ravvisa l'elemento della colpevolezza nel nesso psichico tra l'agente e il fatto esteriore. Questa concezione non può ritenersi completa perché ha avuto il torto di non aver dato il necessario risalto ad un aspetto che pure è essenziale alla colpevolezza, e cioè il carattere antidoveroso della volontà.

Il Mantovani ritiene che merito della teoria psicologica sia quello di aver posto in luce «l'imprescindibile base naturalistico-psicologica della colpevolezza e, quindi, della responsabilità penale, la quale postula

²³ Cass., sez. VI, 12 febbraio 1980, Aloisio, Giust. pen. 1981, II, 25.

innanzitutto un atteggiamento della volontà»²⁴. Egli però non si nasconde che essa presenti anche alcuni limiti che individua nel fatto che «è fallita nello sforzo dogmatico di costruire la colpevolezza come concetto di genere, astruendo gli elementi comuni del dolo e della colpa, trattandosi dal punto di vista psicologico di due realtà irriducibili: il dolo è una entità psicologica reale (coscienza e volontà) e la colpa una entità psicologica potenziale »²⁵.

Il secondo limite che il Mantovani rileva nella concezione psicologica è dato dal fatto che anche quando non respinge programmaticamente ogni gradualità della colpevolezza, tuttavia la gradua non secondo criteri di valore, ma secondo inadeguati criteri meramente psicologici, da cui i «motivi interni» restano estranei e che si incentrano, per il dolo, nella maggiore o minore «spontaneità» dell'atto o nella intensità e persistenza della deliberazione criminosa e, per la colpa, nella maggiore o minore prevedibilità dell'evento²⁶

Una seconda più recente dottrina, che prende il nome di “concezione normativa”, ravvisa l'essenza della colpevolezza nel rapporto di contraddizione tra la volontà del soggetto ed una norma. La colpevolezza, secondo questa nuova accezione, consiste nella valutazione “normativa” di un elemento psicologico, e precisamente nella rimproverabilità dell'atteggiamento psicologico tenuto dall'autore.

Nel sostenere che il “fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre²⁷, l'elemento “comune” al dolo e alla colpa finisce con l'essere appunto costituito dall'atteggiamento antidoveroso della volontà presente in entrambi i casi: in tutte e due le ipotesi, infatti il soggetto ha agito, consapevolmente o meno, in modo difforme da come l'ordinamento voleva che agisse.

Tale teoria però, ha il demerito di considerare la colpevolezza come un giudizio di valore, un giudizio di riprovazione per un contegno diverso da

²⁴ F. Mantovani, *Diritto penale.*, Padova, Cedam, 1992, 294

²⁵ *Ibidem*, 294.

²⁶ *Ibidem*, 294

²⁷ G. Delitala, *Diritto penale*. Raccolta degli scritti, Milano, Giuffrè, 1976.

quello dovuto, trascurando così un elemento importante della colpevolezza: il contenuto psichico della volontà colpevole.

Entrambe le teorie esposte contengono un *quid* di vero. La “concezione psicologica” ha ragione quando ravvisa la colpevolezza in un nesso psichico tra l’autore e l’evento criminoso: “nel rapporto psicologico tra l’azione e l’agente che cagiona un evento voluto, o non voluto, ancorché preveduto, ma prevedibile”.²⁸

La concezione normativa d’altra parte è nel giusto quando afferma che la colpevolezza è sempre una manifestazione di volontà diversa da quella a cui il soggetto era tenuto.

Per le considerazioni ora esposte si ritiene che la colpevolezza si possa definire come: “l’atteggiamento antidoveroso della volontà, che ha dato origine al fatto materiale richiesto per l’esistenza del reato”.²⁹

Altro problema relativo alla colpevolezza, rimasto tuttora insoluto è quello del suo rapporto con l’imputabilità.

Secondo la dottrina dominante l’imputabilità costituisce il presupposto necessario di ogni forma di colpevolezza, la quale in assenza dell’imputabilità non può assolutamente sussistere. Con ciò si vuol dire che se un soggetto, ad esempio, non ha ancora raggiunto la capacità di intendere e di volere o è infermo di mente, non si può parlare né di dolo, né di colpa. La teoria suddetta costruisce l’imputabilità come presupposto della colpevolezza.³⁰

Per un’altra parte della dottrina invece, l’imputabilità e la colpevolezza risultano non solo due categorie distinte, ma anche tra loro indipendenti, al punto che si ritiene che il dolo e la colpa non implicano necessariamente l’imputabilità dell’agente, il quale, dunque, può essere ritenuto colpevole anche se non imputabile.³¹

²⁸ Così definì la colpevolezza G. Bellavista, ne *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942, p.133.

²⁹ Così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*. Parte generale, Milano, Giuffrè, 1994, p.295.

³⁰ In tal senso, F. Mantovani, *Diritto penale.*, cit..

³¹ In tal senso vedi, M Portigliatti Barbos – G. Marini, *La capacità di intendere e volere nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè 1964, p.15. Essi ritengono improprio il riferimento a rapporti intercorrenti tra capacità di intendere e volere e colpevolezza e ritengono (ivi p.279) che “i requisiti.....astrattamente richiesti per l’esistenza del reato.....siano identici, sia esso commesso in presenza o in assenza della capacità naturalistica”.

Questa affermazione si basa sul rilievo che le norme che regolano la riferibilità psichica del fatto all'autore (artt. 42, 45, 46 c.p.) valgono anche nei confronti dei non imputabili (ad es. non potrebbe essere applicata la misura del riformatorio giudiziario al minore che abbia commesso un furto mediante una violenza fisica irresistibile).

Altro argomento a sostegno della tesi della indipendenza dei due istituti è il contenuto degli artt. 222, 224 c.p. Queste norme fissano per le misure del riformatorio giudiziario e dell'ospedale psichiatrico dei minimi di durata che dipendono dalla gravità del reato, e poiché nel nostro sistema penale, per stabilire la gravità del reato (ex art.133 c.p.) hanno un peso decisivo gli elementi del dolo e della colpa, il giudice non può applicare gli artt. 222, 224 c.p. senza accertare che il fatto compiuto dall'infermo di mente o dal minore di età sia doloso o colposo.

Sull'argomento anche la giurisprudenza riflette in parte le incertezze della dottrina.

Mentre alcune decisioni considerano l'imputabilità quale presupposto della colpevolezza, altre invece, mostrano di aderire alla tesi per cui è possibile ravvisare la colpevolezza nel fatto del non imputabile; e ciò perché l'imputabilità e la colpevolezza devono considerarsi due istituti distinti e tra loro indipendenti.

Tra le varie decisioni conformi al primo indirizzo possiamo citare quella secondo cui: "l'imputabilità costituisce non solo il presupposto logico – giuridico, ma altresì naturalistico della colpevolezza, in quanto solo chi è capace di intendere e di volere (imputabile) può in concreto determinarsi in modo penalmente rilevante nella coscienza e volontà della condotta, cioè può essere considerato colpevole".³²

In senso sostanzialmente conforme un'altra decisione della Cassazione secondo la quale: "in difetto di imputabilità non si deve procedere al giudizio di colpevolezza, e si deve pertanto prosciogliere con la corrispondente formula, e non per mancanza di dolo, salvo che per l'incapace ricorrano eventuali cause di non punibilità".³³

³² Cass., sez. II, 9 aprile 1972, Meneschini, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1973, 1018.

³³ Cass., sez. I, 6 giugno 1972, Piromalli, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1973, 1242.

Diversa concezione invece, sottendono altre decisioni della Cassazione. E' stato infatti affermato che: "la capacità di intendere e di volere, cioè l'imputabilità, attiene alle condizioni psicofisiche del soggetto e costituisce un suo *status* estraneo al fatto – reato, essendo rilevante solo ai fini della capacità giuridica penale. Invece la coscienza e volontà attengono al criterio in base al quale al soggetto può essere attribuita in concreto la causalità psichica di una determinata condotta penalmente rilevante, ed è inerente al concetto di reato di cui costituisce l'aspetto soggettivo, secondo la fondamentale duplice qualificazione del dolo e della colpa"³⁴.

In un'altra decisione della Cassazione così si legge: "l'indagine sul dolo non è preclusa dall'incapacità di intendere e di volere del soggetto, poiché l'imputabilità non è presupposto della colpevolezza. Questa infatti, concerne il reato e non il reo, onde ne è necessario l'accertamento per determinare la specie e la durata della misura di sicurezza"³⁵.

A prescindere dalle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, occorre pur sempre fare i conti con le scelte operate dal legislatore del '30: richiamo nell'ambito del diritto penale del fatto previsto dalla legge come reato e commesso dal non imputabile; dualismo delle sanzioni comminate (pene e misure di sicurezza), a seconda della presenza o assenza dell'imputabilità; necessità di ricostruire il fatto del non imputabile in termini conformi agli schemi delineati in via generale dal legislatore.

³⁴ Cass., sez. III, 9 marzo 1973, Perniola, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1974, 792.

³⁵ Cass., sez. I, 9 gennaio 1971, Lazzari, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1973, 94.

1.2. *La pena.*

Parlare di sanzione penale equivale ad evocare l'idea di un castigo inflitto all'autore di un fatto illecito. Se le cose fossero così semplici, non si spiegherebbe come mai sul problema inerente alle funzioni della pena sono stati "consumati" fiumi di inchiostro da parte degli appartenenti alle diverse scuole penalistiche.

In realtà, dobbiamo riconoscere che il momento afflittivo implicito nella pena può essere strumentalizzato per il raggiungimento di fini diversi che possono mutare nel corso dell'evoluzione storica e con il mutamento della società.

Nel mondo primitivo, la pena è vista come forma di rifiuto comunitario del soggetto, autore del fatto di reato, che comporta sempre la morte civile di questo, il quale viene privato della cittadinanza, quando non della vita stessa, e di ogni altro diritto, sia personale che patrimoniale.

Con l'evolversi delle varie civiltà la pena si viene accentrando sulla privazione o diminuzione di singoli beni individuali: vita, integrità personale (pene corporali e mutilazioni), libertà, patrimonio, capacità (pene interdittive).

Ma perché si punisce? A quali pene conviene fare ricorso? Quali sono quelle che meglio garantiscono il contenimento della criminalità?

Le opinioni inerenti il problema del fondamento della pena sono innumerevoli, tuttavia si possono tutte ricondurre alle seguenti quattro categorie fondamentali: a) retributiva; b) della emenda; c) generalpreventiva; d) specialpreventiva.

Ora, volendo riservare attenzione particolare alle categorie sub a), c) e d), della teoria della emenda ci limitiamo a dire che essa vede la pena come un qualcosa proteso verso il ravvedimento spirituale del reo, nel senso che l'attenzione viene spostata dalla semplice inflizione retributiva di un male ai suoi effetti in termini di liberazione dalla colpevolezza.

Secondo la *teoria della retribuzione*, il bene va ricompensato con il bene e il male con il male. In altri termini, la società organizzata ricorre alla pena retributiva, cioè ad una sofferenza ritenuta proporzionata al

fatto commesso, inflitta in ragione di ciò che è accaduto, come reazione ad esso, senza un legame necessario con l'avvenire, per ristabilire un equilibrio infranto³⁶

Caratteri essenziali della pena retributiva sono: la personalità, la proporzionalità, la determinatezza e la inderogabilità della pena stessa.

Si parla di personalità della pena in quanto questa non può che essere applicata a colui che ha commesso il fatto di reato.

Il carattere personale della pena ha portato all'abolizione della sua applicazione nei confronti di persone del tutto estranee al fatto criminoso (responsabilità per fatto altrui); alla abolizione delle sanzioni applicate a coloro che si trovano in rapporto di parentela con l'autore del fatto di reato (confisca del patrimonio); nonché all'affermazione del principio generale in base al quale la morte del reo estingue il reato.

Per proporzionalità della pena si intende che questa, per potersi dire giusta, deve essere proporzionale alla concreta gravità del reato.

Come è stato autorevolmente affermato: “Nella proporzionalità della pena sta la forza morale, la giustizia della pena³⁷”.

Dal momento che la pena deve essere proporzionata ad un male determinato, ciò vuol dire che determinata deve essere anche la sanzione comminata. Dal punto di vista retributivo infatti, sarebbe un non senso l'applicazione di una pena fissata nel minimo ma non nel massimo.

L'ultimo carattere essenziale della pena retributiva, vale a dire la sua inderogabilità, sta a significare che essendo il corrispettivo di un male commesso, questa deve essere sempre e necessariamente scontata dal reo.

Autorevole voce³⁸, nell'affermare che la retribuzione è l'essenza e la natura stessa della pena criminale, si rifà alla concezione del Merkel secondo il quale la giusta retribuzione inflitta al colpevole come reazione alla violazione da lui compiuta persegue tutta una serie di scopi e di funzioni tra cui primeggiano la squalificazione del fatto, il mantenimento e il ristabilimento dell'ordine sociale, la soddisfazione degli offesi e la

³⁶ G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1961, 306.

³⁷ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 745

³⁸ G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze*, cit., 307.

sicurezza della collettività, la prevenzione di private vendette e la prevenzione sia generale che individuale di altri delitti.

Tale voce, dopo essere giunta alla conclusione che la pena retributiva varia a seconda delle esigenze o degli scopi che a questa vengono assegnati nel corso dell'evoluzione storica (castigo, espiazione morale, vendetta della società, riaffermazione dell'ordine morale violato, restaurazione dell'autorità della norma giuridica, ecc.), afferma che funzione della pena è quella della "riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto [...] che si ritiene di non potere esprimere in modo abbastanza chiaro e vigoroso se non attraverso l'inflizione di un male al soggetto giudicato autore (colpevole) del torto"³⁹.

Attraverso siffatta conclusione si risponde anche a quella parte della dottrina la quale ritiene che finalità primaria ed insostituibile della pena sia la ricostruzione o reintegrazione dell'ordine morale mediante il soddisfacimento del sentimento di giustizia. Vassalli, infatti, non nega che lo Stato possa e debba porsi tra i propri fini quello dello di assicurare che le più gravi offese alla morale non rimangano impunte, ma ritiene che la reintegrazione dell'ordine morale violato avviene per effetto della reintegrazione dell'ordine giuridico che ha fatto proprie quelle istanze morali traducendole in norme giuridiche⁴⁰.

Accanto a questo primario fine della pena, si pone quello della *teoria della prevenzione generale*: la pena pubblicamente inflitta per un fatto solennemente squalificato vale come esempio per tutti coloro che potrebbero essere spinti al delitto. Anzi, si è tenuto a porre in rilievo come la prevenzione stessa non vada identificata nel solo effetto intimidativo, ma altresì nella sua influenza moralizzatrice od educativa, che si esplica attraverso la disapprovazione sociale dell'atto e la connessa creazione di un codice morale per la pubblica opinione, portata a subire contropinte coscienti e incoscienti alle spinte criminose⁴¹.

³⁹ *Ibidem*, 311.

⁴⁰ *Ibidem*, 315

⁴¹ *Ibidem*, 319.

Consistendo in un male proporzionato al piacere conseguibile con il reato, la pena agisce psicologicamente come contropinta rispetto al desiderio di procurarsi quel piacere che costituisce la spinta criminosa⁴².

L'ultima tra le funzioni fondamentali della pena è quella che prende le mosse dalla *teoria della prevenzione speciale*: la pena ha la funzione di eliminare o ridurre il pericolo che il soggetto, cui viene applicata, ricada in futuro nel reato. Essa include ogni finalità assegnata alla pena in vista del futuro del singolo delinquente, sia sotto un profilo strettamente personale, sia nei suoi rapporti con la società, operando su un piano naturalistico, attraverso un processo di riadattamento del soggetto alla vita sociale mediante l'eliminazione o attenuazione dei fattori che ne hanno determinato o favorito il delitto.

Perché ciò accada devono però essere sacrificati i fini intimidativi della prevenzione generale e posti in crisi i caratteri della proporzionalità, della determinatezza e della inderogabilità, che sappiamo essere i segni distintivi della pena retributiva.

Infatti, dovendo essere adeguata alla personalità e ai bisogni risocializzativi dell'autore del fatto di reato, la pena deve essere adeguata rispetto a questo e non, invece, alla gravità del reato e della colpevolezza. Ancora: non potendosi stabilire a priori quando il soggetto sarà risocializzato, la pena deve essere protratta fino a quando ciò non avvenga, con buona pace del carattere della determinatezza della medesima.

Infine, potendosi ritenere deterrente sufficiente ricorrere, in certi casi, a misure diverse dalla pena detentiva (sospensione o liberazione condizionale), al fine di evitare la recidiva, deve necessariamente essere sacrificato il principio dell'inderogabilità della pena, secondo il quale questa, in quanto corrispettivo di un male commesso, deve essere scontata dal reo sempre e necessariamente.

Secondo il Mantovani le varie teorie esposte peccano, tutte, di assolutezza. Egli ritiene che le teorie della retribuzione e della prevenzione generale ignorino la realtà dei soggetti che cadono o

⁴² F. Mantovani, *Diritto penale*, cit. 747.

ricadono nel delitto nonostante la minaccia del castigo e la sua concreta esecuzione. Allo stesso modo sostiene che la teoria della prevenzione speciale dimentichi, a sua volta, i soggetti che non abbisognano di una vera e propria opera rieducativa, nei confronti dei quali la pena non può avere che una funzione retributivo-dissuasiva. La teoria della retribuzione morale trova, a detta del Mantovani, il proprio limite nel fatto che l'imperativo morale di punire l'autore del male non vale rispetto ai reati che non possono ritenersi in contrasto coi postulati dell'etica⁴³.

Al di là delle continue trasformazioni subite dalla pena che ne fanno un *mixtum compositum*, in cui l'idea centrale retributiva si combina e si contempera con le istanze preventivo – rieducative, per cercare di conciliare le varie e complesse esigenze della lotta contro il crimine, secondo le mutevoli necessità, tuttavia, citiamo ancora il Mantovani, “l'idea retributiva resta l'idea forza, l'idea centrale del diritto penale della libertà”⁴⁴.

1.3. La pena secondo la Costituzione.

Il discorso sulla funzione della pena non sarebbe completo se non lo si vedesse anche alla luce della Costituzione. Il legislatore costituzionale, infatti, con l'introduzione dell'art. 27 c.3, assume una posizione specifica laddove sancisce che le pene “non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”. Questo assunto ha portato, fra l'altro, ad una serie di problemi in merito alla funzione della misura di sicurezza, della quale si parlerà nel corso del successivo terzo paragrafo al quale si rimanda.

Il Mantovani, il quale rimane anche in questa trattazione il punto di riferimento, ritiene che la Costituzione abbia introdotto una serie di principi che hanno delineato un nuovo sistema punitivo, principi che qualifica: a) della necessità; b) della legalità; c) della proporzionalità; d)

⁴³ *Ibidem*, 748.

⁴⁴ *Ibidem*, 749.

della personalità; e) dell'umanizzazione; f) del finalismo rieducativo della pena.

In merito al principio della necessità della pena, si è sostenuto che questa, essendo considerata elemento garantista, non possa essere sostituita con “misure di difesa sociale”. Infatti, la distinzione operata dall'art. 25 Cost. tra misure di sicurezza e pena, sta proprio a significare che la limitazione dei diritti del soggetto resosi responsabile di un fatto di reato è un elemento ineliminabile della pena. Pertanto, finché la Costituzione fonda il nostro diritto penale sul principio di responsabilità individuale è possibile parlare di sanzioni alternative non alla pena in generale, ma soltanto alla pena detentiva⁴⁵

Per quanto riguarda la legalità della pena, si ritiene che l'art. 25 c. 2 Cost. costituzionalizzi il principio di legalità nel suo duplice contenuto, in conformità all'art. 1 c.p. che già sanciva tale principio rispetto sia al reato che alla pena. Non si potrebbe ritenere “felice” una Costituzione che escluda il principio di legalità alla pena dopo che con l'art. 25, c. 3, lo ha esteso anche alle misure di sicurezza. Si ritiene altresì che il principio di legalità della pena si articoli anch'esso nei sottoprincipi: 1) della riserva di legge; 2) della tassatività; 3) della irretroattività⁴⁶.

Il principio di tassatività così inteso, però, sta a significare che devono essere predeterminati sia i tipi di pena, sia i suoi limiti edittali in rapporto alle singole figure legali di reato. Allo stesso modo, il giudice ha il dovere di applicare la pena nel tipo ed entro i limiti edittali previsti per quel reato, rimanendo nella sua discrezionalità solo la scelta della misura nei limiti previsti e, talora, il tipo della pena. Così facendo, la pena non potrà mai essere incostituzionale in quanto risulta essere determinata sia nel tipo, sia nella misura.

Il principio di proporzione, oltre a caratterizzare l'idea generale di giustizia, costituisce uno dei criteri-guida che presiedono allo stesso funzionamento dello Stato di diritto.

⁴⁵ *Ibidem*, 750.

⁴⁶ Così P.G. Lucifredi, *Note sulla rilevanza cost. del principio “nulla poena sine lege”*, in *Giur. cost.*, 1962, 1626.

Da un lato, all'interno di un'ottica di prevenzione generale, oggi si concorda nell'osservare che la minaccia di una pena eccessivamente severa, o comunque sproporzionata, può suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti⁴⁷.

Dal lato della prevenzione speciale, invece, è necessario sottolineare che un trattamento rieducativo correttamente inteso presuppone che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli viene inflitta.

Quando la Costituzione afferma all'art. 27 che la "responsabilità penale è personale", statuisce sia che la pena non può essere diretta a persona diversa dall'autore del reato, ma anche che essa deve essere adeguata, nella specie e nella quantità, sia alla gravità del fatto che alle condizioni personali dell'agente. Il Mantovani, infatti, ritiene che la norma costituzionale in parola abbia introdotto nell'ordinamento giuridico anche il principio della personalità della sanzione penale⁴⁸.

Con l'affermare che le pene "non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità", il legislatore costituzionale ha inteso bandire ogni trattamento disumano e crudele, escludere dalla pena ogni afflizione, che non sia inscindibilmente connessa alla restrizione della libertà personale. In questo modo vengono messe al bando tutte le tecniche "dissuasive" utilizzate all'interno degli istituti penitenziari per ridurre ad atteggiamenti più "mansueti" quei criminali considerati elementi di disturbo.

Il principio di umanizzazione della pena si completa poi con quello del rispetto della personalità, della dignità del condannato, che ha una portata più ampia e pregnante perché prende in considerazione l'individuo nel suo complesso

In merito al principio del c.d. finalismo rieducativo della pena, sembra anzitutto da escludere che l'art. 27 c. 3 Cost. recepisca l'idea rieducativa in una accezione squisitamente eticizzante, qual è quella sottesa al

⁴⁷ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 638.

concetto di emenda morale: in uno Stato democratico di diritto, finalizzato al conseguimento di scopi “mondani”, rieducare può equivalere non a pretendere il pentimento interiore di un delinquente concepito come individuo isolato, bensì a riattivare il rispetto dei valori fondamentali della vita sociale⁴⁹.

Il concetto di “rieducazione” non può essere identificato col “pentimento”, astrattamente possibile con qualsiasi pena ed in qualsiasi condizione carceraria, ma deve essere inteso come concetto di relazione, rapportabile alla vita sociale e che presuppone un ritorno del soggetto nella comunità e, quindi, come sinonimo di risocializzazione: lo Stato propone i valori dominanti nella società perché il soggetto possa, ove lo voglia, correggere la propria antisocialità, adeguando il proprio comportamento alle regole sociali al fine di un progressivo reinserimento sociale⁵⁰.

L’idea di rieducazione come “obiettivo” allude, come abbiamo visto, al processo di riappropriazione, da parte del delinquente, dei valori fondamentali della convivenza: si tratta di una meta che permane identica, a prescindere dalle caratteristiche personali del destinatario della sanzione.

Ma lo “strumento” o tecnica di rieducazione muterà, a seconda che si abbia a che fare con un emarginato o con un soggetto già ben inserito nella società. Nel primo caso, non potrà esservi riappropriazione dei valori della convivenza senza un previo superamento della condizione di emarginazione: ecco che il “reinsediamento” nella società diventa in questo modo una condizione o tecnica dello stesso processo rieducativo. Se invece il reo è un soggetto già ben inserito socialmente, la rieducazione potrà essere perseguita anche attraverso una sanzione di tipo afflittivo.

Perché il processo rieducativo possa avere corso senza tradursi in una imposizione coercitiva nei confronti del destinatario, occorre che vi sia la disponibilità psicologica di quest’ultimo. E’ appunto in questo senso che

⁴⁸ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 753.

⁴⁹ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 639.

⁵⁰ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 756.

va colto l'autentico significato del verbo "tendere", impiegato dal legislatore nel terzo comma dell'art. 27 Cost.: in altri termini, dal momento che non può essere coercitivamente imposta, la rieducazione trova un ostacolo nell'eventuale rifiuto opposto dal soggetto destinatario della sanzione⁵¹.

2. Capacità di intendere e di volere: attribuibilità del reato commesso nelle diverse ipotesi di ubriachezza e assunzione di sostanze stupefacenti.

Nel codice, l'equiparazione degli stupefacenti all'alcool sotto il profilo dell'imputabilità si presenta totale, com'è confermato anche dagli ulteriori artt. 94 c. 3 e 95 c.p., dei quali il primo si occupa del reato commesso sotto l'azione di stupefacenti da chi sia dedito abitualmente al loro uso, il secondo accomuna direttamente l'intossicazione cronica da alcool a quelle da sostanze stupefacenti⁵².

L'art. 93 c.p., per il fatto commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti, richiama sia l'art. 91, che l'art. 92 stesso codice.

In particolare, il primo comma di tale ultima disposizione prevede che "l'ubriachezza non derivata da caso fortuito o forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità". Il c. 2, poi, dispone addirittura un aggravamento di pena allorché l'ubriachezza fosse preordinata "al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa".

La più immediata e agevole notazione è data dal fatto che il primo comma dell'art. 92 c.p. individua la propria disciplina a contrario e cioè per rinvio negativo all'art. 91 c.p., nel senso che l'ubriachezza volontaria o colposa è descritta come "non derivata da caso fortuito o forza maggiore" ovvero come non accidentale, o meglio non incolpevole.

⁵¹ G. Fiandaca, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1991, 222.

⁵² Disciplina distinta, invece, nel nuovo codice della strada, per la "guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti" rispetto alla "guida sotto l'influenza dell'alcool": cfr. artt. 186 e 187 d.l. 30 aprile 1992, n. 285.

L'elemento qualificante è proprio dato dal fatto che non deve trattarsi di intossicazione accidentale.

La *ratio* della disposizione è molto evidente: chi si è ubriacato (drogato) volontariamente o per leggerezza, non può pretendere di accampare scuse; se realizza un reato, deve rispondere come se fosse pienamente capace di intendere e di volere. Ma il rigorismo del codice cozza contro un inconfutabile dato di fatto: l'ubriaco, così come l'assuntore di sostanze stupefacenti, al momento della commissione del reato è un soggetto incapace⁵³,

Come si può notare ci troviamo di fronte ad una eccezione, nel senso che il dato naturalistico contrasta con il dato giuridico.

Infatti, nel nostro sistema penale l'incapacità piena o semipiena, quando ha causa in una infermità psichica, esclude o diminuisce l'imputabilità (artt. 88 e 89 c.p.).

Proprio in virtù di quanto testè affermato, riteniamo che anche per il soggetto che faccia uso di sostanze stupefacenti, dolosamente o colposamente assunte, l'imputabilità dovrebbe essere esclusa o diminuita a seconda dei casi, in quanto l'ingestione della sostanza tossica produce un vero e proprio squilibrio psichico, sia pure transitorio.

Il legislatore, invece, grazie ad una *fictio iuris* dettata da esigenze di politica criminale, ritiene imputabili individui che, di fatto, imputabili non sono se non parzialmente; per il legislatore non vi è differenza tra l'omicidio commesso da un soggetto imputabile e quello commesso da un soggetto che ha agito sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Dobbiamo rilevare però che tale finzione giuridica riguarda l'imputabilità e non il titolo di responsabilità del soggetto agente⁵⁴. Bisognerà, quindi, accertare altresì la sussistenza della colpevolezza: l'art 93 c.p., infatti, in relazione al c. 1 dell'art. 92 c.p., nel disciplinare l'imputabilità del tossicodipendente, nulla dispone in ordine alla sua colpevolezza.

⁵³G. Fiandaca –E. Musco, *diritto penale*, cit., 298.

⁵⁴E. Fortuna, voce *Tossicodipendenza* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, 1970, XLIV, 747.

E' da ritenersi, pertanto, che rispetto a quest'ultima debbano trovare applicazione le disposizioni generali di cui agli articoli 42 e 43 c.p., valedoli per tutti i soggetti di diritto penale.

A quale titolo allora è possibile l'imputazione del reato commesso dal soggetto in stato di intossicazione da stupefacenti non accidentale?

All'interrogativo la dottrina ha risposto nei modi più diversi.

Una parte della dottrina meno recente, riproponendo fundamentalmente lo stesso schema dell'*actio libera in causa*, sosteneva che, per accertare l'elemento psicologico del reato commesso dall'ubriaco, occorresse risalire al momento nel quale egli si pone in condizione di ebbrietà⁵⁵: il reato sarebbe doloso o colposo a seconda che l'ubriaco, prima di commetterlo, si sia ubriacato volontariamente o involontariamente⁵⁶.

Un simile modello di soluzione è stato accolto e riproposto dalla stessa Corte costituzionale nella discutibile sentenza n. 33/1970⁵⁷, con la quale è stata respinta l'eccezione di illegittimità dell'art. 92 c. 1, sollevata dai giudici di merito con riferimento alla ritenuta violazione dell'art. 27, c. 1, Cost.

Tale indirizzo della Corte costituzionale è stato fortemente criticato. Da un lato, si è sottolineata la "configurazione personalistica" della responsabilità penale, con attenzione sia alla concreta rimproverabilità del fatto, che alle funzioni della pena⁵⁸. Dall'altro, si è sostenuto che, adottando l'impostazione riportata, si finirebbe per ritenere che i fatti penalmente rilevanti non siano soltanto quelli descritti dalle norme incriminatrici, ma inglobino anche "il comportamento di chi abbia assunto volontariamente o colposamente" una determinata sostanza⁵⁹.

Infine, con riferimento diretto al titolo di responsabilità, alla tesi si è obiettato che qualificando il reato doloso o colposo a seconda che l'ubriaco si sia ubriacato volontariamente o colposamente, si potrebbe

⁵⁵ G. Leone, *Il titolo di responsabilità per i reati commessi in stato di ubriachezza volontaria e colposa*, in *Giust. Pen.* II, 1935, 1332.

⁵⁶ A. Crespi, *Il problema della colpevolezza nella ubriachezza volontaria e colposa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 742.

⁵⁷ Annotata da Amato, *Gli ubriachi e la Corte costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1970, 86.

⁵⁸ B. Romano, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* a cura di F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino, Utet, 1998, 18.

⁵⁹ G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale I*, Milano Giuffrè, 1995, 104.

punire come colposi delitti commessi volontariamente (si fa l'esempio di un soggetto, ubriacatosi colposamente, che uccide chi lo canzona) o come dolosi delitti dovuti a imprudenza (ipotesi di chi si ubriaca volontariamente, ma investe colposamente un passante)⁶⁰.

Ulteriore obiezione, poi, è data dal fatto che l'applicazione del principio dell'*actio libera in causa* può riscontrarsi nell'ipotesi di intossicazione preordinata di cui al c. 2 ex art. 92 c.p. e, di conseguenza, non si riscontrerebbe alcun distinguo fra le fattispecie previste nei commi primo e secondo dell'articolo in parola.

Del pari, sono ormai abbandonate anche le opinioni secondo le quali nel reato commesso da chi si trovi in stato di ubriachezza non derivante da caso fortuito o da forza maggiore rileverebbe la colpa.

Fra i sostenitori di questa seconda impostazione si deve però distinguere chi, come il Manzini, ritiene possibile una imputazione per colpa anche qualora non sia prevista l'ipotesi colposa del reato⁶¹, da chi, come il Paoli, sostiene invece che debba parlarsi di responsabilità colposa solo ove esista la previsione colposa dell'illecito⁶².

La tesi sostenuta dal Manzini può essere facilmente respinta osservando che nel nostro sistema penale la punibilità per colpa, nei delitti, è possibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge secondo il disposto contenuto nel secondo comma dell'art. 42 c.p. in base al quale "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non lo ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge".

L'impostazione del Paoli, invece, come rilevato da Grieco, svuota di contenuto la disposizione di cui al primo comma dell'art. 92 c.p. e finisce per riportare l'indagine relativa all'elemento psicologico ad un momento diverso da quello della commissione del reato, nel senso che la

⁶⁰ G. Fiandaca – E. Musco, *diritto penale*, cit., 298.

⁶¹ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1981-1986, 5° ed. aggiornata dai professori P. Nuvolone e G. D. Pisapia, II, 168, secondo il quale: "Tutti i reati diventano imputabili come colposi, qualora siano commessi nel detto stato; tutti e non solo quelli che espressamente la legge dichiara punibili anche per colpa".

⁶² G. Paoli, *L'elemento soggettivo del reato commesso in stato di ubriachezza*, in *La scuola positiva*, 1935, II, 3 ss.

considerazione esclusiva dell'ubriachezza identifica, nuovamente, il momento rilevante con quello della assunzione della sostanza⁶³.

Di fronte a tali difficoltà la dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono orientate nel senso che occorra accertare se il soggetto, al momento della commissione del fatto, agisse con dolo oppure con colpa, se il fatto è previsto dalla legge anche come colposo. Tale soluzione appare più corretta perché consente di evitare le possibili sfasature tra gli atteggiamenti psicologici relativi, rispettivamente, allo stato di ubriachezza e alla commissione del reato.

Senonché, è bene ricordare che il codice, a differenza di quanto dispone per l'art. 91, non distingue tra ubriachezza piena o parziale⁶⁴ e, dunque, soprattutto nel primo caso, non risulta agevole ipotizzare l'esistenza del dolo o della colpa.

Di fronte ad una ubriachezza piena, sostiene il Mantovani, non è possibile né ha più senso la distinzione tra dolo e colpa, in quanto lo stesso giudizio di colpevolezza, la rimproverabilità effettiva, presuppone la normalità psichica⁶⁵.

In sintonia con il Mantovani anche altri autori, i quali ritengono che anche questa soluzione non riesca a superare l'obiezione che trae origine dalla inconfutabile circostanza che l'art. 92 c. 1 c.p., introduce una "finzione di responsabilità". Essi sostengono che, ancorché considerato imputabile dal codice per ragioni repressive, l'ubriaco (il tossicodipendente) in realtà si trova in una condizione psicologica che non gli consente una sufficiente capacità di discernimento e di autocontrollo⁶⁶. Se così è, v'è da chiedersi che senso abbia distinguere tra dolo e colpa nella condotta di una persona che, allorché compie il fatto punibile, non è più in grado a causa dell'ubriachezza di rendersi ben conto del significato dei suoi atti. In altri termini, il "dolo" dell'ubriaco equivarrà ad impulso psicologico volontario, a volontà cieca non a quella veramente "consapevole" che integra il dolo autentico; allo stesso modo,

⁶³G. Grieco, *Ubriachezza volontaria o colposa e titolo di responsabilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1980, 527.

⁶⁴A. Crespi, voce: *Imputabilità*, cit. 779.

⁶⁵F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 687.

⁶⁶G. Fiandaca -E. Musco, *Diritto penale*, cit. 299.

la “colpa” dell’ubriaco si ridurrà a mera violazione di una misura oggettiva del dovere di diligenza.

Così stando le cose, la “finzione di imputabilità” finisce col tradursi in una ipotesi di responsabilità oggettiva occulta o mascherata⁶⁷.

Si è dunque proposto, da una parte della dottrina più recente, di porre l’attenzione al momento nel quale il soggetto si ubriaca: in caso di ubriachezza piena, il soggetto risponderà a titolo di dolo eventuale se si è ubriacato nonostante la previsione della commissione del reato e la accettazione del rischio; a titolo di colpa, “se il reato al momento in cui si ubriacò, fu da lui previsto ma non accettato o, comunque, era prevedibile ed evitabile come conseguenza della ubriachezza, sempre che si tratti di reato previsto dalla legge anche come colposo⁶⁸”.

Solo questa soluzione, può considerarsi conforme alla lettera e allo spirito della legge⁶⁹.

Tuttavia anche quest’ultima soluzione non ha mancato di suscitare perplessità e problemi in sede di applicazione, poiché si reclama per un soggetto in stato di intossicazione da stupefacenti, un giudizio che deve essere di tipo naturalistico-psicologico. Ma nella pratica risulta difficile operare un tale tipo di giudizio nei confronti di un soggetto che fa uso di sostanze stupefacenti, poiché come hanno messo in luce i risultati dei recenti studi in campo medico-legale il tossicodipendente non è sul piano naturalistico, nonostante la rigida disciplina dettata dal codice penale, un soggetto in pieno possesso della propria capacità di intendere e di volere⁷⁰.

De iure condendo, si auspica una riforma in tale materia.

⁶⁷ Così F. Mantovani, *Diritto penale*, cit. 687 e G. Fiandaca –E. Musco, *Diritto penale*, cit., 299.

⁶⁸ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 688.

⁶⁹ Questo orientamento è condiviso dalla giurisprudenza dominante: cfr. ad esempio, Cass. sez. II, 21 dicembre 1967, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1968, p. 1089. Pertanto isolata è rimasta quella pronunzia della Corte regolatrice (Cass. 26 ottobre 1965, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1966, p. 666), che ha ritenuto che l’indagine sull’elemento psichico del reato commesso dall’ubriaco volontario o colposo dovesse essere compiuta con riferimento al momento di ingestione della bevanda. Questo momento, considerata la parificazione, attuata dal legislatore, della ubriachezza propriamente volontaria a quella meramente colposa, potrà semmai essere tenuto presente dal giudice nella determinazione della pena ai sensi dell’art 133 c.p.

⁷⁰ Ci si chiede, ad esempio se un giudice potrebbe ragionevolmente sostenere che Tizio “poteva prevedere”, nel momento in cui eccedeva nel bere, che uscendo dal locale, in un qualsiasi momento, avrebbe preso a cazzotti un passante che lo irrideva per il suo modo barcollante di camminare.

Un apprezzabile tentativo di smussare il rigore della disciplina relativa all'ubriachezza volontaria o colposa, che però non sembra eliminare anche tutti gli altri inconvenienti, è offerto dal disegno di legge di riforma del Libro primo del codice penale presentato dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Gonnella ed approvato dal Senato nella seduta del 31 gennaio 1973, in cui si propone questo nuovo testo dell'art. 92 c.p.: "Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza non derivata da caso fortuito o forza maggiore, il giudice può diminuire la pena da un terzo fino alla metà". "Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata".⁷¹

A detta del Mantovani però, una volta riportata l'ubriachezza volontaria o colposa nell'ambito del principio della responsabilità personale, tale diminuzione di pena, prevista dal progetto di riforma, non ha più ragione di essere, in quanto tenta soltanto di "mitigare il rigore di una norma intesa in modo abnorme"⁷².

2.1. L'intossicazione preordinata e l'actio libera in causa.

Il secondo comma dell'art. 92 c.p., prevede un aumento di pena qualora l'ubriachezza sia "preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa". Tale disposizione, poi, è richiamata dall'art. 93 c.p. per il fatto commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti.

Secondo l'orientamento prevalente, il comma in esame sarebbe direttamente collegabile all'art. 87 c.p., per il quale: "la disposizione della prima parte dell'art. 85 c.p. non si applica a chi si è messo in stato di incapacità d'intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa". L'art. 85 c.p., pone una norma fondamentale stabilendo che "nessuno può essere punito se, al momento in cui ha commesso il reato, non era imputabile. Sia l'art.92 che l'art. 87 poi, sarebbero riconducibili alla medesima figura: quella delle c.d. *actiones liberae in causa* o *ad libertatem relatae*, la cui caratteristica è quella di

⁷¹ G. Grieco, *Ubriachezza volontaria o colposa*, cit., 522.

essere compiute in stato di incapacità di intendere o di volere, ma che, tuttavia, sono imputate al soggetto con riferimento ad un anteriore comportamento posto in essere quando questi si trovava in stato di imputabilità: il soggetto che al fine di commettere un reato o di prepararsi una scusa si pone in stato di incapacità di intendere o di volere, e in tale stato commette un reato, è chiamato a rispondere del reato medesimo come se lo avesse commesso in condizioni di piena imputabilità.⁷³ L'unica differenza rispetto all'art. 87 c.p. sarebbe pertanto che tale disposizione si limita all'irrogazione di una pena, mentre l'art. 92 secondo comma c.p. dispone addirittura che la pena sia aumentata, e ciò in linea con il particolare rigore riservato agli assuntori di sostanze stupefacenti⁷⁴.

Una situazione così singolare non ha mancato di suscitare discussioni in dottrina.

I problemi sui quali si dibatte sono due : il fondamento della responsabilità nell'*actio libera in causa*, e il titolo in base al quale il soggetto è chiamato a rispondere del reato commesso.

Per quanto concerne il problema del fondamento della responsabilità, la dottrina tradizionale risponde con il vecchio principio: *causa causae est causa causati*. In altri termini, colui che determina una situazione dalla quale deriva un evento lesivo, deve rispondere dell'evento medesimo, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultimo sia stato previsto o voluto⁷⁵: dall'azione non libera si risale all'azione libera che l'ha preceduta, in base al principio stesso posto dagli artt. 40 (rapporto di causalità) e 41 c.p. (concorso di cause)⁷⁶.

Senonché, appagarsi di un criterio puramente "oggettivo" di attribuzione della responsabilità è opinione che cozza in maniera stridente con il principio di colpevolezza

⁷² F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 688.

⁷³ R. Venditti, voce *Actio libera in causa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, I, p. 533.

⁷⁴ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1995, II, 2° ed. rinnovata ed ampliata, art. 92.

⁷⁵ G. Fiandaca –E. Musco, *Diritto penale*, cit., 304.

⁷⁶ Secondo M. Gallo, *Le forme del reato*, Torino, Clut, 1992, 141, la dottrina che segue tale impostazione ha cercato di dare spiegazione a tale tesi asserendo che il principio in base al quale si risponde è quello per cui il soggetto ha posto la causa della causa, la quale è causa del causato.

In dottrina pertanto è stata affermata una concezione diversa, accolta dalla maggior parte degli autori.

L'esecuzione del reato non è costituita solo dall'attività che concreta immediatamente il fatto descritto nella norma incriminatrice, ma da qualsiasi atto esterno diretto allo scopo di realizzare il fatto stesso; in fondo, il soggetto agente, ponendosi in stato di incapacità, rende se medesimo strumento del proprio piano delittuoso e si serve di se stesso allo stesso modo in cui si servirebbe di un animale o di un terzo incapace.⁷⁷

Secondo i professori Fiandaca e Musco, la soluzione più appagante è quella di condurre nell'alveo della colpevolezza anche le ipotesi di incapacità procurata: al soggetto può cioè essere mosso un rimprovero per essersi liberamente posto in quella condizione di incapacità, che gli ha reso possibile la realizzazione del reato programmato. Ai fini della punibilità, occorre che il reato concretamente posto in essere sia del tipo di quello inizialmente programmato. Deve essere sottolineato che il fatto criminoso concretamente realizzato deve essere omogeneo a quello inizialmente programmato perché, altrimenti, si creerebbe una frattura tale da far venir meno la necessaria corrispondenza tra fatto e colpevolezza. Da questo punto di vista la responsabilità esula se il fatto illecito non costituisce effettiva attuazione del programma criminoso anteriore⁷⁸.

Autorevole voce sostiene che vi deve essere o lo scopo di commettere un reato o quello di prepararsi una scusa: "la volontà colpevole deve essere rintracciata nel momento in cui l'agente si pone in stato di incapacità. La fattispecie di questa norma si pone come quella di un illecito di condotta in cui il primo evento, lo stato di incapacità, deve essere seguito da un evento ulteriore, la commissione di un reato. Si deve volere la condotta iniziale e ci si deve rappresentare i due eventi che succederanno ad essa"⁷⁹.

Per quanto riguarda il secondo problema, quello del titolo della

⁷⁷ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 436.

⁷⁸ G. Fiandaca –E. Musco, *Diritto penale*, cit., 304.

⁷⁹ M. Gallo, *Le forme del reato*, cit., 143.

responsabilità nell'*actio libera in causa*, si può affermare che il soggetto risponde a titolo di dolo. E ciò risulta dallo stesso contenuto dell'art.87 c.p., che pone un chiaro rapporto teleologico tra la creazione dello stato di incapacità e la commissione del reato (o comunque la precostituzione di una scusa): il soggetto si pone in stato di incapacità perché vuole commettere il reato⁸⁰.

Il dolo deve investire sia lo stato di intossicazione, sia gli altri elementi della fattispecie (ossia gli elementi materiali del reato da commettere).

Bisogna altresì aggiungere che non può ritenersi sufficiente una qualsiasi rappresentazione del reato da commettere, essendo invece necessaria una rappresentazione in un certo senso determinante rispetto alla condotta con cui l'agente si pone in stato di intossicazione, ossia una previsione il cui oggetto funzioni da scopo in vista del quale il soggetto si determina a procurarsi l'intossicazione stessa⁸¹.

Abbiamo già anticipato che ciò che distingue l'ipotesi disciplinata dall'art. 92 secondo comma c.p. da quella disciplinata dall'art. 87 c.p. è l'aumento di pena, predisposto dal legislatore quando lo stato di incapacità sia stato preordinatamente procurato col mezzo della intossicazione da stupefacenti. Tale aumento di pena non esclude la possibilità di ravvisare nella norma dell'art. 92 secondo comma c.p. una vera e propria circostanza aggravante (relativa al "mezzo" usato) rispetto alla fattispecie descritta nell'art. 87 c.p.: con la conseguente applicabilità degli artt. 63 e ss. (applicazione degli aumenti o delle diminuzioni di pena), 70 c.p. (circostanze oggettive e soggettive) e 69 c.p. (concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti), non spiegando l'intossicazione da stupefacenti, salvo quelle cosiddette accidentali, alcuna influenza sull'imputabilità.

Il Gallo da parte sua sostiene che il punto comune tra l'art. 87 c.p. e l'art. 92 stesso codice, è dato dal fatto che in entrambi i casi vi è un soggetto che mentre realizza un reato agisce in stato di incapacità.

⁸⁰ R. Venditti, voce *Actio libera in causa*, cit., 535

⁸¹ *Ibidem*, 536. La rappresentazione del reato da commettere deve esistere anche quando lo scopo al quale tende l'agente che si pone in stato di intossicazione sia quello di prepararsi una scusa. Non vi potrebbe infatti essere rappresentazione di scusante senza rappresentazione del reato sul quale la scusante stessa dovrebbe, nell'intenzione del soggetto, incidere.

Tuttavia, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 87 c. p. ciò che rileva è l'atteggiamento psicologico che presiede al momento in cui l'agente si pone nella condizione di incapacità, nell'ipotesi dell'art. 92 c.p. è l'atteggiamento che presiede alla realizzazione del reato che trova rilevanza: ciò che conta, nell'ipotesi dell'art. 92 è l'atteggiamento psicologico dell'agente nel momento in cui commette il reato; nell'ipotesi dell'art. 87, invece, , provato che l'ubriachezza o l'uso di sostanze stupefacenti erano preordinate, non rileva più la circostanza che la realizzazione del fatto di reato avvenga per colpa, poiché ciò che importa è l'atteggiamento psicologico dell'agente nel momento in cui si è posto in condizione di incapacità⁸². Partendo da tale considerazione egli conclude per la diversità delle ipotesi di cui agli artt 87 e 92 c.p.: nel primo la realizzazione del reato è il secondo degli eventi della condotta dell'agente, nel secondo la determinazione colposa rileva solo ai fini dell'irrelevanza dello stato di incapacità.

L'uso di sostanze stupefacenti preordinato al fine di commettere un reato è praticamente da considerarsi limitato agli stimolanti del sistema nervoso centrale, cocaina e anfetamine, che possono concretamente essere impiegate a questo scopo a causa della loro azione eccitante. Il reato ovviamente deve essere in sintonia con l'azione farmacologica della sostanza impiegata. Non pare plausibile, per esempio, la necessità di far uso di anfetamina per compiere un reato di truffa, mentre potrebbe essere necessario o utile l'uso di questa sostanza per prepararsi psicologicamente e fisicamente a compiere una rapina⁸³.

A tal proposito, la Suprema Corte ha affermato che, qualora ricorra l'ipotesi della alterazione psichica preordinata, nel valutare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato in caso di azione compiuta sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, non è più sufficiente aver riguardo all'atteggiamento psichico del soggetto al momento della commissione del fatto, dovendosi anche risalire al momento dell'assunzione della

⁸² M. Gallo, *Le forme del reato*, cit., 146

⁸³ G. Giusti – D. Sica, *Gli stupefacenti e le tossicomanie: aspetti medico-legali e giuridici*, Padova, Cedam, 1979, 144.

sostanza stupefacente⁸⁴.

Nell'ipotesi dell'intossicazione preordinata non occorre, in armonia con quanto stabilito in tema di intossicazione volontaria o colposa, che l'intossicazione sia totale: per il principio sancito nella prima parte dell'art. 92 c.p., che non prevede alcuna riduzione di pena in caso di intossicazione parziale, questa comporta in ogni caso, se preordinata al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa, la responsabilità ai sensi della stessa norma.

All'intossicazione da stupefacenti preordinata può essere applicato il regime delle cause di giustificazione: sia che la relativa situazione si verifichi dopo la creazione dello stato di intossicazione ed operi durante l'esecuzione del reato preordinato, sia che si tratti di situazione coeva all'attività attraverso la quale il soggetto si pone in stato di intossicazione.

Nella prima ipotesi non importa che la causa di giustificazione non sia presente sin dall'inizio dell'esecuzione del reato: se Tizio si ubriaca al fine di uccidere Caio, e, reagendo per legittima difesa, lo uccide, si avrà l'applicazione dell'esimente prevista dall'art. 52 c.p. (legittima difesa); è sufficiente che nel corso dell'*iter criminis* intervenga una causa di giustificazione perché l'intera fattispecie venga ad essere neutralizzata e vengano ad essere coperti dalla scriminante anche quelle parti di fattispecie che si sono realizzate prima della scriminante stessa.

Anche per quanto attiene alla seconda ipotesi, se l'agente si trova, ad esempio, in procinto di commettere un reato in stato di necessità, ma nell'erroneo convincimento di non poter essere giustificato in quella circostanza, fa uso di sostanze stupefacenti al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa si avrà l'applicazione dell'art. 54 c.p. (stato di necessità) che opererà sin dall'inizio a favore del soggetto.⁸⁵

Ugualmente troveranno applicazione le regole generali sancite dall'art. 83 c.p. (evento diverso da quello voluto) se l'agente, postosi in stato di intossicazione per commettere il reato di omicidio, cagionasse per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione un incendio. Se il reato diverso da

⁸⁴ Cass. 7 giugno 1972, Vulcano, in *Foro. It. Rep.*, 1974, m. 21, 1163.

quello preordinato viene commesso, non per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione, ma per un mutamento dell'intenzione criminosa, intervenuto durante lo stato di intossicazione e dovuto allo sconvolgimento della psiche cagionato dall'intossicazione medesima, a quel mutamento non potrebbe accordarsi alcuna rilevanza, poiché ciò che conta è il dolo verificatosi nel soggetto al momento in cui esso si è posto in stato di intossicazione. Come non ha alcuna rilevanza la totale assenza di dolo nel momento della commissione del reato preordinato, così non ha alcuna rilevanza l'eventuale esistenza di una diversa intenzione⁸⁶.

Ci si domanda altresì che cosa succeda nell'ipotesi nella quale allo stato di intossicazione da stupefacenti preordinata non segua la commissione di alcun reato. La non sottoponibilità a pena del soggetto viene fatta discendere da una applicazione analogica dell'art. 115 c. 3, in tema di istigazione a commettere un reato, accolta ma non seguita dalla commissione dello stesso. Si precisa, inoltre, seppur in maniera meno decisa, che non potrebbe comunque applicarsi la norma "speciale" (art. 115 c. 4.), che prevede, per l'istigazione a commettere un delitto, l'applicabilità di una misura di sicurezza⁸⁷.

Tale impostazione è criticata da quella parte della dottrina che ritiene che non vi sia ragione di ricorrere analogicamente all'art. 115 c.p., in un caso nel quale il soggetto si è posto in stato di incapacità. Secondo tale impostazione, i commi in questione non sono in complessivo rapporto di specialità: se nel 3° comma l'istigazione deve essere accolta, nel 4° non accolta. A tale proposito si parla di "un caso di alternatività sul quale si innesta una specialità legata ad un solo elemento della norma"⁸⁸. Si rileva, poi, che anche dal 3° comma deriva la possibilità di sottoporre il soggetto ad una misura di sicurezza.

⁸⁵ A. Crespi, voce *Imputabilità*, cit., 782.

⁸⁶ Così R. Venditti voce: *Actio libera in causa*, cit., 540, il quale afferma come soccorra "anche qui l'art. 83 c.p., il quale, nella sua lata dizione, disciplina non solo l'*aberratio delicti* dovuta ad errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, ma anche l'*aberratio delicti* dovuta ad "altra causa". E nella specie si tratta appunto di *aberratio* dovuta ad "altra causa". L'agente ha fatto erroneo affidamento sulla propria capacità di mantenere fermo ed intatto, pur nello stato di intossicazione, il disegno criminoso originariamente preordinato.

⁸⁷ A. Crespi, voce *Imputabilità*, cit., 782.

⁸⁸ B. Romano, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 23.

Ancora: manca del tutto ogni presupposto dell'analogia, poiché il concorso di persone presuppone necessariamente l'esistenza di almeno due compartecipi e la stessa non punibilità del soggetto deriva proprio dall'art. 92 secondo comma c.p., il quale dispone un aumento di pena, previsto in relazione ad un determinato reato che qui, appunto, manca; come difetta la necessità di escludere la imputabilità ai sensi del primo comma della disposizione in esame ⁸⁹.

Proprio perché emerso, si ritiene doveroso fare un breve cenno al problema inerente l'applicazione analogica alle cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità.

Il sistema delineato dagli articoli 88 ss. c.p. è un sistema che individua le cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità che determinano la non punibilità o una punibilità diminuita.

Cominciamo con il ricordare che si può avere analogia ogniqualvolta l'interprete accerta l'impossibilità di procedere alla qualificazione di una "situazione di vita" alla stregua dei vari enunciati legislativi letti nella massima capacità di espansione consentita dal significato lessicale dei termini utilizzati dal legislatore; verificandosi tale ipotesi, l'interprete, se individua la stessa esigenza di qualificazione rispetto alle situazioni previste (la c.d. *eadem ratio*), riporta la situazione stessa, ex art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, comunque nella sfera di qualificazione della disposizione "regolante materia analoga", direttamente (*analogia legis*) o in base ai "principi generali dell'ordinamento" (*analogia juris*)⁹⁰.

Ora, se per gli altri rami del diritto l'analogia è il mezzo normale, adottato per colmare le lacune della legge, ben diverse sono le soluzioni per il diritto penale.

Il divieto di analogia, nel diritto penale italiano, è sancito dall'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, per il quale "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"; nonché dagli articoli

⁸⁹ *Ibidem*, 23.

⁹⁰ G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*. Ristampa emendata ed aggiornata, Torino, Giappichelli, 1993, 73.

1 e 199 c.p., i quali affermano che reati, pene e misure di sicurezza sono soltanto quelli “espressamente” stabiliti dalla legge.

Ancora, in virtù del principio di tassatività, il divieto di analogia si desume altresì dall’art. 25 c. 2 Cost.

Secondo il Mantovani, dal momento che il divieto di analogia è sempre stato concepito in funzione di garanzia del *favor libertatis* “contro limitazioni non espressamente previste dalla legge, perché si è sempre avvertito [...] che l’effettivo pericolo di abusi del giudice [...] proviene soprattutto dalla analogia in *malam partem*”⁹¹, non vi sarebbe da dubitare che la locuzione “leggi penali” di cui all’art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, debba essere intesa nel senso restrittivo di leggi penali incriminatrici.

Egli, quindi, ritiene (e con lui la maggioranza della dottrina) che l’analogia possa essere applicata, se in *bonam partem*, purché sottostia a tre limiti che individua: a) nella *eadem ratio*; b) nel fatto che anche le disposizioni a favore del reo debbano comunque presentare un necessario grado di determinatezza che ne delimita la *ratio* e consenta di individuare con sufficiente previsione e certezza il rapporto di similitudine; c) nel divieto generale di analogia delle norme eccezionali sancito dall’art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale.

L’ulteriore passo che il Mantovani compie per dar credito alla sua tesi è quello di stabilire quando una norma possa dirsi regolare o eccezionale: problema che deve risolversi in rapporto alle singole norme.

A tal fine, egli ritiene insufficiente affidarsi sia al criterio quantitativo, secondo il quale è regolare la disciplina prevista per il maggior numero di casi ed eccezionale quella riservata al minor numero; sia il criterio qualitativo per cui è eccezionale la disciplina che costituisce una interruzione della consequenzialità logica della disciplina legislativa di una determinata materia⁹².

⁹¹ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 109.

⁹² Al fine di una più immediata comprensione si pensi ad una disposizione i cui elementi siano A+B+C la quale avesse anche l’elemento +D: l’elemento +D è speciale rispetto alla precedente disposizione. Qualora, invece, la disposizione A+B+C avesse anche l’elemento +X, essa sarebbe disposizione eccezionale perché l’elemento +X rompe la continuità logica. Semplificando ulteriormente, diremmo che A+B+C è la disposizione generale; A+B+C+D è la

La conclusione alla quale il Mantovani arriva è nel senso che “il diritto speciale è quel complesso normativo che, in ordine ad una determinata materia, regola il minor numero di ipotesi in modo diverso ma non antitetico rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto comune), poiché entrambi pur sempre vietano o comandano o permettono i fatti rientranti nelle rispettive sfere di previsione. Diritto eccezionale è, invece, quel complesso normativo che regola il minor numero di ipotesi in modo non solo diverso ma antitetico rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto regolare) in quanto l’uno vieta e l’altro comanda o l’uno vieta e l’altro permette, o l’uno permette e l’altro comanda la serie di fatti rispettivamente previsti”⁹³.

Stretta fra tali limiti egli conclude per la possibilità dell’utilizzo della analogia in *bonam partem* rispetto alle norme scriminanti di cui agli artt. 88 e ss.

Una differente dottrina, quella che accoglie la teoria tripartita del reato, seppure concluda sancendo che il divieto di analogia abbia carattere relativo perché concerne soltanto l’interpretazione delle norme penali sfavorevoli al reo, tuttavia ritiene che l’applicazione analogica delle cause di giustificazione sia dovuta al fatto che queste non sono disposizioni penali, ma sono contenute in disposizioni di liceità dell’intero ordinamento⁹⁴: non essendo disposizioni penali per esse non varrebbero i principi che regolano il sistema penale quali, ad esempio, quello della riserva di legge, di tassatività, di analogia, ecc.

Secondo altro indirizzo⁹⁵, oggi minoritario, il divieto di analogia in materia penale è assoluto, riguardando cioè sia le disposizioni penali “restrittive” sia quelle operanti in *bonam partem*. A giustificazione di un assunto così rigoristico, si adduce il primato dell’esigenza di certezza: la certezza del comando penale verrebbe meno non solo se si estendesse analogicamente la disposizione incriminatrice, ma anche se fossero resi

disposizione speciale, mentre A+B+C+X è la disposizione eccezionale.

⁹³ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 111.

⁹⁴ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit., 159.

⁹⁵ G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, cit., 78-79.

incerti, in conseguenza del procedimento analogico, i limiti della sua applicazione.

Da quanto detto, emerge che l'idea accolta dalla dottrina maggioritaria, da non condividersi per l'autore del presente lavoro, è nel senso di ritenere che ci sarebbe spazio per l'applicazione analogica, se *in bonam partem*, delle disposizioni che individuano le cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità, che determinano la non punibilità o una punibilità diminuita, proprio perché si risolverebbero a vantaggio del reo.

Riteniamo, preferibile accogliere la tesi secondo la quale l'analogia, non solo in *bonam*, ma anche in *malam partem*, non possa trovare applicazione in materia penale perché il diritto penale non coinvolge soltanto l'autore del reato, ma anche la vittima del reato stesso. E' evidente allora che l'idea che si possano applicare analogicamente cause di non punibilità, estintive del reato, di non imputabilità, di giustificazione, avrebbe come conseguenza quella di restringere l'area di tutela della vittima, o della potenziale vittima.

L'analogia ha come presupposto che il caso da decidere non sia previsto da alcuna disposizione di legge. Ora, ritenere che in quelle ipotesi si debba procedere analogicamente, fra l'altro con tutte le difficoltà che il procedimento analogico comporta⁹⁶, porterebbe ad estendere l'area di non punibilità e, conseguentemente, a ridurre quella di tutela della vittima: meno si punisce l'autore del reato, meno si tutela la vittima. Ma se è giusto punire soltanto in quei casi espressamente previsti dalla legge, è altrettanto giusto tutelare la vittima nei casi in cui dalla legge discenderebbe la punibilità dell'autore di un certo fatto. Viceversa, estendendo analogicamente le disposizioni che prevedono le

⁹⁶ Il procedimento analogico è un criterio di rilevazione del dato normativo caratterizzato dall'assoluta incertezza. Chi può dire che la *ratio* di una certa norma è quella che dovrebbe presiedere alla regolamentazione di un caso da essa non previsto? E' assolutamente incerto come mezzo di rilevazione. Già questo dovrebbe mettere sull'avviso perché si potrebbero avere, teoricamente, laddove ci sono come nel caso dell'analogia dei margini di incertezza enormi, pronunciamenti da parte della giurisprudenza radicalmente opposti. In altre parole, lo stesso caso che da un giudice il quale estenda analogicamente una causa di giustificazione potrebbe portare alla non punibilità di un soggetto, sottoposto ad un altro giudice che non ritenga esistente la medesima *ratio*, potrebbe portare alla condanna dello stesso soggetto.

cause di cui sopra, la tutela della vittima o della potenziale vittima verrebbe ristretta.

E' convinzione dell'autore che un sistema penale "serio" dovrebbe tutelare sì il presunto autore del reato, ma anche, e forse di più, la vittima del reato stesso. E questo non soltanto da un punto di vista squisitamente morale, ma proprio dal punto di vista giuridico: guardando il fenomeno penale soltanto nella prospettiva dell'autore del reato, si perde di vista la globalità del sistema.

Sulla base di queste considerazioni è convinzione dell'autore della dissertazione che l'applicazione analogica dovrebbe essere assolutamente interdetta nel sistema penale perché va contro la logica del sistema penale stesso: le cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità sono tassative e come tali dovrebbero essere considerate.

2.2. L'intossicazione abituale.

L'art. 94 c.p. prevede, nei suoi due primi commi, un aumento di pena allorché il reato sia commesso in stato di ubriachezza da chi è ubriaco abituale, cioè: "dedito all'uso di sostanze alcoliche e in stato frequente di ubriachezza". Il terzo comma dispone, poi, che si applichi il medesimo aggravamento di pena "quando il reato è commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze".

Come si può notare, nel terzo comma non si fa menzione del dato relativo alla condizione di trovarsi in stato di frequente intossicazione, richiamato invece espressamente per gli ubriachi dai primi due commi dell'articolo in oggetto.

A che cosa è dovuta una tale "dimenticanza" dal momento che oramai si assiste alla equiparazione del trattamento previsto per gli ubriachi anche all'assuntore di sostanze stupefacenti?

La spiegazione che si è fornita è che non si possa essere dediti all'uso di sostanze stupefacenti senza essere in stato di frequente intossicazione,

mentre si potrebbe “essere benissimo dediti all’uso di bevande alcoliche senza entrare mai o entrando raramente in stato di ubriachezza.”⁹⁷

Di fronte alla previsione dell’art. 48 c. 2, del codice Zanardelli (pena diminuita, sia pure in misura minore rispetto alla semplice ubriachezza volontaria), la non esclusione della imputabilità ed anzi l’aumento della pena disposto dall’art. 94 c.p. vigente, segna evidentemente un brusco mutamento di prospettiva. Del resto, nei lavori preparatori e nelle riflessioni dei primi commentatori non ci si nascose “l’intento etico di punire il vizio inveterato” né lo “scopo politico” di fornire un nuovo mezzo alla lotta contro alcoolismo e tossicodipendenza⁹⁸.

L’abitudine è subordinata al ricorrere dei due presupposti della dedizione all’uso eccessivo di sostanza alcoliche e del frequente stato di ubriachezza (o di intossicazione).

L’aggravamento di pena previsto dall’art. 94 c.p. costituisce circostanza aggravante in senso tecnico,⁹⁹ con conseguente assoggettamento della circostanza in esame al giudizio di prevalenza o equivalenza ex art. 69 c.p. (concorso di circostanze aggravanti e attenuanti).

Ai condannati a pena aggravata¹⁰⁰ per intossicazione abituale da sostanza stupefacente può essere applicata una misura di sicurezza detentiva in stabilimenti speciali, dove sono sottoposti se necessario, ad un regime di cura, come gli intossicati cronici, dato lo stato di permanente viziosità che ovviamente residua anche dopo che sono cessati i singoli episodi di intossicazione. Se la pena inflitta supera i tre anni di reclusione e non debba essere ordinata altra misura di sicurezza detentiva, viene disposto il ricovero, al termine dell’espiazione della pena, in una casa di cura o di custodia (art. 221 1 c. c.p. ubriachi abituali); mentre in caso di condanna a pena inferiore a 3 anni al ricovero può essere sostituita, a discrezione del giudice, la meno severa misura della libertà vigilata (art. 221 2 c. c.p.). In quest’ultima ipotesi, contrariamente a quanto asserito talora dalla giurisprudenza¹⁰¹, il giudice,

⁹⁷ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit. 182.

⁹⁸ *Ibidem*, 171

⁹⁹ A. Crespi, voce *Imputabilità*, cit., 780

¹⁰⁰ *Ibidem*, 781.

¹⁰¹ Cass. Sez. I 14 febbraio 1964, in *Cass. pen. mass.*, 1964, 514.

in virtù dell'abrogazione dell'art. 204 c.p., deve accertare che “colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa” ai sensi dell'art. 203 c.p. (pericolosità sociale). Questo rigorosissimo trattamento penale ha alla base una motivazione politico-criminale che appare, specialmente oggi, assai discutibile: e cioè la concezione contraddittoria dell'ubriaco abituale in parte come un vizioso che deve rispondere per la stessa condotta di vita (c.d. colpevolezza per la condotta di vita), e in parte come un soggetto bisognoso di un trattamento riabilitativo¹⁰². Per la trattazione del problema specifico si rimanda al paragrafo relativo alla pericolosità sociale e alle misure di sicurezza a conclusione del presente capitolo.

Relativamente all'intossicazione abituale si pone un grande problema, quello della sua distinzione dalla cronica intossicazione, considerato anche l'antitetico trattamento penale previsto per le due ipotesi: aumento della pena per l'intossicazione abituale e configurabilità del vizio di mente e, di conseguenza, applicazione della disciplina dettata dagli artt 88 e 89 c.p. per la cronica intossicazione.

La distinzione, chiara sul piano concettuale,¹⁰³ trova però gravi difficoltà di applicazione sul piano pratico, essendo talvolta non facile differenziare il complesso delle manifestazioni proprie di chi abusi abitualmente di sostanze stupefacenti dal quadro sintomatologico di una intossicazione ormai cronicizzata.

Infatti è ben raro che chi è dedito all'uso di sostanze stupefacenti non sia per tale causa affetto da disturbi psicosomatici. Sarà perciò oggetto di cauta indagine peritale lo stabilire caso per caso, se le preesistenti alterazioni psichiche del tossicodipendente, che ha commesso il reato sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, siano così rilevanti da costituire infermità, oppure come accade nello stadio iniziale di tossicodipendenza non siano ancora delineate alterazioni così evidenti da poter formulare una diagnosi di intossicazione cronica. Solo nella prima ipotesi potrà accedersi all'ulteriore indagine circa gli effetti dell'infermità sulla

¹⁰² G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 301.

¹⁰³ C. Ferrio, *Trattato di psichiatria clinica e forense*, II, Torino, Utet, 1959, 803, secondo il quale anche sotto il profilo clinico l'ubriachezza abituale rientra nel concetto di alcolismo acuto e non cronic.

capacità di intendere e di volere, mentre negli altri casi l'imputabilità sussiste e la pena è aggravata ai sensi dell'art. 94 c.p.¹⁰⁴

La giurisprudenza pone la distinzione tra forma abituale e forma cronica dell'intossicazione, sul carattere transeunte o permanente delle alterazioni psichiche.

In tal senso la Corte di Cassazione ha affermato che: “mentre l'intossicazione abituale (acuta) è uno stato transeunte che dà luogo ad una manifestazione episodica di perturbamento delle facoltà psichiche, ma che, una volta cessata, lascia il soggetto in condizioni normali, viceversa l'intossicazione cronica è un'intossicazione stabile, una vera e propria affezione celebrale, che ingenera vere e proprie psicopatie, più o meno gravi, che permangono”¹⁰⁵.

Sempre nella stessa ottica si è affermato altresì che: “mentre la cronica intossicazione da stupefacenti condiziona tutto il comportamento del soggetto, incidendo sulla sfera neuropsichica e provocando lo sfacelo della personalità, con carattere permanente, proprio di una malattia, così da escludere o diminuire grandemente la capacità di intendere e di volere, l'intossicazione, transeunte anche se grave, non ha rilievo alcuno sull'imputabilità, in quanto le relative manifestazioni psichiche sono direttamente correlate all'azione perturbatrice delle sostanze stupefacenti nell'organismo umano, per cui una volta cessati i relativi effetti negativi, lascia il tossicodipendente in una situazione di normalità, salvo il suo stato di dipendenza che lo risospinge all'uso ripetuto della droga”.¹⁰⁶

Da ultimo si è sostenuto¹⁰⁷ che l'intossicazione cronica da sostanze stupefacenti consiste in una alterazione dell'equilibrio biochimico del soggetto che provoca una permanente alterazione dei processi intellettivi e volitivi configurabile come una vera e propria malattia. A tal fine va operata una distinzione tra l'alterazione della volontà, ed eventualmente della capacità intellettuale, che si manifesta in un soggetto tossicodipendente in crisi di astinenza e che viene superata al termine

¹⁰⁴ F. Bruno, voce *Cronica intossicazione da alcool e da sostanze stupefacenti*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1962, XI, 433.

¹⁰⁵ Cass. Sez. II, 9 luglio 1952, Liriga, in *Giust. pen.*, 1952, II, 374.

¹⁰⁶ Cass. Sez. I, 6 novembre 1985, Marinello, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1985, 720.

¹⁰⁷ Cass. sez. I, 18 gennaio 1995, Mazzoni, in *Riv. pen.*, 1996, 235.

della crisi stessa, e la permanente compromissione delle facoltà psichiche in conseguenza dell'intossicazione da stupefacenti considerata dall'art. 95 c.p.

Alcuni autori ritengono, e noi con loro, che il criterio di distinzione nell'applicazione degli artt. 94 o 95 c.p. vada identificato nella dipendenza fisica¹⁰⁸.

Infatti, se si pone mente al fatto che, per escludere l'imputabilità di un soggetto, è sufficiente che venga meno anche una soltanto delle capacità richieste dall'art. 85 c.p.; risulta chiaro quanto il concetto di dipendenza fisica possa servire per distinguere l'intossicazione abituale dalla cronica intossicazione.

Uno studio compiuto alcuni anni fa¹⁰⁹, ha messo in luce che nel caso di dipendenza fisica da sostanza stupefacente, contrassegnata dall'insorgenza della così detta sindrome di astinenza, sicuramente la capacità di volere del soggetto è venuta meno o, quantomeno, deve considerarsi grandemente scemata, proprio perché l'organismo necessita dell'assunzione della sostanza, per cui l'intera esistenza dell'individuo è condizionata dal reperimento della sostanza medesima.

Ciò comporta che, quando la sostanza in oggetto non sia di immediata reperibilità o sia troppo costosa, il tossicodipendente è facilmente portato a compiere reati contro il patrimonio o la persona allo scopo di procurarsi i mezzi per l'acquisto della sostanza, o più frequentemente, è portato a fare commercio di stupefacenti, generalmente di piccole quantità.

In simili condizioni non può non concludersi, per la sussistenza di una cronica intossicazione da sostanze stupefacenti, che la dipendenza dalle sostanze medesime costituisca il criterio di distinzione nell'applicazione degli artt. 94 o 95 c.p.

Particolarmente efficace, per chiarezza espositiva, è la sentenza della Cassazione 29 ottobre 1987¹¹⁰ nella quale, dopo avere distinto tra intossicazione acuta, che rileva solo se accidentale, uso abituale di

¹⁰⁸ A. Manna, *L'imputabilità del tossicodipendente*. Rilevi critici, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1986, 1026.

¹⁰⁹ G. Giusti – D. Sica, *Gli stupefacenti e le tossicomanie problemi medico-legali e giuridici*, Padova, Cedam 1979, 147. Gli autori non trascurano gli effetti deterministici che contraddistinguono l'attività delinquenziale del tossicodipendente, e la conseguente peculiarità del giudizio sull'imputabilità.

¹¹⁰ Cass. sez. I, 29 ottobre 1987, Pacilio, in *Cass. pen.*, 1989, 589

sostanze stupefacenti e intossicazione cronica, si afferma che: “la linea di demarcazione tra l’uso abituale e l’intossicazione cronica da sostanze stupefacenti [...] deve essere individuata sulla base di dati della scienza medica, il che comporta che occorrono accurate indagini per discernere i due stadi, in quanto l’uso di sostanze stupefacenti protratto nel tempo conduce, nella maggior parte dei casi, alla intossicazione, anche se clinicamente le due situazioni sono ben distinte. In ogni caso, già nello stadio iniziale e intermedio di psicopatologia, conseguente all’assunzione di stupefacenti, possono verificarsi casi di alterazioni della capacità di intendere e di volere, e non soltanto nel terzo stadio di deterioramento della personalità, con specifico riferimento all’attività criminosa rivolta al reperimento della droga e alla possibilità di fare uso della medesima”.

In sostanza, se la dinamica del reato compiuto dimostra il condizionamento del soggetto e se il reato è finalisticamente orientato a soddisfare il bisogno coattivo del tossicodipendente, la norma relativa all’imputabilità dovrebbe essere interpretata in modo individualizzato ed ammettersi il vizio di mente.

Nella stessa sentenza appena citata, la Suprema Corte annullò la decisione di merito la quale aveva ritenuto la piena capacità di intendere e di volere di un giovane tossicodipendente imputato di aver ucciso il padre che lo aveva rimproverato - avendolo sorpreso mentre stava assumendo una dose di eroina - in quanto nei confronti dell’imputato medesimo non era stata disposta perizia psichiatrica, pure richiesta dalla difesa, e non era stato condotto un esame approfondito, sul piano logico-giuridico, e un giudizio di sintesi degli elementi atti a delineare la personalità dello stesso.

Alcuni autori, nell’affrontare il problema in esame, ritengono che, almeno nei casi di tossicodipendenza conclamata, dovrebbe ritenersi la presenza dell’infermità non solo durante la fase carenziale, ma anche dopo l’assunzione della sostanza stupefacente e prima dell’instaurazione della fase carenziale vera e propria: “infatti, almeno con riguardo all’illecito rappresentato dalla detenzione di sostanze stupefacenti, la condotta del tossicodipendente è fortemente condizionata dalla ricerca e

dall'acquisto della droga, da assumere proprio per evitare l'insorgenza della crisi di astinenza, derivandone una sostanziale compromissione della capacità di intendere e di volere, e specialmente di quest'ultima"¹¹¹.

A tale proposito si segnala una decisione della Corte di Cassazione nella quale si mette in risalto la devastante azione perturbatrice dell'eroina sulla volontà di chi ne abusa, sì da determinare, sotto il profilo giuridico, una condizione di inferiorità psichica¹¹². Nella sentenza richiamata si afferma che "l'eroina esercita una devastante azione distruttrice sui sentimenti e sulla volontà di chi ne abusa, sì da distogliere, deviare ed alterare i primi, subordinati all'esclusivo interesse di assicurarsi comunque la droga, e da esaltare il dinamismo della volontà nella prevalente direzione di quell'interesse da soddisfare incondizionatamente, determinando, sotto il profilo giuridico, una condizione di inferiorità psichica, un autentico vizio di mente."

Di non diversa angolazione è un'altra decisione di merito¹¹³, relativa ad un caso particolare. E' stata esclusa l'imputabilità (il reato era quello di danneggiamento) del tossicodipendente in crisi di astinenza, il quale si venga a trovare in uno stato emotivo acuto, con sconcerto psichico assoluto e restringimento della coscienza, a seguito del rifiuto di ricovero ospedaliero, dall'imputato ragionevolmente considerato arbitrario, da parte di numerosi istituti sanitari, nonostante l'insistente richiesta, spontanea, di sottoporsi a terapia clinica disintossicante, avvalendosi del diritto alla cura previsto dalla L. 685/75.

Si potrebbe quindi concludere che se l'assunzione di sostanze stupefacenti può incidere sull'imputabilità, anche la mancata assunzione delle stesse sostanze può avere influenza sulla sfera della volizione.

E' il caso della così detta "crisi di astinenza", che si verifica attraverso disturbi fisici e soprattutto psichici nel soggetto tossicodipendente quando la somministrazione della sostanza viene a cessare. I disturbi variano di intensità a seconda del tipo di sostanza e del grado di

¹¹¹ G. De Vincentiis – T. Bazzi, *La valutazione medico-legale e l'inquadramento clinico della tossicomania*, Milano, Giuffrè 1960, 151.

¹¹² Cass. sez. I, 22 novembre 1983, Gatto, in *Crit. pen.*, 1985, 1388.

¹¹³ Pret. Roma, 26 settembre 1979, in *Riv. pen.*, 1980, 164.

dipendenza¹¹⁴; inoltre la crisi di astinenza presenta caratteristiche peculiari e pone problemi non sufficientemente approfonditi al momento della formulazione delle norme del codice Rocco.

In campo medico molti esperti rilevano, durante la crisi di astinenza, in misura più o meno marcata, deficit dell'attenzione, ideazione rallentata, turbe a carico della memoria, insonnia con compromissione delle funzioni psichiche.

La capacità di volere, poi, è indubbiamente compromessa di fronte al ruolo centrale occupato, nel soggetto, dall'uso della sostanza stupefacente e dalla necessità di procurarsela. Taluni comportamenti del tossicodipendente raggiungono livelli di anormalità del tutto analoghi all'immatùrità o ad altri deficit caratteristici del vizio di mente, quanto meno parziale. Non vi è dubbio che l'analisi clinica e medico-legale di molti tossicodipendenti, anche se da condursi sempre caso per caso e con riferimento al momento della commissione del reato, condurrebbe molto spesso alla constatazione di una forte riduzione della capacità di intendere e particolarmente di volere, anche se non si possono disconoscere le difficoltà di un accertamento che molte volte rischia di dover essere fatto quando lo stato acuto è passato e il soggetto può essere in condizioni assai diverse da quelle in cui si trovava quando commise il reato. In dottrina si è affermato che, al di là della cronica intossicazione, ai fini del vizio di mente debbono essere considerate la sindrome di astinenza e le altre manifestazioni legate alla tossicodipendenza, qualora determinino un'alterazione della funzionalità psichica.

Secondo questi Autori, gli effetti tipici dell'interazione psicofisica che si instaura tra il soggetto e la sostanza stupefacente dimostrano come l'attività del tossicodipendente sia condizionata dal bisogno della sostanza e come lo sia anche l'attività criminosa che egli è spinto a porre in essere, qualora sia tesa al reperimento della sostanza stupefacente o del denaro per acquistarla. Ne discende che sarebbe assurdo, una volta constatato lo stato di tossicodipendenza, al di là della considerazione della "cronica intossicazione", effettuare giudizi analoghi nei loro

¹¹⁴ G. Ambrosini – P. Miletto, *Le sostanze stupefacenti e le misure di prevenzione*, in *Giurisprudenza*

contenuti logico-giuridici, di fronte ad un reato commesso dal tossicodipendente nell'intento di procacciarsi la sostanza e ad un altro reato che egli ha commesso per motivazioni estranee al bisogno di drogarsi¹¹⁵.

Secondo altri, invece sarebbe estremamente grave riconoscere una diminuzione o esclusione della responsabilità del tossicodipendente che commette il reato durante la crisi di astinenza, poiché questo potrebbe determinare “una vera e propria licenza di uccidere”¹¹⁶. Al riguardo va invece compiuta, secondo questa corrente di pensiero, un'attenta valutazione medico-legale che deve cercare di cogliere, se presenti, eventuali situazioni patologiche, tali da dimostrare uno stato di infermità capace di escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere.

In merito alla crisi di astinenza va precisato che non tutte le sostanze stupefacenti conducono ad uno stato di dipendenza dalle sostanze medesime, propria soltanto, oltre che dell'alcool, soprattutto degli oppiacei e dei loro derivati.

Nel caso di assunzione ripetuta di altre sostanze, sarà pertanto impossibile ricorrere al concetto di dipendenza, per cui il più delle volte il giudice sarà costretto ad applicare l'art. 94 c.p., con la conseguenza non solo di riconoscere imputabile il soggetto, ma anche di dovergli aumentare la pena, salva, ovviamente, la possibilità di un giudizio di prevalenza, o di equivalenza, di circostanze, ex art. 69 c.p. (concorso di circostanze aggravanti e attenuanti), ove, nel caso concreto, ne ricorrano gli estremi.

Ci si è, infine, chiesti cosa avvenga nell'ipotesi nella quale il soggetto “non si trova sotto crisi acuta, neanche sotto crisi di astinenza, ma agisce delittuosamente, per procurarsi la sostanza, in previsione di quella che ne sarà la prossima necessità”¹¹⁷.

La conclusione alla quale dobbiamo giungere è nel senso che, pur di

sistematica di diritto penale, a cura di F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino, Utet, 1984, 21.

¹¹⁵ M. Leoni – M. Marchetti – G. Fatigante, *L'imputabilità del tossicodipendente*, Milano, Giuffrè, 1992, 324.

¹¹⁶ Leggeri, *Tossicodipendente e criminalità*, in *Rass. pen. crim.*, 1984, 781.

¹¹⁷ G. Vassalli, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Indice pen.*, 1986, 554.

fronte alla possibile, effettiva incidenza di tale condizione sulla capacità di intendere e di volere, deve affermarsi l'impossibilità giuridica di tenerne conto, visto il rigido impianto codicistico in materia, confermato dal prevalente orientamento in giurisprudenza, che tende a negare rilievo alla così detta sindrome di astinenza interpretando rigidamente l'art. 95 c.p.¹¹⁸

Accanto all'orientamento prevalente, vanno pure ricordate alcune pronunce con le quali i giudici di merito hanno variamente riconosciuto, seppure in via indiretta, la vocazione coercitiva o comunque deviante della tossicodipendenza.

Così si è convenuto che una grave tossicodipendenza protratta nel tempo rende il genitore insensibile alle necessità altrui, sì da concretare, da parte sua, una forma di abbandono materiale e morale sul minore¹¹⁹.

La giurisprudenza ha poi manifestato altre aperture, come ad esempio l'ammissione della più ampia discrezionalità del giudice di accertare entità ed effetti dello stato di intossicazione onde stabilire il grado di imputabilità.¹²⁰

La normativa dettata dall'art. 94 c.p. è, tra quelle dedicate all'imputabilità del tossicodipendente, quella che ha generato, nel periodo più recente, maggiori perplessità ed imbarazzo in sede applicativa, in quanto ci si rende conto della sproporzione tra carico sanzionatorio e situazione psicologica del soggetto, abituale assuntore di stupefacenti. Infatti l'art. 94 c.p. prevede un aumento di pena per soggetti che comunque, anche se non giunti all'estremo della cronica intossicazione, presentano, nel caso di specie, una compromissione della capacità di intendere e soprattutto di quella di volere; e questo è dimostrato anche dal fatto che tale normativa ha trovato scarsissima applicazione, in sede giudiziaria, tanto che talvolta i giudici preferiscono ricorrere, in luogo dell'applicazione dell'art. 94 c.p., alla concessione delle attenuanti generiche.¹²¹

¹¹⁸ G. De Vincentiis – T. Bazzi, *La valutazione medico-legale* cit., 123.

¹¹⁹ Trib. Minorenni Roma, 6 febbraio 1984, in *Il diritto di famiglia e della persona*, 1984, p. 637.

¹²⁰ Cass. sez. II, 12 maggio 1984, n. 4420.

¹²¹ G. Vassalli, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 543.

Non può, dunque, suscitare alcuna sorpresa che si proponga l'abrogazione dell'attuale art. 94 c.p.¹²², così come non deve sorprendere che gli artt. 34 e 35 dello Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale non facciano più riferimento alcuno all'ipotesi in esame.

Anzi, l'art. 80 del Progetto Riz (di nuovo codice penale) "disperso" fra le montagne di carte del Parlamento, elimina ogni presunzione di imputabilità per coloro che hanno commesso il fatto in stato di ubriachezza ovvero sotto l'effetto di sostanze stupefacenti (e sempre che non si tratti di cronica intossicazione, nel qual caso si applicano le disposizioni concernenti il vizio totale o parziale di mente del medesimo progetto).

Commentando il suddetto articolo, il Prof. Mario Trapani, riconosce che si è fatto un passo in avanti verso la coincidenza della qualifica soggettiva di "imputabilità" con la effettiva "capacità di intendere e di volere". Egli, però, conclude affermando che: "Sarebbe stato tuttavia necessario prevedere, a questo proposito, una disciplina specifica (e ovviamente conforme al principio di colpevolezza) utilizzando [...] lo schema dell'*actio libera in causa*: nel senso che il soggetto dovrebbe essere considerato responsabile per l'atteggiamento soggettivo che al momento di ubriacarsi o di assumere sostanze stupefacenti aveva in relazione al reato commesso. In particolare, il soggetto dovrebbe rispondere a titolo di dolo se, quando si è posto nello stato di incapacità, ha agito almeno con dolo eventuale rispetto al fatto di reato [...] ; ovvero per colpa se il fatto era da lui, in tale momento, sebbene non voluto e rappresentato, quantomeno concretamente prevedibile come conseguenza della sua condotta. In quest'ultimo caso, poi, se [...] il fatto commesso in stato di ubriachezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti non fosse previsto dalla legge come reato colposo, si potrebbe utilizzare uno schema normativo analogo a quello concernente la responsabilità del direttore di periodico per i reati commessi col mezzo della stampa, ossia

¹²² V. Militello, *Imputabilità e assunzione di stupefacenti tra codice e riforma*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. Bricola e G. Insolera, Padova, Cedam, 1991, 183.

stabilire l'applicazione della pena prevista per il reato doloso commesso, congruamente diminuita (ad es., da un terzo alla metà)"¹²³.

2.3. Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti.

Così come si verifica nell'art. 91 c.p., anche in merito all'art. 95 stesso codice si ha un'ipotesi di coincidenza tra realtà naturalistica e disciplina normativa. Tale articolo stabilisce, infatti, che “per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli artt. 88 e 89 c.p.”

Per cronica intossicazione da sostanze stupefacenti¹²⁴ si intende lo stato patologico causato dall'abuso di dette sostanze, e caratterizzato da disturbi, non transeunti, di natura tossica clinicamente apprezzabili.

Trattasi pertanto di infermità la quale, in relazione alla gravità della sindrome, può essere rilevante ai fini dell'imputabilità, ai sensi degli artt. 88, 89 e 95 c.p.

La copiosa giurisprudenza in materia è prevalentemente orientata nel senso che “l'intossicazione, o lo stato di tossicodipendenza che influisce sulla capacità di intendere e di volere, è solo quella cronica, cioè quella che – per il suo carattere ineliminabile e per l'impossibilità di guarigione – provoca alterazioni patologiche permanenti, tali da fare apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte ad una vera e propria malattia psichica”¹²⁵.

Ancora più chiaramente si è detto che: “l'intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti di cui all'art. 95 c.p., in riferimento agli artt. 88 e

¹²³ M. Trapani, “*Osservazioni sul disegno di legge 2038 – Libro primo del codice penale (Senato della Repubblica – XII Legislatura)* in R. Riz, “*Disegno di legge n. 2038 “Libro I del codice penale”*. D'iniziativa dei senatori Riz <et al.>; comunicato alla Presidenza il 2 agosto 1995, Tipografia del Senato, Roma, n.d. Paginazione varia.

¹²⁴ Secondo una nota definizione, del De Mattei, *Stupefacenti*, in *Enciclopedia medica italiana*, Milano, Giuffrè, 1957, 24, gli stupefacenti sono veleni dell'uomo e della società, agenti direttamente sulla corteccia cerebrale, suscettibili di promuovere una piacevole ebbrezza, di essere assunti a dosi crescenti, senza determinare avvelenamento o morte, ma capaci di generare stati di bisogno tossico, gravi e pericolosi disturbi da astinenza, alterazioni somatiche e psichiche profonde e progressive.

89 stesso codice, influisce sulla capacità di intendere e di volere se e in quanto, per il suo carattere ineliminabile e per l'impossibilità di guarigione, provoca alterazioni psicologiche permanenti, tali da far apparire indiscutibile che ci si trova di fronte ad una vera e propria malattia e che dal vizio di mente di cui agli artt. 88 e 89 c.p. debbono ritenersi escluse certe anomalie e forme di degenerazione del sentimento non conseguenti ad uno stato patologico"¹²⁶.

In senso sostanzialmente conforme la Cassazione esclude che possa configurarsi il vizio parziale di mente in un soggetto tossicodipendente affetto da semplici anomalie del carattere o da manifestazioni di tipo nevrotico di natura episodica o sporadica, nel difetto di una vera e propria condizione patologica incidente sulle capacità intellettive e volitive¹²⁷.

In un'altra sentenza si precisa che, anche al di fuori dell'ipotesi di intossicazione cronica, l'uso e l'abuso di sostanze stupefacenti possono concorrere a determinare una condizione giuridica di minorata o esclusa capacità di intendere e di volere, ma solo quando influiscano, aggravandone gli aspetti morbosi, su una preesistente infermità: ne consegue che va esclusa l'esistenza di un vizio parziale di mente in simili ipotesi di intossicazione, perché esso è considerato irrilevante ai fini dell'imputabilità dagli artt. 92 e 93 c.p. o, addirittura, come circostanza aggravante nell'ipotesi disciplinata dall'art. 94 c.p.¹²⁸

Coerentemente, si precisa altresì che "in tema di imputabilità, non vi è necessaria coincidenza fra lo stato di tossicodipendenza e la cronica intossicazione da sostanze stupefacenti di cui all'art. 95 c.p. Quest'ultima ricorre nei soli casi in cui l'abuso di droga abbia prodotto nel tossicodipendente un vero e proprio stato patologico permanente, il quale, alterando i processi intellettivi e volitivi dell'imputato, ne abbia escluso o grandemente scemato l'imputabilità"¹²⁹.

Infatti in giurisprudenza costantemente si afferma che l'accertato stato di tossicodipendenza non equivale affatto e sempre a quello di cronica

¹²⁵ Cass. sez. I, 9 marzo 1994, Bussi, in *Cass. pen.*, 1995, 928.

¹²⁶ Cass. sez. I, 24 gennaio 1992, Miliani, in *Cass. pen.* 1993, 1431.

¹²⁷ Cass. sez. II, 8 aprile 1986, Bologna, in *Cass. pen.*, 1988, 284.

¹²⁸ Cass. sez. I, 29 gennaio 1985, Beoni, in *giust. pen* 1985, I, 733.

¹²⁹ Cass. sez. IV, 9 luglio 1990, Gambuzza, in *Cass. pen.* 1992, 1221.

intossicazione da stupefacenti, rilevante ai fini dell'infermità di mente totale o parziale, essendo, al riguardo, decisiva una specifica perizia psichiatrica sulle condizioni dell'assuntore, da cui risulti che la tossicodipendenza abbia determinato uno stato patologico tale da alterare, in tutto o in parte, la capacità di intendere e di volere¹³⁰.

Dunque, dallo stato di tossicodipendenza non discende automaticamente l'applicazione del vizio parziale o totale di mente¹³¹.

Si è sostenuto, infatti, che il termine tossicodipendenza qualifica una situazione più ampia della intossicazione cronica di cui all'art. 95 c.p., potendo comprendere anche casi nei quali non sia riscontrabile un vizio totale o parziale di mente.

La giurisprudenza di merito sostiene che, ai fini del giudizio sull'imputabilità, deve essere tenuta distinta la figura di colui il quale è dedito all'uso di stupefacenti (tossicodipendente) dalla figura di colui il quale è affetto da intossicazione cronica da stupefacenti (tossicodipendente anch'egli): solo in questa seconda ipotesi può porsi il problema di un pregiudizio della capacità di intendere e di volere in forma di vizio totale o parziale di mente.¹³²

Sempre sullo stesso punto si precisa, altresì, che, in ordine al giudizio sull'imputabilità, la legge penale non consente di dare rilievo al maggiore o minore desiderio di droga del tossicodipendente che ben può essere il risultato dell'anomalia di un carattere particolarmente debole ovvero con più marcato disadattamento alla realtà.

La legge penale impone, perché lo stato di tossicodipendenza si elevi a causa incidente sull'imputabilità, che su di esso si innesti e si sovrapponga uno stato patologico che alteri anche la capacità di intendere e di volere.

Occorre, in sostanza, che una vera e propria infermità affligga il soggetto che deve risultare affetto, in modo clinicamente accertabile, da uno stato patologico morboso che turbi l'equilibrio funzionale del suo organismo

¹³⁰ Cass. sez. II, 22 giugno 1983, Mangascià, in *Cass. pen.*, 1985, 643.

¹³¹ Cass. sez. VI, 7 giugno 1989, Rapuano, in *Cass. pen.* 1991, I, 426.

¹³² Trib. Roma, 8 aprile 1981, Lucaccini, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1981, 1073.

complessivamente considerato¹³³.

Relativamente alle concrete fattispecie sottoposte all'esame della giurisprudenza, mentre a volte si è affermata la non imputabilità del tossicodipendente, altre volte, invece, si è concluso per l'irrilevanza dell'assunzione delle sostanze stupefacenti.

In particolare: a) si è ritenuto non imputabile per il reato di diserzione impropria, perché incapace di intendere e di volere a norma degli artt. 95 e 88 c.p., il militare, successivamente riformato dal servizio militare, il quale non si era ripresentato nei termini previsti, perché in stato di coma conseguente all'ingestione di sostanze stupefacenti¹³⁴; b) si è ritenuto capace di intendere e di volere, anche se con imputabilità diminuita in virtù del combinato disposto degli artt. 89 e 95 c.p., un tossicodipendente che aveva ucciso, a colpi di pistola, una persona e ne aveva resa in fin di vita un'altra, poiché è risultato avere una personalità psicopatica, con gravi disturbi schizoidi del carattere [nella specie, alla fine dell'istruttoria, il pubblico ministero aveva richiesto il rinvio a giudizio dell'imputato non potendo escluderne la punibilità, anche se affetto da vizio parziale di mente]¹³⁵; c) è stata esclusa l'esistenza del vizio di mente di un soggetto tossicodipendente, pur affetto da anomalie del carattere e turbe della volizione, poiché non era stata riscontrata quella "condizione patologica che incidendo sullo stato di mente dell'imputato sia tale da scemare in modo apprezzabile le sue facoltà intellettive e volitive". Più precisamente, l'esclusione di vizi apprezzabili ex art. 89 c.p. era stata desunta dalla circostanza che il soggetto, imputato di rapina, aveva lucidamente e coerentemente manifestato i propri propositi criminosi, adoperando persino apposite cautele per evitare un posto di blocco apprestato dalla polizia.¹³⁶

Per mitigare il rigore normativo, peraltro, parte della dottrina ritiene che "il semplice tossicodipendente – non intossicato cronico – possa rivelarsi pienamente imputabile per quanto riguarda i reati comuni, e parzialmente

¹³³ G. Amato – G. Fidelbo, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, Giuffrè, 1994, 8.

¹³⁴ Trib. Mil. Verona, 30 gennaio 1973, Binotto, in *Giur. merito*, 1975, II, 49.

¹³⁵ Trib. Roma, 9 giugno 1990, Pavoni, in *Arch. merito*, 870066.

¹³⁶ Cass. Sez. II, 8 aprile 1986, Bologna, in *Cass. pen.*, 1988, 284.

o totalmente incapace ai fini, ad esempio, del delitto di detenzione o di minuto spaccio della droga, reati a cui può essere indotto dall'impulso a procurarsi e consumare la droga, non sempre da lui adeguatamente controllabile"¹³⁷.

Questa idea, vale a dire la possibilità di considerare in maniera più favorevole il tossicodipendente, relativamente al solo reato di detenzione di sostanze stupefacenti, fu avanzata, ad esempio, dal De Vincentiis e dal Bazzi¹³⁸ quando la legge di riferimento era ancora la 1041 del 1954 e fu ripresa dal Nuvolone¹³⁹, con riferimento però al reato di chi, per uso personale non terapeutico, illecitamente acquisti o comunque detenga quantità non modiche di sostanze stupefacenti, peraltro ammettendo la sola imputabilità diminuita, quando la legge in materia era la 685 del 1975.

Si è però obiettato che la distinzione sarebbe frutto di astrazione, poiché il tossicodipendente potrebbe essere portato, dal bisogno di procurarsi la sostanza, a commettere vari e disparati reati; peraltro, “un carattere di natura tutta soggettiva non può correre lungo la linea di demarcazione tra tipi e tipi di reato”¹⁴⁰.

Per altro orientamento, invece, il tossicodipendente in nessuno dei momenti della sua triste vita perde mai del tutto la capacità di intendere e di volere: né quando si trova sotto gli effetti della sostanza stupefacente, né quando avverte il bisogno di reiterare l'assunzione, né, infine, quando patisce la cosiddetta “crisi di astinenza”¹⁴¹.

A queste situazioni fanno peraltro eccezione, oltre al caso dell'intossicato cronico, i casi limite di fatti lesivi di interessi penalmente rilevanti – per lo più danneggiamenti, lesioni, omissioni varie – commessi durante “incoercibili spasmi nervosi o muscolari, deliri profondi, perdita totale della conoscenza: in tali ipotesi allorché non sussistano criteri di imputazione colpevole ravvisabili nella condotta anteriore al reato, il

¹³⁷ E. Fortuna, voce *Tossicodipendenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè Milano, vol. XLIV, 1992, 748.

¹³⁸ G. De Vincentiis – T. Bazzi, *La valutazione medico- legale*, cit., 121.

¹³⁹ P. Nuvolone, *Il tossicodipendente nel quadro del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1985, 8.

¹⁴⁰ G. Vassalli, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 549

¹⁴¹ A. R. Latagliata – U. Pioletti, *Considerazioni su imputabilità e trattamento del tossicodipendente in Rpo*, 1986, 710

soggetto dovrà essere dichiarato non responsabile, dato che al momento del fatto egli era totalmente privo della capacità di intendere e di volere; peraltro, si conclude, nel prosciogliere l'imputato il giudice non utilizzerà la disposizione dell'art. 85 c.p., bloccata dalle presunzioni degli artt. 92 e ss. c.p., bensì quella del primo comma dell'art. 42 c.p. che dispone che: "nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà".

Vi sono tuttavia, e in giurisprudenza e in dottrina, orientamenti minoritari degni di nota.

Una importante sentenza del Tribunale di Roma, dichiara che "la tossicomania, valutata nell'interazione dei suoi aspetti fisici e psichici, è una malattia cronica, ancorché non irreversibile in senso assoluto, ma solo in termini statistici e nei quattro quinti dei casi" e che l'art. 95 c.p. non richiede l'irreversibilità né la prevalenza della sintomatologia fisica su quella psichica. E da questa analisi, sorretta anche dalla considerazione della non ipotizzabilità di una equiparazione degli effetti della cronica intossicazione da alcool a quella da sostanze stupefacenti, fa discendere decisamente l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 89 c.p. (sulla base di un riferimento all'art. 95 c.p.) nei confronti dei tossicodipendenti.¹⁴²

Anche in dottrina, come abbiamo già rilevato, è dato trovare qualche voce che si discosta dall'indirizzo prevalente. Mentre alcuni autori aderiscono al requisito dell'alterazione psichica permanente, riconoscendo nella tossicodipendenza certamente una condizione morbosa, forse anche una cronica intossicazione, ma negando che possa di per se stessa essere considerata causa di esclusione o anche solo di diminuzione dell'imputabilità, altri¹⁴³ ammoniscono contro l'esaltazione di requisiti che sono propri e specifici dell'alcooldipendenza e richiamano l'attenzione su quelle droghe le quali, dando luogo a intossicazione cronica e a dipendenza fisica e psichica dalla sostanza medesima, riducono il soggetto nell'impossibilità di una libera scelta e gli tolgono, o almeno ne diminuiscono grandemente, la capacità di

¹⁴² T. Roma sez. I, 9 gennaio 1980, D'Ippoliti, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 311.

intendere e soprattutto quella di volere.

Secondo quest'ultima corrente di pensiero bisognerebbe scendere più a fondo nell'interpretazione del concetto giuridico di cronica intossicazione, distinguendo tra alcool e stupefacenti, e riconoscendo che l'intossicazione è cronica quando dà luogo a marcata tossicodipendenza e che la capacità quanto meno di volere è grandemente scemata già quando il soggetto non può fare a meno della droga. I decreti sulla somministrazione del metadone sono in fondo un riconoscimento implicito di questa impossibilità di agire altrimenti che col ricorso, sia pure controllato, alla droga e si inserirebbero pertanto in una più attuale visione dell'imputabilità del tossicodipendente.

Ma già venti anni prima di questi decreti era stato rilevato che “quando il bisogno della droga coinvolge la personalità del soggetto, turbando i suoi poteri di critica e volitivi nell'ambito di quegli atti che sono finalisticamente diretti al procacciamento della droga stessa, si può considerare l'esistenza di una vera e propria intossicazione, ancorché non rivelata da altri sintomi e segni clinici e di conseguenza può trovare applicazione l'art. 95 c.p.”¹⁴⁴.

Giuliano Vassalli ritiene che i dati acquisiti circa la differenza tra alcooldipendenza e tossicodipendenza da un lato e tra le varie forme di tossicodipendenza dall'altro autorizzino, specie in assenza dell'esplicita enunciazione di requisiti di irreversibilità e di totale distruzione o compromissione psichica, “una interpretazione evolutiva dell'art. 95 c.p. che consenta quanto meno, ovviamente con l'indispensabile apporto delle valutazioni peritali, la concessione in favore del tossicodipendente dell'attenuazione di pena (fino ad un terzo) di cui all'art. 89 c.p.”¹⁴⁵

Ma occorre, allo stato, fare i conti con un'interpretazione giudiziale indubbiamente autorevole e ben diversa, almeno nell'indirizzo tuttora prevalente.

In ordine alle modalità di accertamento dell'eventuale stato patologico, la Cassazione ha precisato che “lo stato di tossicodipendenza non

¹⁴³ G. Giusti - D. Sica, *Gli stupefacenti e le tossicomanie*, cit., 147.

¹⁴⁴ C. Urbini, *Gli stupefacenti*, Pavia, Pavese, 1960, 146.

¹⁴⁵ G. Vassalli, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 547

costituisce, di per sé, indizio di malattia mentale o di alterazione psichica, onde la perizia psichiatrica può e deve essere disposta solo allorché vengano dimostrati ulteriori elementi che possano indurre ad ipotizzare fondatamente una patologia mentale penalmente significativa: l'assunzione di stupefacenti, non derivata da caso fortuito o forza maggiore, anche se reiterata e continuata, qualora non si accerti che abbia influito sulle capacità mentali del soggetto, non solo non esclude né diminuisce l'imputabilità, ma è condizione in ordine alla quale l'art. 92 c.p., richiamato dall'art. 93 c.p., stabilisce una presunzione assoluta della capacità di intendere e di volere¹⁴⁶.

In senso conforme una successiva sentenza della Cassazione ha altresì statuito che la necessità di disporre nel dibattimento una perizia psichiatrica finalizzata ad accertare se dalla cronica intossicazione da stupefacenti sia derivata infermità mentale deve emergere da gravi e fondati indizi¹⁴⁷.

Anche la giurisprudenza più risalente aveva affermato che il solo uso di sostanze stupefacenti non può far presumere, in assenza di altri elementi di valutazione, l'infermità psichica o anche solo la diminuita capacità di intendere e di volere del soggetto.¹⁴⁸

Si è altresì precisato che dal solo fatto che l'imputato sia stato, in precedenza, dichiarato non punibile, ai sensi dell'art. 80 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, non discende l'obbligo del giudice di disporre perizia ai fini dell'applicabilità della diminuzione del vizio parziale di mente per fatti commessi in stato di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti di cui all'art. 89 c.p. in relazione all'art. 95 c.p.¹⁴⁹

Sulla questione della perizia e sulla rilevanza della condizione di tossicodipendenza dell'imputato in grado di appello, si è affermato che la rinnovazione del dibattimento, per l'assunzione in appello di una nuova perizia, è consentita solo in stato di necessità, cioè quando "la perizia eseguita in primo grado sia nulla o presenti deficienze tali da non

¹⁴⁶ Cass. sez. VI, 6 ottobre 1986, Bonucci, in *Mass. ufficiale*, 1990, m. 184079.

¹⁴⁷ Cass. sez. VI, 23 aprile 1991, Leone, in *Mass. ufficiale*, 1991, m. 188234.

¹⁴⁸ Cass. sez. I, 11 febbraio 1982, Olivieri, in *Riv. pen.*, 1983, 429.

¹⁴⁹ Cass. sez. I, 29 maggio 1985, Buzzi, in *Giust. pen.* 1986, III, 540.

consentire una pronuncia che sia aderente alla reale situazione processuale, e non già quando il giudice, in base ai dati obbiettivi della perizia ed alle altre emergenze di causa, ritenga di poter pronunciare la decisione, in conformità o in difformità delle conclusioni del perito”¹⁵⁰.

Si è altresì sostenuto che “il giudice deve disporre la rinnovazione parziale del dibattimento per sottoporre l’imputato stesso a perizia psichiatrica al fine di accertare se egli, al momento del fatto che ha dato luogo al processo, fosse o no capace di intendere e di volere, qualora si proceda per fatti che vengano giustificati in quanto commessi in stato di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti, in specie se agli atti venga accluso un certificato medico dal quale risulti che l’imputato, già tossicodipendente, abbia tentato da solo di disintossicarsi e che l’astinenza abbia potuto renderlo eccessivamente sensibile alle bevande alcoliche”¹⁵¹.

Sempre con riguardo al giudizio sulla capacità di intendere e di volere, si è precisato che lo stato di intossicazione da stupefacenti, avente eventuale rilievo a detti fini, deve essere riferito al momento della consumazione del reato¹⁵².

L’accertamento della capacità di intendere e di volere compete al giudice; tuttavia, pur non sussistendo un vero e proprio onere probatorio sull’imputato, a questo spetterebbe l’onere di allegare documentazione o comunque elementi attestanti il proprio stato di intossicato cronico¹⁵³.

Si è poi affermato in un’altra sentenza, sempre relativamente al potere di accertamento del giudice che “comunque, la determinazione dello stato di scemata capacità di intendere e di volere dell’imputato costituisce un apprezzamento di fatto che spetta solo al giudice del merito, attraverso gli elementi peritali psichiatrici acquisiti ed il cui giudizio non è censurabile in sede di legittimità”¹⁵⁴.

Da ultimo si cita la sentenza della Corte costituzionale 16 aprile 1998, n. 114, attraverso la quale è stato ribadito ancora una volta che per potersi

¹⁵⁰ Cass. sez. I, 22 settembre 1989, Paratore, in *Mass. ufficiale*, 1989, m. 182292.

¹⁵¹ Cass. sez. VI, 27 novembre 1985, Cognoni, in *Giust. pen.*, 1987, II, 52.

¹⁵² Cass. sez. II, 15 novembre 1984, Mariano, in *Crit. pen.* 1985, 1542.

¹⁵³ Cass. sez. IV, 18 aprile 1995, Vizzani, in *Giust. pen.*, 1996, II, 265.

¹⁵⁴ Cass. sez. II, 17 febbraio 1986, Lucchese, in *Giust. pen.*, 1987, III, 345.

correttamente invocare lo stato di intossicazione cronica “occorre una alterazione non transitoria dell’equilibrio biochimico del soggetto tale da determinare un vero e proprio stato patologico psicofisico dell’imputato e, dunque, una corrispondente e non transitoria alterazione dei processi intellettivi e volitivi. Ciò significa che l’accertamento dell’imputabilità vien fatto ruotare in ogni caso attorno ad un concetto di “infermità” necessariamente riconducibile, sul piano gnoseologico, ai mutevoli contributi dell’esperienza clinica, cercando in tal modo di dissolvere proprio quei rischi di aperta contraddizione tra scienza e norma sui quali il giudice *a quo* ha fondato le proprie censure¹⁵⁵.

Nel caso di specie si contestava la validità scientifica della distinzione tra abitudine nell’ubriachezza e nell’uso di sostanze stupefacenti e cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti sulla base di considerazioni svolte al riguardo nell’ambito della scienza medico-legale, considerazioni condivise dal perito d’ufficio, il quale, chiamato a giudicare se nel caso di un imputato era da considerarsi presente una intossicazione cronica da alcool e stupefacenti al momento dei fatti allo stesso ascritti, ha concluso di non essere in grado di rispondere per la inconsistenza della differenziazione tra le due fattispecie della abitudine e della cronicità e per la da lui ritenuta inattendibilità della distinzione operata dalla giurisprudenza, fondata su di una asserita irreversibilità della intossicazione cronica.

La Corte invece afferma che è proprio dall’opportunità di riaffermare il superiore valore del principio della colpevolezza che deve individuarsi la non irragionevolezza della disposizione di cui all’art. 95 c.p. Infatti, si legge ancora nella sentenza in oggetto, “è il riferimento alla colpevolezza o meno del soggetto quello che deve permettere di distinguere, dal punto di vista della volontà del legislatore e per le conseguenze dalla legge previste, la intossicazione acuta da quella cronica: colpevole quella acuta, sia pur dandosi spazio a tutti i trattamenti di recupero e agli altri provvedimenti ritenuti adeguati sul piano dell’applicazione e dell’esecuzione delle pene; incolpevole o meno colpevole, quella

¹⁵⁵ Corte cost. 16 aprile 1998, n. 114, in *Giur. cost.* 1998, 973.

cronica, sia pure attraverso il passaggio, nell'ipotesi della pena soltanto diminuita, per la discussa e discutibile figura della semi-imputabilità.

Così pure, conclude la Corte, “è facendo riferimento al principio di colpevolezza che il giudice deve porsi in grado di risolvere i problemi che si presentano nella concreta applicazione dell'art. 95 c.p., facendo applicazione, nel dubbio, proprio delle regole di giudizio espressamente stabilite nei commi 2 e 3 dell'art. 530 c.p.p.”

Al termine dell'esposizione, possiamo quindi dire che non è la tossicodipendenza, ma resta l'infermità di mente la causa di esclusione dell'imputabilità.

3. Misure di sicurezza, sistema del doppio binario e disciplina dell'imputabilità¹⁵⁶.

Il codice penale del 1930 nasce da un compromesso tra due grandi scuole: la scuola classica e la scuola positiva.

La scuola classica vede la pena come sanzione, retribuzione per un fatto commesso: l'essere umano è, prima ancora che giuridicamente, un soggetto eticamente responsabile. Basandosi sull'idea del libero arbitrio, la pena è vista come giusto castigo per il male commesso: se un soggetto è libero di autodeterminarsi conformemente alle proprie rappresentazioni, e ciononostante sceglie volontariamente di commettere un delitto, la pena rappresenta la giusta retribuzione per il male commesso. Può essere colpevole, in una certa visione, soltanto il soggetto imputabile, cioè il soggetto capace di intendere e di volere e la pena viene vista come castigo in quanto risposta ad un comportamento colpevole del quale un soggetto dotato di libero arbitrio si assume la responsabilità.

La scuola positiva, invece, fondandosi sulle teorie del positivismo giuridico, ritiene che, in realtà, l'idea dell'uomo come essere libero e, di

¹⁵⁶ Il presente paragrafo è il frutto degli insegnamenti ricevuti durante i corsi di diritto penale, parte generale e speciale, tenuti all'Università di Modena. Per una ulteriore integrazione in materia, si faccia riferimento a: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 1994; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit., 1996; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 1992; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., 1981.

conseguenza, responsabile delle proprie azioni, sia un'illusione in quanto, facendo parte della natura, l'uomo è determinato alla stregua di tutti i fenomeni naturali. L'uomo non può essere considerato responsabile giuridicamente, e prima ancora eticamente, dei suoi atti in quanto la sua libertà è apparente: chi commette un reato non delinque per sua scelta, ma perché è determinato necessariamente alla commissione del delitto dalla sua indole particolarmente malvagia, o dalla sua natura anormale.

L'uomo non è più visto come essere libero ma, al pari di tutti gli altri fenomeni della natura, è anch'esso un fenomeno della natura: la libertà non esiste più in quanto l'uomo è necessariamente determinato ad agire. Tutto ciò porta ad un superamento netto, definitivo, integrale dell'idea della colpa: se l'uomo è necessariamente determinato ad agire in un certo modo ciò significa che non è libero e se non è libero non può essere colpevole e responsabile di quello che fa. In questa prospettiva non ha neppure senso parlare di pena per ciò che si è fatto: colui che ha agito in un certo modo non poteva che agire in quel modo, perché era determinato ad agire in quel modo.

La società può soltanto difendersi rispetto a manifestazioni che possono incidere sulla sicurezza collettiva: sarebbe illogico punire un soggetto, per definizione irresponsabile, per ciò che ha fatto mentre non è illogico cercare di adottare tecniche di controllo sociale per impedirgli di porre in pericolo interessi appartenenti alla collettività. E' il binomio colpa-pena che diventa pericolosità come misura di controllo sociale, in particolare misura preventiva che, come tale, può solo guardare al futuro non al passato. Questo capovolgimento dell'ottica di colui che si occupa di criminalità porta a uno spostamento di interesse dal reato alle cause della criminalità stessa: ciò che interessa non è tanto il reato quanto il perché l'uomo delinque. Idea molto pericolosa, perché così facendo il reato, il singolo fatto, diventerebbe semplicemente un sintomo confermativo di una pericolosità che potrebbe essere accertata anche in un altro modo: il reato sarebbe sintomo di una malattia che potrebbe essere accertata con qualunque mezzo.

Se il diritto penale non “interessa” più in quanto sistema di reati e di sanzioni perché è lo scienziato, che acquisita la centralità del sistema, stabilisce le cause del delitto che spingono l'uomo a delinquere e le misure che debbono essere utilizzate per prevenire la commissione di reati, è chiaro che, tutto sommato, del giurista “si può fare a meno”.

Infatti, sostituendo all'idea dell'uomo libero che delinque per propria scelta quella dell'uomo che delinque perché ammalato, il diritto penale diventerebbe di competenza dei medici: il reato è visto come una malattia, o meglio come il sintomo di una malattia, e le misure che servono a fronteggiarlo non sono altro che medicine.

Ma se l'oggetto del diritto penale si sposta dal singolo fatto come frammento isolatamente considerato della vita di un uomo, all'uomo nella sua totalità, ammalato e necessariamente portato a delinquere, è molto facile cadere nell'errore di ritenere che le persone le quali presentino certe tare, o che si presume le presentino, debbano essere messe in condizione di non nuocere prima che commettano qualcosa di male.

La concezione che vede l'uomo come delinquente nato è superata dalla c.d. teoria sociologica del diritto, secondo la quale sono i fattori sociali che determinano un certo soggetto o una certa categoria di soggetti a delinquere. Dunque, le condizioni sociali e ambientali in cui il soggetto si trova ad agire sono visti come causa del delitto; idea, questa, che si ritrova anche nell'art. 133 c.p., laddove si parla di capacità a delinquere, cioè del secondo dei grandi parametri che servono a determinare la pena in concreto: la pena viene determinata in più o in meno a seconda del carattere, dei precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo antecedente, contemporanea e susseguente al reato.

Ma quello che interessa nella nostra esposizione attuale è il n. 4 dell'art. 133 c. 2, nella parte in cui si statuisce che il giudice, nel valutare la capacità a delinquere, deve tener conto anche delle condizioni di vita sociale, familiare, individuale del reo. Dietro a questa disposizione c'è, chiarissimo, il retaggio della visione sociologica del diritto.

Anche questa è una prospettiva pericolosissima, perché se si arriva a dire che un soggetto, in quanto appartenente a una certa categoria sociale o condizionato dal suo ambiente sociale o familiare, è portato necessariamente alla commissione del reato, il pericolo è proprio quello di criminalizzare intere categorie di persone. In altri termini, il semplice fatto di appartenere ad una certa categoria sociale, dalla maggioranza benpensante giudicata “deviante” rispetto al modello sociale riconosciuto come giusto, porta gli appartenenti a quella categoria sociale ad essere criminalizzati come potenziali delinquenti, in quanto, appartenendo ad un certo contesto sociale, necessariamente saranno portati a delinquere. Questa visione è netta nella formulazione originaria delle misure di prevenzione che venivano applicate agli oziosi, ai vagabondi e alle prostitute.

Come si può notare, sia considerando come causa del delitto una natura anormale del soggetto, quindi una causa squisitamente medico patologica, sia nella prospettiva sociologica andando a vedere quali sono le cause sociali del delitto (vale a dire le condizioni familiari, individuali, generali, sociali, prese appunto dall’art. 133 c.p.), in qualunque prospettiva ci si muova è chiaro che non ha, in questa logica alcun significato l’idea della pena-castigo. L’uomo non è responsabile dei suoi atti, perché l’uomo non ha il libero arbitrio, l’uomo è determinato e non ha senso parlare di sanzione come castigo, mentre si può soltanto ipotizzare l’adozione di misure che impediscano ad un soggetto di delinquere o di delinquere ulteriormente.

Il diritto penale diventa allora diritto amministrativo e il soggetto deviante, seppure irresponsabile, deve essere messo in condizione di non nuocere attraverso idonei trattamenti. E’ questa l’idea che si riscontra nell’ancoraggio delle misure di sicurezza alla pericolosità sociale e nella tendenziale illimitatezza di queste, nel senso che possono durare fino a che dura la pericolosità. Se così è, si deve arrivare alla conclusione che il diritto penale non ha più alcuna funzione repressiva.

Sembra paradossale, ma un diritto penale repressivo è un diritto penale più garantista di un diritto penale preventivo, perché il termine

“repressivo” vale nei confronti di ciò che è avvenuto, di un fatto storico, mentre il termine “preventivo” si muove in un’ottica di probabilità, di prognosi di un qualcosa che non c’è stato ma che ci potrebbe essere, anche se nessuno è in grado di dire se effettivamente ci sarà: è un qualcosa di assolutamente incontrollabile.

E’ evidente che nella prospettiva dei positivisti se l’uomo è necessariamente determinato dall’indole malvagia, dalla natura anormale o dalle condizioni sociali in cui è costretto ad agire, la pena come castigo diventa qualcosa di assolutamente inutile.

All’inizio del paragrafo abbiamo fatto cenno al fatto che il nostro codice è frutto di una mediazione, quella della c.d. Terza Scuola, la quale sanzionò una forma di compromesso tra le rispettive istanze della scuola tradizionale e del positivismo giuridico.

Essa, mantenendo fundamentalmente integra l’idea del diritto penale classico nella sistematica del reato, prevede, a fianco del sistema delle pene tradizionali (imputabilità, reato, colpa morale, pena-castigo), l’idea della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza: le pene si rivolgono al passato, mentre le misure di sicurezza si rivolgono al futuro.

Infatti le pene si basano sull’imputabilità, le misure di sicurezza sulla pericolosità: l’imputabilità è ciò che esiste al momento della commissione del fatto, mentre la pericolosità è la probabilità della commissione di reati in futuro. Non basta la mera repressione, occorre anche la prevenzione: le pene sono per la repressione mentre le misure di sicurezza per la prevenzione. In questo modo non si avrà più il diritto penale esclusivamente repressivo che castiga una colpa morale, bensì un diritto penale che serve anche a prevenire la commissione dei reati.

Il tentativo di sintesi operato dalla Terza Scuola, trasfuso poi nel codice Rocco, presentava indiscutibilmente delle anomalie, di cui la cui più rilevante è proprio l’adozione del sistema del c.d. doppio binario. In altri termini, una volta ancorate le pene da un lato e le misure di sicurezza dall’altro a presupposti applicativi radicalmente diversi - commissione del reato e imputabilità per le pene; pericolosità per le misure di sicurezza -, ne derivava una loro totale autonomia e quindi la possibilità

di cumulare nei confronti della stessa persona, autrice di un fatto di reato, l'applicazione tanto della pena quanto della misura di sicurezza. Così facendo si potevano evidenziare tre situazioni distinte: a) soggetto imputabile ma non pericoloso al quale veniva applicata soltanto la pena; b) soggetto pericoloso, ma non imputabile, al quale veniva applicata solo la misura di sicurezza; c) soggetto contemporaneamente imputabile e pericoloso, al quale, proprio perché pene e misure di sicurezza si muovevano in direzioni radicalmente diverse, potevano essere applicate tutte e due le misure.

Tutto ciò, naturalmente comporta la predisposizione di un sistema che, pur formalmente logico, tuttavia è assolutamente irrazionale da un punto di vista sostanziale, perché porta la misura di sicurezza a risolversi in una duplicazione della pena.

Se ad un soggetto imputabile si applica prima la pena e dal momento in cui essa è stata espiata inizia a decorrere la misura di sicurezza, questa, seppur non sia considerata come pena diventa, per colui che la subisce, un raddoppio del trattamento sanzionatorio originale: la punizione si trasforma in qualche altra cosa che continua ad essere per lui, soggetto imputabile, una misura di tipo afflittivo.

Infatti la misura di sicurezza a differenza della pena, che ha una durata predeterminata rispetto al fatto commesso, in quanto ancorata alla pericolosità dell'autore del fatto, è necessariamente di durata indeterminata, durando fino a che dura la pericolosità del soggetto.

Questa idea, ossia che la misura di sicurezza applicata ai soggetti imputabili consista in una duplicazione della sanzione, emerge, seppur non in maniera chiara, anche dalla disciplina del codice penale. Il primo esempio che viene in mente è questo: se le misure di sicurezza si agganciano alla pericolosità, cioè guardano esclusivamente al futuro, dovrebbero avere vita assolutamente autonoma rispetto alla pena. In altri termini, le vicende concernenti le pene non avrebbero dovuto intaccare la prospettiva delle misure di sicurezza.

In realtà, invece, non è così perché se analizziamo il c. 2 dell'art. 210 c.p., laddove si dice che "l'estinzione della pena impedisce l'applicazione

delle misure di sicurezza eccetto quelle per le quali la legge stabilisce che possono essere ordinate in ogni tempo”, possiamo notare come sia lo stesso legislatore, nel caso di applicazione tanto delle pene privative della libertà personale quanto delle misure di sicurezza, a considerare le misure di sicurezza come misure accessorie della condanna.

La logica dell'art. 210 è che le misure di sicurezza sono un prolungamento della pena, sono ulteriori effetti della pena.

Il sistema delineato dal c.p. recepisce la duplice istanza repressiva e preventiva: cerca, in altri termini, di fondere in una sintesi superiore entrambe queste prospettive del diritto penale che viceversa dovrebbero muoversi in una assoluta autonomia, anzi, in assoluta alternativa.

Se il diritto penale è tanto repressivo quanto preventivo, è evidente che anche le misure di sicurezza sono viste come sanzioni penali, sia pure sanzioni di particolare tipo in quanto ancorate a presupposti diversi: la pena all'imputabilità, la misura di sicurezza alla pericolosità.

Nel codice Zanardelli le misure di sicurezza da applicare ad autori di reato non imputabili ma pericolosi erano degli istituti senza una loro logica interna, mentre la novità del codice Rocco, sulla scia della scuola positiva, è quella di razionalizzare il sistema, il complesso delle misure di sicurezza e dei presupposti applicativi di queste, incorporandole al sistema penale e giurisdizionalizzandole: è il giudice penale che deve stabilire, nel processo, la pericolosità sociale dell'autore di un fatto di reato che non sia imputabile; qualora tale pericolosità venga accertata, il giudice penale deve applicare al soggetto non imputabile la misura di sicurezza.

Un problema ulteriore nasce con l'entrata in vigore della Costituzione, e in particolare dell'art. 27 c. 3. Infatti, dopo che nell'art. 25 si continua a prevedere tanto le pene quanto le misure di sicurezza, l'art. 27 c. 3 introduce l'idea che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato. Quindi, secondo la stessa Costituzione la pena non ha più una funzione squisitamente retributivo-repressiva, ma anche una funzione preventiva, la qual cosa cozza in maniera molto stridente con l'idea della

duplicazione della pena e della misura di sicurezza laddove il soggetto sia contemporaneamente imputabile e pericoloso.

In altre parole, se la pena assume addirittura per il disposto costituzionale come sua funzione primaria, (per una larga parte della dottrina penale attuale, è addirittura esclusiva), quella di prevenzione speciale, vale a dire la stessa funzione delle misure di sicurezza, si incomincia a porre il problema, nei confronti dei soggetti imputabili e pericolosi, se sia da applicare contemporaneamente tanto la pena quanto la misura di sicurezza visto che entrambe le sanzioni penali si rivolgono non al passato, ma al futuro, nel senso che servono entrambe ad impedire la commissione da parte del reo di ulteriori reati in futuro.

In una visione tradizionale, classica, della pena vista come retribuzione per il delitto commesso e la misura di sicurezza vista come prevenzione dei delitti futuri, nell'ipotesi in cui un soggetto fosse stato contemporaneamente imputabile e pericoloso era logico applicargli la pena per il reato commesso e la misura di sicurezza per quello che avrebbe potuto commettere.

Nel momento in cui, viceversa, si dice che la funzione principale della pena è la rieducazione del condannato (prevenzione speciale), ciò vuol dire che la pena erode la funzione della misura di sicurezza.

In questo modo l'applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza diventa illogica: se la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, la misura di sicurezza non trova più spazio.

Lo stesso Antolisei, nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1932-1933 alla Regia Università di Sassari, quindi immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice Rocco e ben prima della Costituzione, riteneva che “ il sistema dualistico, e cioè il sistema basato sulla distinzione e coesistenza delle pene e delle misure di sicurezza, per quanto sia molto ingegnoso e per quanto rappresenti un indiscutibile progresso, non può considerarsi definitivo: in esso si scorgono tutte le caratteristiche del compromesso transitorio. Osservando le tendenze di evoluzione del diritto criminale, spingendo lo sguardo verso i probabili sviluppi del diritto medesimo, è lecito congetturare che in un tempo, più

o meno prossimo, il sistema bipartito cederà il passo a un sistema unitario fondato su una sola sanzione che riunirà in sé i caratteri essenziali così delle pene che delle misure di sicurezza¹⁵⁷”.

Già allora ci si era resi conto che sottoporre una persona che si riconosce “bisogno di cura e di educazione¹⁵⁸”, all’ordinario regime delle carceri può avere l’effetto di peggiorarne le condizioni: l’applicazione della pena ha, o per lo meno può avere, per conseguenza di aggravare quelle cause di pericolosità che poi la misura di sicurezza deve cercare di eliminare.

Per concludere questa premessa di carattere generale, dobbiamo, seppur brevemente, trattare del problema inerente la natura delle misure di sicurezza.

Ritenute già provvedimenti di carattere amministrativo, la cui applicazione era affidata, per ragioni di “garanzia individuale e di economia funzionale¹⁵⁹”, al giudice penale, oggi la loro appartenenza al diritto penale è sempre più riconosciuta¹⁶⁰. Si considera, infatti, una petizione di principio la tesi contraria, identificando essa il diritto penale col solo diritto della pena, e non un ostacolo insuperabile la revocabilità delle misure di sicurezza (art. 207 c.p.). D’altro canto, a favore della natura penale non si considera più determinante il fatto che tali misure, al pari della pena, siano mezzi di lotta contro il crimine, essendo tali anche le misure di prevenzione, che pur tuttavia appartengono senza dubbio al diritto amministrativo. E nemmeno il fatto che le misure di sicurezza presuppongano la commissione di un fatto di reato, poiché dovrebbe allora considerarsi sanzione penale anche il risarcimento del danno morale, che è invece sanzione civile. Ciò che viene ritenuto decisivo è che dette misure sono applicabili attraverso un procedimento

¹⁵⁷ F. Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 132.

¹⁵⁸ *Ibidem*, 134.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 130.

¹⁶⁰ La Cass., mentre con sent. 15/7/1960, in *Cass. pen.*, 1961, 110 (seguita poi da altre) aveva riconosciuto la natura criminale e giurisdizionale delle misure di sicurezza, per cui tra esse e la pena aveva ritenuto la fungibilità della detenzione, in senso contrario si espresse con Sez. Un., 10/2/1962, *ivi*, 1962, 973, e sentenze successive. Per la Corte cost., n. 74/73, in *Giur. cost.*, 1973, 878, il processo di sicurezza deve svolgersi come un vero e proprio procedimento giurisdizionale, con le garanzie della difesa e del contraddittorio. Uniformandosi, la Cass., 2/3/1973, in *Giur. it.*, 1975, II, 272, ha confermato il carattere giurisdizionale dell’applicazione delle misure, estendendo ad esse anche il divieto di *reformatio in peius*.

giurisdizionale penale e, pertanto, costituiscono un provvedimento di diritto penale¹⁶¹.

3.1. Misure di sicurezza e soggetto assuntore di sostanze alcoliche o stupefacenti.

Al soggetto tossicodipendente può essere applicata tanto la pena quanto la misura di sicurezza.

Infatti, quando il fatto è commesso in stato di cronica intossicazione prodotta da sostanze stupefacenti (art. 95 c.p.), si applicano le misure di sicurezza previste dagli articoli 219 c.p. (assegnazione a una casa di cura e di custodia nel caso di condanna per delitto non colposo a pena diminuita a cagione di infermità psichica ex art. 89 c.p.) e 222 c.p. (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nel caso di proscioglimento per infermità psichica ex art. 88 c.p.). In entrambi i casi la pericolosità sociale, condizione necessaria per l'applicazione delle misure di sicurezza, era presunta dall'art. 204 c. 2 c.p., abrogato dall'art. 31 L. 10 ottobre 1986, n. 663, il quale ha introdotto il principio generale secondo cui "tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il reato è persona socialmente pericolosa¹⁶²". Resta comunque inalterata la possibilità di procedere in ogni momento al riesame della pericolosità sociale di chi è già assoggettato a misura di sicurezza, pervenendo, se tale pericolosità è cessata, alla revoca previa o anticipata della misura stessa.

Il prosciolto per intossicazione cronica da alcool o da stupefacenti, se riconosciuto socialmente pericoloso, è allora sempre ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario, per un tempo non inferiore a due anni, salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti punibili con la reclusione non superiore a due anni. La durata del ricovero aumenta (dieci o cinque anni nel minimo) se il fatto commesso dal prosciolto è particolarmente grave (reato punibile con l'ergastolo, ovvero con la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni).

¹⁶¹ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 863.

¹⁶² G. Ambrosini – P. Miletto, *Le sostanze stupefacenti*, cit., 22.

Il condannato a pena diminuita per cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, se riconosciuto socialmente pericoloso, ai sensi degli artt. 219 e 222 c.p. è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore ad un anno o a tre anni, a seconda che si tratti di delitto punibile rispettivamente con la reclusione non inferiore a cinque anni nel minimo o a dieci anni sempre nel minimo, previo accertamento, in questi casi, della persistente pericolosità sociale derivante da infermità al momento dell'applicazione della misura. Qualora, invece, la condanna sia per un periodo di tempo inferiore, egli può essere assegnato alla casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore a sei mesi, con possibilità, in alternativa, di disporre della libertà vigilata¹⁶³, nel qual caso, essa avrà durata minima di un anno, secondo la regola generale stabilita dall'art. 228 c. 5 c.p.¹⁶⁴.

Per l'individuazione della pena stabilita dalla legge, ai fini della determinazione della durata minima del ricovero in casa di cura e di custodia, occorre fare riferimento alle regole stabilite dall'art. 157 c.p.¹⁶⁵. In tale computo peraltro non si deve tenere conto della diminuzione prevista dagli articoli 89, 95 e 96 c.p., in quanto essa non attiene alla gravità del reato, ma si riferisce ad uno *status* soggettivo del condannato che rileva solo sul piano dell'imputabilità, presupposto della colpevolezza¹⁶⁶.

Il trattamento sanzionatorio degli autori di reato condannati a una pena diminuita a causa di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti (casa di cura e di custodia), continua a suscitare rilievi critici, anche dopo l'abrogazione della pericolosità presunta, che concernono sia l'applicazione cumulativa di pena e misura di sicurezza, sia la sequenza esecutiva delle due sanzioni (nonostante la possibilità di dare prima esecuzione alla misura, ex art. 220 c.p.), sia la realtà della

¹⁶³ M. Leoni – M. Marchetti – G. Fatigante, *L'imputabilità del tossicodipendente*, Milano, Giuffrè, 1992, 334.

¹⁶⁴ M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario*, cit., 457.

¹⁶⁵ Il richiamo ai criteri stabiliti dall'art. 157 c.p., deve essere inteso nel senso che occorre tener conto del massimo di aumento previsto per le aggravanti e del minimo di diminuzione stabilito per le attenuanti.

¹⁶⁶ M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario cit*, 452.

casa di cura e di custodia che, nella sua concreta articolazione non si distingue dall'ospedale psichiatrico¹⁶⁷.

L'articolo 219 c.p., parla dell'assegnazione a una casa di cura e di custodia delle persone condannate ad una pena diminuita per cronica intossicazione da alcool o da stupefacenti; mentre l'art. 222 c.p., tratta del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario dei prosciolti per intossicazione cronica da alcool e stupefacenti. In entrambi i casi l'intossicazione cronica da alcool e da stupefacenti deve determinare l'infermità psichica, causa di imputabilità attenuata o di non imputabilità: il che significa, evidentemente, che, nel linguaggio del codice, l'intossicato cronico da alcool o da stupefacenti non si identifica concettualmente con il malato di mente, ma è ad esso equiparato sul piano dell'imputabilità e della pericolosità (casa di cura e di custodia e ospedale psichiatrico giudiziario sono, infatti, misure di sicurezza per i soggetti incapaci o con capacità attenuata di intendere e di volere ritenuti socialmente pericolosi, in conseguenza della loro infermità)¹⁶⁸.

E' chiaro che ciò produce un insanabile contrasto con la legge 685/1975, la quale tende ad assicurare ai tossicodipendenti (tra cui sono certamente intossicati cronici da alcool e stupefacenti) un tipo di cura e di assistenza particolare affidate a centri medici e di assistenza sociale, con interventi del tribunale costituito in sezione specializzata; invece l'ospedale psichiatrico giudiziario e la casa di cura e di custodia sono stabilimenti di prevenzione creati essenzialmente per i malati di mente di tipo classico e comune, quindi completamente inadatti per curare e assistere i tossicodipendenti, sia pure nello stato di intossicazione cronica. Ciò è tanto vero che l'art. 84 della legge 685/1975 prevede per i detenuti in custodia preventiva o in espiazione di pena l'istituzione di "reparti carcerari opportunamente attrezzati", d'intesa con le competenti autorità regionali e con i centri medici e di assistenza sociale.

La disposizione configura, al comma 1, un vero e proprio diritto del detenuto, quando sia ritenuto dall'autorità sanitaria abitualmente dedito all'uso non terapeutico di sostanze stupefacenti, di ricevere le cure

¹⁶⁷ *Ibidem*, 450.

mediche e l'assistenza necessaria a scopo di riabilitazione. Si tratta, con evidenza, di una esplicazione del generale diritto alla salute riconosciuto a tutti i cittadini dall'art. 32 della Costituzione, ribadito nei confronti del tossicodipendente (considerato un malato) quando detenuto.

Il c. 2 prevede che, per realizzare meglio cura e assistenza, il Ministero di grazia e giustizia organizzi con decreto, su basi territoriali, reparti carcerari opportunamente attrezzati, d'intesa con l'autorità sanitaria civile. Si è osservato, al proposito¹⁶⁹, che il creare reparti carcerari in cui raggruppare soggetti farmacodipendenti contrasterebbe con i moderni indirizzi del trattamento accolti dalla riforma penitenziaria, e che la disposizione deve essere intesa nel senso di un dovere dell'amministrazione penitenziaria di creare reparti di primo intervento, in cui i soggetti che ne abbiano effettiva necessità devono permanere il minor tempo possibile. Di fatto reparti specialmente attrezzati per tossicodipendenti non sono stati istituiti, ed i tossicodipendenti sono, nell'immediatezza dell'arresto e nel pieno della crisi di astinenza, "lasciati al loro destino" almeno per quanto riguarda la realtà modenese nella quale il "drogato" arrestato viene immediatamente avvertito dal personale sanitario che la crisi di astinenza la dovrà superare da solo in quanto in quella struttura non è prevista la somministrazione di alcun tipo di farmaco di cui, invece, necessiterebbe¹⁷⁰.

Questo coordinamento tra autorità sanitaria civile e amministrazione penitenziaria (che in pratica, peraltro, è "poco" attuato), manca completamente per ciò che concerne l'ospedale psichiatrico giudiziario e la casa di cura e di custodia.

Secondo un autorevole parere, per eliminare il problema sarebbe necessario emanare una norma analoga a quella dell'art. 84 L. 685/1975,

¹⁶⁸ P. Nuvolone, *Il tossicodipendente*, cit., 9.

¹⁶⁹ G. Di Gennaro, *La droga: controllo del traffico e recupero dei drogati*. Commento alla legge 22.12.1975, n. 685, sulla disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, Milano, Giuffrè, 1982, 286.

¹⁷⁰ Intendiamo riferirci esclusivamente ai farmaci che potrebbero rendere meno duro il superamento della crisi di astinenza, non certo all'assistenza sanitaria generale che è, invece, meritoria di encomio.

o prevedere, in via radicale, il ricovero in istituti specializzati per la cura e l'assistenza dei tossicodipendenti¹⁷¹.

Quando è prevista l'applicazione del ricovero in casa di cura e di custodia per un periodo minimo di sei mesi, è consentita la sostituzione di tale misura con quella della libertà vigilata. Si tratta di una possibilità alla quale deve guardarsi con particolare favore, perché è certo che il ricovero in casa di cura potrebbe anche compromettere la situazione del seminfermo di mente, qualora l'infermità, presente al momento del fatto, sia in fase di remissione; opportunamente si rileva d'altro canto che in questo caso la libertà vigilata potrebbe avere un contenuto curativo ed assistenziale¹⁷².

Del tutto incomprensibile e contraddittoria è l'esclusione della sostituibilità della casa di cura e di custodia con la libertà vigilata per i condannati a pena diminuita per cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti: irrazionalità, questa, che viene accentuata dalla circostanza che proprio con riguardo ai soggetti tossicodipendenti o alcooldipendenti l'ordinamento penitenziario prevede ampie possibilità di applicazione delle misure alternative alla pena detentiva, al fine di consentire il ricorso a trattamenti terapeutici (v. art. 94, T.U. 309/1990).

Ancora: la casa di cura e di custodia si applica anche ai condannati alla reclusione (aumentata in applicazione dell'art. 94 c.p.) per delitti commessi in stato di ubriachezza, o per delitti commessi sotto l'azione di sostanze stupefacenti, se nell'uno o nell'altro caso l'assunzione risulta abituale.

La previsione in esame configurava all'origine una ipotesi di pericolosità presunta: dopo la soppressione delle presunzioni di pericolosità (art. 31, l. 663/1986), l'applicazione della misura di sicurezza è subordinata ad un accertamento effettivo della pericolosità sociale (che, ai sensi dell'art. 679 c.p.p., deve essere reiterato al momento dell'esecuzione della misura).

¹⁷¹ P. Nuvolone, *Il tossicodipendente*, cit., 10.

¹⁷² E. Fassone, *Proposta per un diverso trattamento della semi-infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 583

Presupposti per l'applicazione della misura sono, in aggiunta alla pericolosità sociale da accertarsi in concreto: a) che il soggetto sia un ubriaco abituale o una persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti; b) che esista una connessione tra lo stato soggettivo in cui il delitto è stato commesso e il delitto stesso; c) che la pena inflitta per il delitto sia la reclusione; d) che non debba applicarsi nessuna altra misura di sicurezza detentiva¹⁷³.

Ancora una volta la previsione appare come un'ulteriore manifestazione di quell'inasprimento del trattamento sanzionatorio nei confronti dei soggetti che abbiano commesso il fatto in stato di ubriachezza o sotto l'azione di sostanze stupefacenti, che appare ormai contrastante con i più recenti orientamenti del legislatore in ordine al trattamento penitenziario degli alcooldipendenti e dei tossicodipendenti (v. ancora: affidamento in prova al servizio sociale, ex art. 94 T.U. 309/1990).

Il condannato a pena diminuita per cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, se riconosciuto socialmente pericoloso, è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore ad un anno o a tre anni, a seconda che si tratti di un delitto punibile rispettivamente con la reclusione non inferiore a cinque anni nel minimo o a dieci anni (sempre nel minimo) ovvero per un tempo non inferiore a sei mesi, sempre che, come già visto in precedenza, il delitto sia punibile con la pena detentiva.

Il provvedimento di ricovero in casa di cura e di custodia si applica dopo l'esecuzione della pena (art. 220 c.p.), salvo contrario ordine del giudice. Questa regolamentazione del codice penale è ispirata alla parità di trattamento tra l'etilista o tossicodipendente e l'infermo di mente, giudicato pericoloso.

Senonché è difficile immaginare un caso di più radicale contrasto con il trattamento instaurato dalla legge speciale, nei confronti però dei soli tossicodipendenti, ciò che pone interrogativi inquietanti circa la globalità e l'uniformità dell'impostazione generale da parte dell'ordinamento unitariamente considerato.

¹⁷³ M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario*, cit., 457.

Al riguardo basterà ricordare che a norma degli artt. 99 e 100 della legge 685/1975, nel loro testo originario, l'autorità giudiziaria, premessi gli opportuni accertamenti e sentito l'interessato, qualora accerti la necessità e l'urgenza del trattamento medico ed assistenziale, dispone il ricovero ospedaliero, se assolutamente necessario, con esclusione degli ospedali psichiatrici, o le opportune cure ambulatoriali o domiciliari. In ogni caso, la persona da assistere viene affidata al centro medico di assistenza sociale. Ma non basta. Perfino se detenuto il tossicodipendente (art. 96, T.U. 309/1990) ha diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria, al punto che devono acquisirsi case mandamentali destinate alla detenzione di tossicodipendenti condannati con sentenza non definitiva (art. 95 T.U. 309/1990) e che "la pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi"¹⁷⁴.

Altro discorso è ciò che avviene nella pratica, laddove le disposizioni di legge sono state finora abbondantemente ignorate. Tuttavia i principi non potrebbero essere più contrastanti. Infatti, mentre l'ospedale psichiatrico è il modo "normale" di trattamento secondo il dettato del codice penale, non lo è, invece, secondo la legge del 1975, la quale, come abbiamo visto, escludeva esplicitamente siffatta ipotesi.

Una disposizione particolare è dettata per il caso di condanna per delitti commessi sotto l'azione di sostanze stupefacenti da parte di persona che è dedita ad esse (art. 94 c.p.), nei confronti della quale non debba essere ordinata altra misura di sicurezza detentiva. In questo caso il condannato è ricoverato in una casa di cura e di custodia per il periodo minimo di sei mesi e, se la condanna è inferiore a tre anni di reclusione, la misura può essere sostituita dalla libertà vigilata (art. 221 c.p.). La norma, spesso disapplicata dai giudici di merito, ed ormai rientrando sotto la generale disciplina del previo accertamento della pericolosità sociale, mal si concilia con la disciplina introdotta dalla legge 685/1975, tendente ad

ottenere la riabilitazione sociale dei tossicodipendenti e ad escludere interventi di natura psichiatrica. Tale ultimo assunto, peraltro, è stato espressamente respinto dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale la misura di sicurezza dell'assegnazione a casa di cura e di custodia non era incompatibile con il sistema di cui alla legge n. 685 / 1975, che prevedeva la facoltà per il giudice di emettere decreto di ricovero ospedaliero e di affidamento di persona dedita all'assunzione di sostanze stupefacenti, ai sensi dell'art. 90 della medesima legge¹⁷⁵.

Nella stessa ottica un'altra sentenza della Cassazione¹⁷⁶ aveva ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 219 terzo comma c.p., nella parte in cui non consente la sostituzione del ricovero in una casa di cura e di custodia con la misura della libertà vigilata, qualora si tratti di condannati a pena diminuita per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, sul rilievo che tra le comuni infermità psichiche o psicopatiche e la cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti sussiste una notevole differenza che giustifica ampiamente la diversità di trattamento ed il maggior rigore riservati dalla legge all'intossicato, soggetto più pericoloso del comune infermo.

Occorre infine sottolineare che alla persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti (ex art. 94 c.p.) o in stato di cronica intossicazione prodotta da tali sostanze (ex art. 95), può essere applicata provvisoriamente la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia. Eventualità, questa, consentita dall'art. 206 c.p., mentre le condizioni di applicabilità ed il relativo procedimento sono disciplinati dagli artt. 312 e 313 c.p.p.

Dal complesso di queste norme emerge con chiarezza la completa ignoranza, da parte dell'ordinamento giuridico, delle necessità terapeutiche e riabilitative dei soggetti tossicodipendenti cronici prosciolti per vizio totale di mente. Come già rilevato, tali soggetti, a norma dell'art. 222 c.p., sono relegati in un ospedale psichiatrico

¹⁷⁴ E. Fortuna, voce: *Tossicodipendenza* (dir. pen), cit., 748

¹⁷⁵ Cass. sez. II, 14 dicembre 1977, Chitarrini, in *Cass. pen.*, 1980, 85.

¹⁷⁶ Cass. Sez. II, 22 giugno 1982, Carugo, in *Mass. Ufficiale*, 1983, m. 157561.

giudiziario, salvo che si tratti di un reato punibile con pena pecuniaria o con pena detentiva per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nel qual caso non ricevono alcuna considerazione, come pure sono “abbandonati” se hanno commesso un reato per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore nel massimo a dieci anni e viene ritenuta la loro attuale non pericolosità.

Infatti, se è vero che il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario del prosciolto per infermità psichica, ex art. 88 c.p., deve essere subordinato al previo accertamento della persistente pericolosità sociale al tempo dell’applicazione della misura, potrebbe accadere che l’autore di un fatto di reato, punito con la pena della reclusione per un tempo inferiore nel massimo a dieci anni, non subisca alcun tipo di intervento “terapeutico” qualora venga riconosciuta la sua attuale non pericolosità nel momento in cui dovrebbe essere attuata la misura di sicurezza *de quo*.

Paradossalmente l’ordinamento penale conosce l’esigenza educativa e risocializzante solo in costanza di condanna o di pena detentiva, vale a dire a fronte di un giudizio di responsabilità, mentre gli individui non rimproverabili per le loro gravi condizioni di salute mentale rischiano di continuare ad essere ghettizzati negli ospedali psichiatrici giudiziari¹⁷⁷.

In dottrina, poi, si sottolinea il radicale contrasto tra la disciplina del codice penale e il trattamento riservato ai tossicodipendenti dal d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, evidenziando come il legislatore debba necessariamente intervenire per eliminare una contraddittorietà logica: gli interventi curativi e riabilitativi previsti dalla disciplina speciale sugli stupefacenti dovrebbero essere estesi anche agli etilisti e a tutti i consumatori abituali di sostanze capaci di indurre dipendenza, lasciando ai presidi medico - sociali la scelta degli interventi più opportuni¹⁷⁸.

Altra corrente di pensiero, invece, rileva l’incongruità terapeutica della tradizionale casa di cura e di custodia ed auspica per il tossicodipendente non imputabile l’introduzione di una nuova misura di sicurezza curativa, che, previo accertamento della pericolosità del soggetto, dovrebbe

¹⁷⁷ M. Leoni – M. Marchetti G. Fatigante, *L'imputabilità*, cit., 336.

effettuarsi presso istituzioni pubbliche separate dai penitenziari, ma anche diverse dalle normali strutture sanitarie civili¹⁷⁹.

In senso critico sull'applicazione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. nei confronti dell'intossicato cronico da stupefacenti si esprime anche una autorevole voce della dottrina più risalente, il Nuvolone, per il quale, come già rilevato, la casa di cura e di custodia e l'ospedale psichiatrico giudiziario sono stabilimenti di prevenzione creati essenzialmente per i malati di mente di tipo classico e comune, mentre sono inadatti per curare ed assistere i tossicodipendenti sia pure nello stato di intossicazione cronica¹⁸⁰.

Un ulteriore problema che meritava di essere sviluppato era quello inerente al c.d. giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c. 4 c.p. nella sua versione originaria.

Infatti, prima della sua sostituzione ad opera dell'art. 6 d.l.11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modifiche, dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, il giudice non poteva procedere al giudizio di bilanciamento delle circostanze aggravanti con le circostanze attenuanti, stante il divieto espressamente sancito dal comma 4 ora abrogato, quando queste fossero state inerenti alla persona del colpevole.

In altri termini, dal momento che, come già visto in precedenza, la pericolosità del tossicodipendente e dell'ubriaco abituale era presunta (ex art. 204 c.p. ora abrogato), il giudice era obbligato a ad applicare in capo a tali soggetti tanto la pena quanto la misura di sicurezza (naturalmente nell'ipotesi di persona che fosse anche pienamente o parzialmente imputabile).

L'ostacolo non poteva neppure essere aggirato con il giudizio di bilanciamento, ex art. 69 c.p., proprio perché fino al 1974 le circostanze inerenti la persona del colpevole erano escluse da tale giudizio.

La ricerca non ha però portato ad alcun risultato, nel senso che non sono stati trovati casi di applicazione della misura di sicurezza come misura "accessoria" della pena inflitta al soggetto tossicodipendente pericoloso,

¹⁷⁸ E. Fortuna, voce *Tossicodipendenza*, cit., 745.

¹⁷⁹ V. Militello, *Imputabilità e assunzione*, cit., 173.

¹⁸⁰ P. Nuvolone, *Il tossicodipendente*, cit., 9.

perché assunto abituale di sostanze stupefacenti o la cui cronica intossicazione avesse prefigurato una responsabilità attenuata, che abbiano dato origine a pronunce giurisprudenziali.

CAPITOLO II

L'IMPUTABILITÀ DEL TOSSICODIPENDENTE.

1. Nozione di sostanza stupefacente ai fini dell'imputabilità

I criteri in base ai quali devono formarsi le tabelle delle sostanze stupefacenti o psicotrope, ad opera del Ministro della Sanità, sono fissati dagli artt. 13 e 14 del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309.

A tali tabelle occorre fare riferimento per l'individuazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope dal cui uso possono derivare alterazioni della sfera neuropsichica rilevanti ai sensi dell'art. 95 c.p.¹⁸¹.

In precedenza, invece, quando la legge di riferimento era ancora la n.1041 del 1954, si riteneva doversi considerare stupefacente qualsiasi sostanza che, pur non compresa nelle tabelle legali, fosse atta a produrre uno stato di eccitazione inebriante, di torpore e di paralisi mentale, con riflessi di obnubilamento della coscienza, anche se tali effetti si manifestano solo su un dato organismo ed in particolari circostanze¹⁸².

Poiché il codice non effettua alcun rinvio esplicito ad altri settori legislativi, ma si limita ad individuare le sostanze di cui trattasi in funzione dell'effetto prodotto, in dottrina si afferma che ai fini voluti dagli artt. 93 ss. c.p., sono da considerarsi "stupefacenti", per le disposizioni concernenti l'imputabilità, tutte le sostanze, classificate o no, che producono nel soggetto che le assume le conseguenze di "stupefazione" idonee a renderlo in tutto o in parte incapace di intendere e di volere; e ciò indipendentemente dall'essere state o no le sostanze in parola formalmente classificate come stupefacenti¹⁸³.

La prima conclusione alla quale dobbiamo giungere, qualora facessimo nostra questa linea di pensiero è che, indipendentemente dalla classificazione di cui al T.U. 309/90, ciò che conta, ai fini della disciplina

¹⁸¹ Cass. Sez. I, 22 aprile 1985, Amber, in *Riv. Pen.*, 1986, 729.

¹⁸² Cass. Sez. I, 7 giugno 1973, Vulcano, in *Foro it.*, 1974, II, 302.

¹⁸³ G. Marini, voce *Imputabilità*, in *Digesto. Discipline penali*, vol. VI, Utet Torino 1992, 257.

dettata dagli artt. 93 ss. c.p., è il tipo di conseguenza che si produce nel soggetto che assume una determinata sostanza e non la sostanza in sè considerata.

Secondo altro parere, le sostanze che possono assumere rilievo, ai fini dell'imputabilità, sono anche quelle non ricomprese negli appositi elenchi, essendo necessario e sufficiente che si tratti di sostanze in grado di indurre dipendenza, e quindi cronica intossicazione. Si ritiene, infatti, che l'inclusione negli elenchi sia disposta per fini di garanzia individuale; di conseguenza se viene meno tale esigenza, può e deve ritenersi sufficiente che la sostanza produca, a giudizio del giudice, effetti simili a quelli di sostanze già riconosciute ufficialmente come stupefacenti¹⁸⁴.

Con riguardo alle sostanze stupefacenti o psicotrope assunte dall'imputato, si è altresì sostenuto, in una sentenza di merito, che la mancata conoscenza della qualità di stupefacente può essere invocata, ai fini dell'esclusione dell'imputabilità per caso fortuito, solo relativamente alle sostanze indicate nelle tabelle 5 e 6 elencate nell'articolo 12 della legge 22 dicembre 1975, trattandosi di prodotti considerati solo al fine del controllo e vigilanza del Ministero della sanità e dei suoi organi periferici; la buona fede non può essere invocata, invece, per escludere l'imputabilità relativamente alle sostanze indicate nelle prime quattro tabelle dell'art. 12 della legge su indicata, poiché essa si rifletterebbe sull'erronea conoscenza della legge penale. In altre parole, mentre la mancata conoscenza della qualità di sostanza stupefacente di una sostanza naturale o sintetica, di una preparazione o di un prodotto che rientri nelle prime quattro tabelle, non può essere utilmente invocata in quanto la buona fede si rifletterebbe sulla erronea conoscenza della legge penale, lo stesso non può affermarsi per gli altri prodotti o preparazioni indicati nelle tabelle 5 e 6, i quali sono considerati per la sola sottoposizione al mero controllo e vigilanza del Ministero della sanità e dei suoi organi periferici. Ne consegue che, laddove l'assuntore di uno di tali prodotti o preparazioni abbia in buona fede ignorato la qualità "stupefacente" e gli effetti del principio attivo in esso contenuto, non è

¹⁸⁴ E. Fortuna, voce *Tossicodipendenza*, cit., 746.

applicabile nei suoi confronti la *fictio iuris* di imputabilità di cui al combinato disposto degli artt. 93, 92, 91 c.p.¹⁸⁵ che abbiamo analizzato in precedenza.

2. Definizione della tossicodipendenza e figura del tossicodipendente

Sebbene in materia non vi siano posizioni univoche, ci sembra opportuno, prima di entrare nel vivo della problema inerente l'imputabilità del tossicodipendente, dare una definizione preliminare della nozione di tossicodipendenza e della stessa figura del tossicodipendente.

La prima definizione di tossicodipendenza alla quale prestiamo attenzione è quella data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale “la tossicodipendenza è una condizione di intossicazione cronica o periodica, dannosa all'individuo e alla società, prodotta dall'uso ripetuto di una sostanza chimica naturale o di sintesi”; ne “costituiscono caratteristiche: a) il desiderio incontrollabile di continuare ad assumere la sostanza e di procurarsela con ogni mezzo; b) la tendenza ad aumentare la dose [tolleranza]; c) la dipendenza psichica e talvolta fisica dagli effetti della sostanza”¹⁸⁶.

Definizione non dissimile è quella dettata dal Comitato per la tossicodipendenza del Consiglio Nazionale delle Ricerche degli Stati Uniti d'America, secondo cui “tossicodipendenza è uno stato di intossicazione cronica o periodica, dannosa all'individuo e alla società, prodotta dalla somministrazione ripetuta di una sostanza chimica” e “sue caratteristiche sono: la necessità di continuare ad assumere la sostanza ed a aumentarne la dose fino a sviluppare una dipendenza psichica e talvolta fisica per l'uso della sostanza” e il fatto che “i mezzi per procurarsi la

¹⁸⁵ Ass. App., Venezia 17 giugno 1989, Antigua, in *Giur. merito*, 1991, 593.

¹⁸⁶ G. Vassalli, *L'imputabilità*, cit., 546.

sostanza divengono il motivo più importante per la vita del tossicodipendente”.

La nozione di tossicodipendenza fa il suo ingresso nel nostro ordinamento con la legge 685/1975, destinata a sostituire integralmente la legge 1041 del 1954.

La legge n. 685 del 1975, quando deve definire i soggetti al cui trattamento essa è destinata, li indica come “ persone dedite all’uso di sostanze stupefacenti o psicotrope” e che “ si danno all’uso” di dette sostanze. Sembra quasi che la legge volutamente non scelga il termine “tossicodipendenza” e preferisca attenersi ad un linguaggio che non è neppure quello del codice, perché in bilico tra l’assuntore abituale dell’art. 94 c.p. e quello dell’intossicato cronico di cui all’art 95 c.p.

Definire la figura del tossicodipendente, invece, è più complesso perché né il codice Rocco né la legge 1041 del 1954 contengono tale definizione.

Infatti, mentre il codice Rocco, riferendosi agli autori di reato commesso sotto l’effetto di sostanze stupefacenti, parla tout court di un soggetto che assume sostanze stupefacenti, l’art. 21 della legge 1041 del 1954 prevedeva l’ordine di ricovero in casa di cura o in ospedale psichiatrico per sottoporre a cura di disintossicazione chi, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di sostanze stupefacenti, si rendeva comunque pericoloso a sé o agli altri.

La figura del tossicodipendente come tale fa ingresso nel nostro ordinamento solo con i decreti ministeriali del 7 agosto e del 10 ottobre 1980, attraverso i quali venivano introdotti i farmaci ad azione analgesico-narcotica (es. metadone e morfina), qualificati come strumenti idonei “all’attuazione di interventi terapeutici e riabilitativi” nelle tossicodipendenze¹⁸⁷.

Giova ricordare che da tali decreti “traspariva l’accettazione di un orientamento terapeutico volto al “mantenimento” delle tossicodipendenze, piuttosto che alla loro cura ed eliminazione , secondo

¹⁸⁷ In *Gazz. Uff.* n. 219 dell’11 agosto 1980

una impostazione che la legge del 1975 non aveva preso assolutamente in considerazione”¹⁸⁸.

Il termine “tossicodipendente” trova poi compiuto sviluppo nella legislazione del settore con il D.L. 22 aprile 1985, n. 144, convertito in legge 21 giugno 1985, n. 297, contenente “norme per l’erogazione di contributi finalizzati al sostegno delle attività di prevenzione e reinserimento dei tossicodipendenti”. Ivi ci si occupa specificamente del “recupero e reinserimento sociale dei tossicodipendenti e degli alcooldipendenti” e, per entrambe queste categorie di soggetti, si contempla il nuovo istituto dell’affidamento in prova al servizio sociale, oggetto principale della ricerca in oggetto, per proseguire l’attività terapeutica e nel quale si prevedono misure di custodia cautelare compatibili con tale programma terapeutico di recupero nel corso del processo.

Come possiamo notare da questa rassegna legislativa, nessuna norma affronta, neanche a *latere*, il problema dell’imputabilità del tossicodipendente, per la cui disciplina occorre quindi rifarsi ancora alle poche norme dettate dal codice Rocco.

3. La discussa equiparazione normativa tra alcool e sostanze stupefacenti

Una delle peculiarità della disciplina dettata dal codice penale per l’assunzione di stupefacenti è che essa vive quasi di luce riflessa essendo strutturata sulla disciplina prevista per gli ubriachi. La circostanza è evidenziata anche visivamente dall’esistenza di norme di puro rinvio come, ad esempio, l’art. 93 c.p., il quale sancisce che “le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l’azione di sostanze stupefacenti”. L’art. 94 c.p., poi, sancisce identico aumento di pena per i casi di ubriachezza abituale e di

¹⁸⁸ M. Ronco, *Il controllo penale sugli stupefacenti*. Verso la riforma della legge 685/1975, Napoli, Jovene, 1990, 121.

stupefazione abituale, così come l'art. 95 c.p. rimanda alle norme sul vizio di mente, tanto per la cronica intossicazione da alcool quanto da sostanze stupefacenti.

Ma vi sono anche altre norme che operano la stessa assimilazione.

L'art 275 c.p.p., ad esempio, stabilisce che: “non può essere disposta, salvo eccezionali esigenze cautelari, la custodia cautelare in carcere di persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero e l'interruzione di questo possa pregiudicare la disintossicazione”.

L'art 94 T.U. 309/1990, come abbiamo già visto in precedenza, prevede l'affidamento in prova al servizio sociale del tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi.

L'art. 470 n. 6 reg. esec. codice della strada vieta la titolarità della patente di guida a persone che si trovino in stato di dipendenza da alcool, stupefacenti o sostanze psicotrope, e a persone che comunque consumano abitualmente sostanze capaci di compromettere la loro idoneità a guidare veicoli.

La stessa giurisprudenza, nel descrivere i contenuti dell'intossicazione abituale e dell'intossicazione cronica ai fini dell'imputabilità, spesso ha unito l'alcool e gli stupefacenti in un unico *genus*, standardizzandoli in una comune fenomenologia.

Oggi, però, occorre interrogarsi sulla persistente validità di scelte operate in un mondo dove conoscenze scientifiche e situazione sociale sono, quasi del tutto, mutate. Sebbene l'alcoolismo sia particolarmente diffuso, il rapporto, almeno dal punto di vista criminologico, tra assuntori di alcool e assuntori di sostanze stupefacenti sembra essere sbilanciato negativamente verso il problema più recente della tossicodipendenza: le carceri sono piene di tossicodipendenti¹⁸⁹. La totale equiparazione tra libertà di drogarsi e salvaguardia della società, da un lato, e tra libertà di ubriacarsi e salvaguardia della società, dall'altro, dimentica un dato radicale: il costo economico delle sostanze stupefacenti. Il gran numero

¹⁸⁹ B. Romano, *L'imputabilità*, cit., 11.

di reati commessi per procurarsi le somme necessarie all'acquisto delle sostanze stupefacenti¹⁹⁰ fa comprendere l'enorme rilevanza sociale del fenomeno. A ciò si aggiunga che, a partire dalla l. 22 ottobre 1954, n. 1041, la disciplina in materia di stupefacenti è fissata in leggi speciali ed autonome.

Di qui il contrasto a volte prospettato tra l'alcoolista e il tossicodipendente o, più in generale, tra disciplina riservata all'alcool e quella riservata agli stupefacenti.

In particolare si osserva che, per quanto l'alcool possa dirsi una psicodroga, esso gode tuttavia di una diversa considerazione sociale: il consumo di alcool è diffuso ovunque ed è assolutamente comune entro certi limiti, cominciando ad essere riprovevole quando diviene eccessivo, mentre così non è per gli stupefacenti, il cui uso è già generalmente ritenuto un abuso ed è ampiamente stigmatizzato nelle valutazioni sociali; inoltre l'alcool, pur nella varietà delle sue versioni merceologiche, si presenta come sostanza unitaria, mentre gli stupefacenti sono infiniti, e infiniti sono i possibili effetti negativi che possono provocare le loro combinazioni¹⁹¹.

Ancora: per gli stupefacenti è difficile individuare un quadro clinico e psichiatrico di intossicazione cronica, parallelo e corrispondente all'intossicazione cronica da alcool; d'altro canto, la dipendenza soprattutto fisica provocata da alcune sostanze stupefacenti può raggiungere livelli tali che in caso di astinenza la sindrome carenziale appare clinicamente come un'autentica malattia.

Infatti, nel caso di assunzione di alcool, dopo un certo periodo il soggetto riporta imponenti danni fisici, con particolare riferimento al fegato e ai reni, mentre nel caso di assunzione di sostanze stupefacenti non sono mai stati riscontrati aspetti morbosi simili in quanto molto prima che possano verificarsi guasti irreversibili alla psiche, come il delirium tremens, l'assuntore di droghe di solito muore, e ciò per il concorso di cause

¹⁹⁰ Tra questi, anche le attività connesse alla prostituzione, con i conseguenziali rischi di trasmissione della infezione da HIV.

¹⁹¹ M. Romano – G. Grasso, *Commentario*, cit., 63.

devastanti del fisico, nonché per gli stessi meccanismi di introduzione della droga.

Di conseguenza, l'ipotesi normativa della intossicazione cronica è, di fatto, inapplicabile agli assuntori di droghe e, in genere, costoro dovrebbero essere considerati, proprio per l'uso stesso delle droghe, come personalità psicopatiche.

Autorevoli voci osservano “che ricerche condotte in campo medico e psichiatrico dimostrano che la capacità di intendere e soprattutto di volere del tossicodipendente è già gravemente compromessa nella situazione di dipendenza fisiopsichica dalla sostanza stupefacente, contrassegnata dalla cosiddetta sindrome di astinenza.”¹⁹².

Non diversamente, anche il Vassalli ha affermato che la parificazione dell'azione dell'alcool a quella degli stupefacenti risponde ad una visione non corretta o incompleta dei due fenomeni e delle loro differenze. “Solo l'intossicazione da alcool configura effettivamente una patologia di rilievo somatico, neurologico e psichiatrico con spiccate caratteristiche di permanenza e comunque costantemente osservabile anche oltre la cessazione dell'abuso, con parametri di rilievo nosografico”¹⁹³.

L'enorme, maggiore gravità dell'assunzione di sostanze stupefacenti rispetto all'ingestione di sostanze alcoliche¹⁹⁴ è stata colta pure dal Bettiol, il quale, dopo aver premesso che “il discrimine tra le due forme di intossicazione va rinvenuto nel carattere di dipendenza dalla sostanza”, rileva che “nel caso di dipendenza fisica da una sostanza stupefacente, contrassegnata dalla cosiddetta sindrome di astinenza, la capacità di volere del soggetto è sicuramente venuta meno, o comunque deve considerarsi grandemente scemata, essendo l'intera esistenza dell'individuo condizionata dal reperimento della sostanza stupefacente”¹⁹⁵.

¹⁹² G. Fiandaca –E. Musco, *Diritto penale*, cit., 258.

¹⁹³ G. Vassalli, *L'imputabilità*, cit., 537.

¹⁹⁴ Ci si intende riferire agli enormi problemi di ordine psicologico, conseguenza dell'assunzione di sostanze stupefacenti, senza dimenticare, tuttavia, che i decessi dovuti all'abuso di alcool sono nettamente superiori rispetto a quelli derivati da overdose da sostanze stupefacenti o a causa di AIDS conclamato.

¹⁹⁵ G. Bettiol, *Diritto penale*. Parte generale, Padova, Cedam, 1982, 412.

Differenze tra le due situazioni si riscontrano non solo sul piano medico-clinico e per quanto riguarda gli effetti, ma anche in relazione al trattamento penale.

In dottrina, infatti, si è affermato che nei confronti del tossicodipendente il regime penitenziario si è quasi svuotato del suo contenuto afflittivo e che “l’etilista è assoggettato ad un trattamento molto più severo rispetto all’assuntore di stupefacenti [...] discrasia che viola il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. e che deve essere attribuita al trascurabile peso sociale del consumo di stupefacenti all’epoca in cui il legislatore provvede”¹⁹⁶.

Infatti la disciplina penitenziaria del tossicodipendente, sancita dagli artt. 90 e 94 d.p.r. n. 309 del 1990, come modificati dalla l. n. 222 del 1993, offre al tossicodipendente condannato la possibilità di sottrarsi all’esecuzione della sanzione (pena detentiva fino a quattro anni), purché si sia sottoposto, abbia in corso, o intenda sottoporsi a un programma terapeutico e riabilitativo.

L’etilista contrariamente al tossicodipendente incorre nelle conseguenze di cui all’art. 688 c.p. se “in luogo pubblico o aperto al pubblico viene colto in stato di manifesta ubriachezza”, mentre nulla di tutto ciò è più possibile per il tossicodipendente dopo l’abrogazione dell’art. 729 c.p., in materia di abuso di sostanze stupefacenti, ad opera dell’art. 136 d.p.r. 309/1990.

L’abrogazione dell’art. 729 c.p. che incriminava l’abuso di sostanze stupefacenti e il mantenimento invece, dell’art. 688 c.p. che incrimina ancora la manifesta ubriachezza, ha portato ad una questione di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 3 della Costituzione che disciplina il principio di uguaglianza.

Sul punto si è assistito all’intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, con la richiesta che la questione fosse dichiarata non fondata.

Ad avviso dell’Avvocatura, nella fattispecie di cui all’art. 688 c.p. il legislatore non ha inteso sanzionare il vizio per se stesso, ma solo in

¹⁹⁶ F. Romano, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Giur. di merito*, 1995, IV, 870.

quanto determina pubbliche manifestazioni esteriori sconvenienti. Nella previsione di cui all'art. 729 c.p., non più punita, il legislatore aveva, invece, inteso sanzionare il vizio per se stesso; il titolo di reato (abuso di sostanze stupefacenti) ne è la prova, confermata dal fatto che la punizione era, altresì, prevista per quel soggetto che fosse stato colto in stato di grave alterazione psichica, oltre che in un luogo pubblico o aperto al pubblico, anche in circoli privati di qualunque specie¹⁹⁷.

Da ciò l'Avvocatura deduce che l'ubriachezza continua ad essere punita non perché abuso di alcool di per sé, ma per le manifestazioni esteriori sconvenienti che determina: se la disciplina dell'alcool e delle sostanze stupefacenti per tutto il resto coincidessero, il persistere dell'art. 688 c.p. in ordine all'ubriachezza, a fronte dell'abrogazione dell'art. 729 c.p., stenterebbe a trovare una sua giustificazione in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Ma la verità è che le differenze fra le due discipline sono notevoli. La produzione, il commercio, la detenzione e l'uso degli alcoolici hanno costantemente fruito di un atteggiamento legislativo ispirato alla tolleranza. Viceversa la produzione, il commercio, la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti hanno ricevuto un atteggiamento legislativo rigoroso, estrinsecatosi nella previsione di figure delittuose anche gravi, prima gli artt. 446 e 447 c.p., successivamente l'art. 6 della l. 22 ottobre 1954 n. 1041.

Le considerazioni fatte in ordine alle differenze tra le due situazioni, alcool e stupefacenti, ci permettono di escludere che, oggi, la presenza dell'art. 688 c.p. contrasti con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione

La Corte, infatti, ha motivato la decisione, rilevando, tra l'altro, come le notevoli differenze esistenti, soprattutto per quello che attiene il trattamento penale, tra le discipline concernenti rispettivamente gli alcoolici e le sostanze stupefacenti, non consentono di compararle ai fini e per gli effetti del principio di uguaglianza¹⁹⁸.

¹⁹⁷ G. Fiandaca, *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Cass. Pen.*, 1982, 1268.

¹⁹⁸ Corte cost. 27 maggio 1982, n. 104, in *Giur. Costit.*, 1982, I, p. 1024.

Fino a qualche anno fa solo l'etilista, e non anche il tossicodipendente, rispondeva della guida di veicolo in condizione di ebbrezza.

A questo proposito, va ricordato che il nuovo codice della strada, approvato con d.p.r. 30 aprile 1992, n. 285, ha rimodellato il quadro precettivo e sanzionatorio della guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche e di sostanze stupefacenti o psicotrope: accanto alla contravvenzione per la guida sotto l'influenza di alcool (art. 186 del d.p.r. n.285/92), è ora prevista, come autonoma figura contravvenzionale, la guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti (art. 187 del d.p.r. n. 285/92).

In ordine all'accertamento dello stato di ebbrezza conseguente all'uso di sostanze stupefacenti, si è affermato, sotto la vigenza del vecchio codice della strada, essere sufficiente, ai fini della prova, l'esperienza propria dell'agente accertatore al quale un conducente di un veicolo sia parso molto lento nei riflessi, "stralunato" e non in grado di comprendere le domande, non emanando peraltro odore di alcool.¹⁹⁹

Nel nuovo codice della strada, invece, si prevede che, in caso di incidente o quando si ha ragionevole motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di ebbrezza derivante dall'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, gli agenti di polizia stradale possono provvedere all'immediato accompagnamento del conducente presso il servizio pubblico per le tossicodipendenze, competente per territorio, per gli accertamenti del caso e prevede, altresì, che lo stato di ebbrezza sia accertato con le modalità stabilite con decreto del Ministro della sanità, di concerto con i Ministri dell'interno e dei lavori pubblici (art. 187 secondo comma del d.p.r. n. 285/92).

Tutto questo non deve far credere che ne discenderebbe una lesione dei principi costituzionali di cui all'art. 13, perché, mancando apparecchiature analoghe all'etilometro per un accertamento rapido e affidabile dell'avvenuta assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, qualora questo dovesse consistere in un prelievo ematico, le esigenze di

¹⁹⁹ Pret. Ferrara, 12 aprile 1991, in *Mass. Foro ferrarese*, 1991, vol. IV, p. 31.

tutela della collettività non possono che essere privilegiate rispetto a tale contenuta restrizione della libertà²⁰⁰.

4. L'imputabilità del tossicodipendente nella legislazione europea

In merito al tema dell'imputabilità del tossicodipendente, alcuni brevi cenni di diritto straniero portano a riscontrare l'esistenza di modelli assai diversificati.

Alcuni codici, ad esempio quelli vigenti in Polonia, Bulgaria, Svizzera, Belgio, Olanda, Germania e Francia, sono privi di norme specifiche in ordine all'imputabilità degli etilisti e dei tossicodipendenti.

Dei diciannove paesi europei considerati, undici prevedono norme volte a regolamentare l'imputabilità di chi commette un reato in stato di ubriachezza e, tra di essi, solo otto prendono in considerazione anche l'ipotesi del reato commesso sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, ma anche in tali casi manca una disciplina dettagliata come quella prevista dal codice penale italiano. Va anzi rilevato che sei degli otto paesi che disciplinano l'imputabilità del tossicodipendente non richiamano espressamente il termine "sostanze stupefacenti", ma si limitano ad indicazioni generiche come: "altre sostanze", o "qualsiasi altro stato".

I rimanenti paesi non prevedono, come già detto, norme specifiche in ordine all'imputabilità degli etilisti e dei tossicodipendenti, cosicché gli eventuali problemi in tal senso potrebbero teoricamente rientrare nelle ipotesi generali di esclusione dell'imputabilità.

In Francia ad esempio, seppur nulla si dica in merito all'imputabilità come capacità di essere sottoposti a pena, l'art. 64 del codice penale prevede solo una norma generale in tema di imputabilità: "Non vi è né crimine né delitto, allorché l'imputato si sia trovato in stato di demenza nel momento in cui ha commesso il fatto, o allorché egli sia stato

²⁰⁰ Il problema sarebbe definitivamente accantonato qualora la sperimentazione, attualmente in atto, di un "collarino" in grado di rilevare sostanze stupefacenti dal sudore del conducente, desse risultati positivi

costretto da una forza alla quale non ha saputo resistere.” A tal proposito si è posto il problema di chiarire l’estensione e il significato della nozione di “demenza” e se questo carattere debba essere riconosciuto anche ad alcuni “stati vicini alla demenza”, quali appunto ubriachezza e tossicodipendenza, giungendo però a risultati discordanti. Sul piano giurisprudenziale una pronuncia della Corte di Cassazione francese si limita ad attribuire al giudice l’apprezzamento della rilevanza dell’ubriachezza sull’imputabilità a seconda delle circostanze del reato, mentre la giurisprudenza dei tribunali esclude sistematicamente l’ubriachezza dalle cause di non imputabilità, per evidenti ragioni di politica criminale²⁰¹.

E’ previsto anche un trattamento sanitario alternativo alla sanzione penale, trattamento di tipo ingiuntivo che dipende da una precisa imposizione del procuratore della Repubblica; non vengono operate differenziazioni fra i diversi tipi di stupefacenti, né fra fattispecie relative a fenomeni contenuti o più rilevanti di spaccio. Rispetto alla prima versione della legge (1970), che tendeva ad evidenziare gli aspetti medici della tossicodipendenza, quella attuale è di tipo prevalentemente repressivo²⁰²

In Germania, la situazione è in un certo senso analoga. La normativa in tema di imputabilità è limitata al disposto dell’art. 20 StGB modificato dalla legge del 1975, che prevede, quali cause esimenti, il ricorso di “un disturbo psichico di natura patologica”, o di “un disturbo profondo della coscienza” o, infine, di “altre gravi anormalità psichiche”. Nonostante l’importanza della novella del 1975, che ha introdotto l’ultima delle categorie citate allargando l’ambito della non imputabilità fino a ricomprendervi condizioni morbose non definibili come malattia in senso clinico, nulla è stato sostanzialmente innovato in ordine al problema in questione, le cui difficoltà interpretative trovano riscontro e in dottrina e in giurisprudenza.

²⁰¹ A. Manna, *L'imputabilità*, cit. 1034.

²⁰² G. Pierini – R. Cassini, *Metodiche di depistage e di trattamento per soggetti tossicodipendenti*, BION, 1997, n. 3, 75.

Occorre inoltre ricordare, sempre con riguardo alla normativa vigente in Germania, che, con la “Legge sui delinquenti abituali” del 24 novembre 1993, è stata introdotta nella parte speciale del codice penale tedesco una norma che prevede una pena detentiva o pecuniaria per chiunque “si sia posto in stato di ebbrezza tale da escludere la responsabilità penale ed abbia commesso un reato in tale stato [...] se aveva fatto uso intenzionalmente o colposamente di sostanze alcoliche o di altri mezzi inebrianti”.

Ancora: è prevista poi una particolare misura, il ricovero in un istituto di disintossicazione, il cui scopo non è inerente alla sicurezza sociale, bensì al miglioramento per l’autore²⁰³.

Il suo presupposto, secondo il dettato del §64, è che taluno con tendenza all’eccessiva assunzione di bevande alcoliche o di sostanze inebrianti, sia stato condannato per aver commesso un fatto antiggiuridico in stato di ubriachezza o ricollegabile alla sua tendenza oppure non sia stato condannato perché è provata, o non è da escludere, la sua non imputabilità. In tal caso il giudice dispone il ricovero in un istituto di disintossicazione se sussiste il pericolo che l’autore commetta altri rilevanti fatti di reato a causa della sua inclinazione ad ubriacarsi; mentre non la dispone ove ritenga che la cura di disintossicazione non sarà in grado di produrre alcun risultato (§ 64 c. 2).

Gli altri mezzi inebrianti di cui parla la norma sono, per comune ammissione, le droghe (eroina, morfina e oppio).

Quando ne sussistano i presupposti, il giudice deve obbligatoriamente applicare la misura; essa viene eseguita, di regola, prima della pena – a meno che non si debba ritenere che lo scopo della misura possa essere più facilmente conseguito posponendola alla pena (§ 67 c. 2) -, e la sua durata massima è di due anni²⁰⁴.

In Polonia, le sostanze stupefacenti, tutte considerate come inducenti tossicodipendenza, anche se di tipo occasionale, sono suddivise in tabelle modificabili da parte del Ministero della Sanità. Il trattamento delle

²⁰³ Questa misura, infatti, è inserita nella categoria definita come “misure di miglioramento e di sicurezza”

²⁰⁴ G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, 529.

tossicodipendenze può essere attuato per opera di strutture statali, religiose o private; il trattamento è volontario e gratuito, ma diviene obbligatorio per i minori di anni 18. L'uso personale non ha rilevanza penale, mentre vengono sanzionati, in funzione della quantità di stupefacente coinvolta, il traffico e lo spaccio²⁰⁵.

Discorso a parte, infine, merita il caso dell'Olanda dove, contrariamente alla politica sanitaria e criminale dei paesi analizzati, si attua una depenalizzazione controllata (sul piano della quantità prodotta e detenuta) nell'uso della cannabis, sotto controllo della polizia. Per i tossicodipendenti cronici sono previsti programmi di somministrazione controllata di metadone, morfina ed eroina; l'impianto sanzionatorio della legge viene invece potenziato nei riguardi del traffico internazionale di stupefacenti. Attualmente, si osserva una netta differenziazione fra legge e prassi corrente: mentre da un lato la legislazione più recente (1991) prevede come reato la distribuzione e il possesso di stupefacenti, nella prassi è data grande rilevanza al principio di opportunità, nel senso che viene lasciata al pubblico ministero la facoltà di promuovere o meno l'azione penale in merito, previo consenso del sindaco e delle autorità di polizia locale, per quanto riguarda i problemi di ordine pubblico collegati a ogni singolo caso²⁰⁶.

In posizione intermedia fra il gruppo di paesi che non prevedono norme specifiche in tema di imputabilità connessa agli stupefacenti e quelli che prevedono specifiche regolamentazioni riguardo all'imputabilità del tossicodipendente, si collocano l'Austria, la Spagna e la Grecia, le cui normative considerano, pur con diversi accenti, l'incidenza soltanto dell'alcool e non anche delle sostanze stupefacenti, in ordine alla valutazione dell'imputabilità.²⁰⁷

In particolare, nel codice penale spagnolo è esplicitamente prevista solo la possibilità che l'ubriachezza, non accidentale, né preordinata, sia valutata alla stregua di un'attenuante generica. La dottrina e la

²⁰⁵ G. Pierini – R. Cassini, *Metodiche di depistage*, cit., 75.

²⁰⁶ *Ibidem*, 75.

²⁰⁷ S. Luberto – S. Pietralunga, *Criteri di imputabilità per i tossicodipendenti nella legislazione europea*, in Atti del XXVIII Congresso nazionale della società italiana di medicina legale e delle assicurazioni, Parma, 3-7 ottobre 1983, vol. III, 275.

giurisprudenza ammettono che essa possa configurare una causa di esclusione o di riduzione dell'imputabilità purché “piena e senza proposito di delinquere”.

Infatti, l'articolo 20 c. 2 statuisce che è esente da responsabilità penale “Chi al momento della violazione penale è in stato di completa intossicazione per il consumo di bevande alcoliche, sostanze tossiche, stupefacenti, psicotrope o altre che producono analoghi effetti, se non ha ricercato lo stato di intossicazione per commetterla o non aveva previsto o se avrebbe dovuto prevedere la sua commissione ovvero se è in stato di astinenza derivante dalla sua dipendenza da tali sostanze, che gli impedisca di comprendere l'illiceità del fatto o di agire secondo questa rappresentazione”²⁰⁸.

La legislazione spagnola si distingue sotto tre aspetti: la depenalizzazione per uso personale di stupefacenti, il concetto di tossicodipendenza come malattia, la repressione severa del narcotraffico e dello spaccio. In particolare, il tossicodipendente viene assimilato al malato di mente e la pena viene sospesa in quanto il reato è stato consumato “in stato di necessità di mezzi”. Le sostanze stupefacenti vengono suddivise in leggere e pesanti ai fini della valutazione della fattispecie di reato, con nuove disposizioni di maggior rigore in tema di narcotraffico.

La legislazione austriaca prevede (art. 2 lett. C del codice penale) la rilevanza dell'ubriachezza come causa di non imputabilità, purché essa sia piena e non preordinata. L'art. 46 ne riduce, però, la portata precisando che “uno stato di ubriachezza provocato dal soggetto e causato da una sostanza inebriante non esclude tuttavia l'imputabilità, né costituisce una circostanza attenuante, tranne in casi particolari, quando l'autore si è lasciato trascinare a usare la sostanza inebriante sotto la spinta di un'emozione violenta e giustificata.”

Tuttavia, la detenzione di sostanze stupefacenti, in quanto presumibilmente utile a coprire il fabbisogno di una settimana, non viene

²⁰⁸ G Naronte (traduzione di), *Il codice penale spagnolo*, Padova, Cedam, 1997, 55.

sanzionata penalmente, soprattutto se viene accettato un programma terapeutico oppure se lo stupefacente viene considerato droga leggera²⁰⁹.

Il codice penale greco che disciplina l'imputabilità negli artt. 34, 35 e 36, esclude la rilevanza dell'ubriachezza preordinata o colposa e, in uno specifico comma dell'art. 36, afferma esplicitamente che essa non può costituire neppure una causa attenuante: l'uso personale viene sanzionato penalmente, ma l'azione penale viene sospesa se viene attuato un programma terapeutico.

Il terzo gruppo delle legislazioni europee prese in esame, disciplina invece esplicitamente, l'irrilevanza dell'uso volontario o colposo sia di alcool, che di stupefacenti, ai fini dell'imputabilità del soggetto; trattasi dei codici penali svedese, rumeno, jugoslavo, turco, irlandese, russo e cecoslovacco.

Un cenno particolare meritano i codici penali rumeno, russo, e cecoslovacco, che si differenziano dagli altri per alcune previsioni particolari in ordine allo specifico problema in esame.

L'art. 49 del codice penale rumeno stabilisce che le alterazioni prodotte dall'uso volontario di alcool o di stupefacenti non possono escludere, né diminuire l'imputabilità, pur se possono essere valutate dal giudice a seconda dei casi, quali circostanze aggravanti o attenuanti.

Il codice penale russo, di recente promulgazione, è informato, su questo tema, a criteri di grande severità, tesi a perseguire l'uso di sostanze voluttuarie che viene ritenuto un retaggio della società capitalista, tanto da escludere qualsiasi rilevanza agli stati di ubriachezza, anche se fortuiti, ai fini della valutazione dell'imputabilità. L'assimilazione dell'uso di sostanze stupefacenti all'uso di sostanze alcoliche si ricava dalla lettera dell'art. 62 del codice penale che dispone, nei confronti degli alcoolizzati e dei tossicodipendenti, oltre alla pena prevista per il reato commesso, l'applicazione della misura della cura obbligatoria. Come possiamo notare, quindi, anche in Russia vige, al pari che in Italia, un sistema a "doppio binario" che prevede il cumulo tra pena e cura obbligatoria.

²⁰⁹ G. Pierini – R. Cassini, *Metodiche di depistage*, cit., 75.

Sostanzialmente sulla stessa linea del codice penale russo si colloca il dettato della normativa cecoslovacca; anch'essa prevede la piena responsabilità di chi compie un reato sotto l'effetto di sostanze inebrianti, anche se assunte per caso fortuito o forza maggiore; ma, in quest'ultimo caso, si ammette che il giudice, nell'irrogare la pena, tenga conto di tale circostanza.

In Svezia l'atteggiamento generale è di grande rigore, tanto che, sul modello francese, non vengono operate distinzioni di tipo qualitativo circa la natura o la pericolosità delle sostanze. Mentre l'intossicazione in sé non viene sanzionata, considerandola un fatto di pertinenza medica in quanto legato alla salute del soggetto, l'uso anche a scopo solo personale di stupefacenti è sottoposto a sanzione penale, se pur graduata su una scala di gravità.

La riabilitazione non sospende l'azione penale e il detenuto tossicodipendente viene curato nell'ambito di strutture carcerarie apposite. Contestualmente sono previsti ed attivi sul territorio Centri di Prevenzione, dedicati alla prevenzione soprattutto primaria della tossicodipendenza e dell'alcoolismo²¹⁰.

Al termine di questo *excursus* nelle legislazioni europee, si deve fare un breve cenno anche al diritto di common law e a quello inglese in particolare, solo per dire che nella materia che qui interessa non si riscontrano particolari differenze rispetto al diritto italiano, nel senso che l'ubriachezza e l'intossicazione da alcool e da sostanze stupefacenti vengono considerate, al pari che in Italia, nella triplice possibilità di manifestazione, volontaria, preordinata, involontaria, anche se, naturalmente, la disciplina è nettamente diversa a causa della diversità del diritto.

Il principio generale in tema di intossicazione volontaria è che essa non escluda la punibilità, tranne quando abbia impedito la formazione dell'intento specifico costituente elemento essenziale del reato, quando

²¹⁰ *Ibidem*, 75.

abbia determinato la supposizione erronea della presenza di una causa di non punibilità e quando provochi una malattia di mente²¹¹.

La conclusione alla quale dobbiamo giungere al termine dell'analisi comparativa cui ci siamo, seppur brevemente, dedicati è nel senso che le principali legislazioni europee risentono fortemente di esigenze connesse alla prevenzione generale, mentre poco spazio è concesso alla prevenzione speciale e in particolar modo alla rieducazione del soggetto tossicodipendente (alcooldipendente).

5. Conclusioni sull'imputabilità del tossicodipendente nella legislazione italiana.

Che la libertà del volere e la responsabilità penale siano strettamente correlate è un fatto del quale, a questo punto della ricerca in oggetto, non dovremmo affatto dubitare.

Dal lavoro sin qui svolto, abbiamo visto come la maggior parte degli studiosi che si è interessata al problema si sia pronunciata a favore della capacità dell'uomo di autodeterminarsi come caratteristica ineliminabile dell'individuo medesimo, vale a dire, nell'espressione del principio del libero arbitrio.

Ne consegue che la pena è meritata quando il soggetto ha agito con libertà, ossia qualora venga accertato che egli aveva la possibilità di agire altrimenti.

A questo problema, perciò, bisogna ricondurre fatalmente il dilemma del tossicodipendente, non ancora nella fase di cronica intossicazione, come possibile soggetto non imputabile, semimputabile, o pienamente imputabile.

Allora, ove si accolga come idea centrale del diritto penale, recepita anche dal nostro codice, quella che il Mantovani²¹² definisce "libertà morale condizionata", il momento della valutazione della condotta

²¹¹ S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992, 214.

²¹² F. Mantovani, *Diritto penale*, cit.

dell'autore di un fatto di reato che si trovi nella condizione di stupefazione, deve necessariamente regredire al momento in cui, scegliendo di assumere la sostanza stupefacente, egli, con tale *actio precedens*, si è liberamente autoprocurata la tossicodipendenza e con essa lo stato di imputabilità.

Tale posizione, però, è aspramente osteggiata in campo medico legale ove si è parlato di “progressiva perdita di libertà nei confronti della sostanza”²¹³ per identificare il passaggio da consumatore occasionale a tossicodipendente e, infine, a intossicato cronico.

Il diverso atteggiamento, d'altronde, di considerare non imputabile chi abbia agito nello stato di tossicodipendenza aprirebbe un varco pericolosissimo nella difesa sociale garantendo a tutti gli autori di reato che agiscono sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, l'impunità, il che, ovviamente, è assolutamente improponibile.

Il giudice è combattuto fra la consapevolezza che la “clemenza” è poco utile in quanto “sospinge ulteriormente” il tossicodipendente alla droga e alla commissione di nuovi reati, mentre la “durezza” tiene lontano per qualche tempo da droga e delitto, ma non risolve il problema e, soprattutto, assimila il tossicodipendente al delinquente di professione.

Alcune attenuazioni sono state introdotte dalla possibilità “offerta” al tossicodipendente di usufruire di forme di custodia cautelare diverse dalla “permanenza” in carcere come, ad esempio, la detenzione domiciliare, in un altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura o di assistenza; altre attenuazioni sono state introdotte con le misure alternative alla pena detentiva quale l'affidamento in prova al servizio sociale a fini terapeutici, oggetto principale del presente lavoro, e la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena.

Si tratta, tuttavia di rimedi parziali, molto spesso inattuabili per la mancanza di strutture socio-sanitarie adeguate.

²¹³ F. De Fazio, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in Atti del XXVIII Congresso nazionale di medicina legale e delle assicurazioni, Parma, 3-7 ottobre 1983.

Come ebbe a dire il Prof. Mario Trapani²¹⁴, sarebbe illusione pensare che l’emanazione di una legge che commini delle sanzioni possa essere sufficiente per dissuadere il tossicodipendente dall’uso della droga. Infatti, la nosografia attuale individua la c.d. sindrome di astinenza da stupefacenti proprio nel restringimento delle scelte individuali che si indirizzano progressivamente ad un utilizzo sempre più intenso e frequente della sostanza tossica. Di fronte a ciò sembra difficile che egli possa essere dissuaso dalla prospettiva del ritiro della patente, dall’obbligo di non allontanarsi dal proprio comune o da quanto di diverso previsto dalla legge, la quale non sembra avere una considerazione “positiva” della reale condizione psicopatologica del tossicodipendente.

Un sistema come quello delineato dalla legislazione vigente, forse, può avere un esito positivo su quei soggetti che recepiscono ancora l’intimidazione, vale a dire quei soggetti che fanno uso di stupefacenti in modo saltuario o che abbiano, comunque, conservato una integrazione sociale tale da “costringerli” a porsi delle domande sulle conseguenze derivanti da una eventuale sanzione e non si siano posti, invece, ai margini della società stessa.

Si deve comunque prendere atto che la c.d. sindrome di astinenza, la quale si manifesta, come ben sa l’autore della dissertazione in parola, in soggetti in stato di dipendenza fisica, può raggiungere livelli tali da apparire come una autentica infermità.

Il trattamento di tale condizione nel nostro ordinamento oscilla tra due estremi: a) si ritengono sussistenti i presupposti della cronica intossicazione, con conseguente applicazione degli artt. 88 e ss. c.p., posto che non sempre nella condizione di astinenza sono ravvisabili le alterazioni psichiche permanenti proprie della cronica intossicazione; b) si fa riferimento alla capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto.

Sul tema dell’imputabilità del tossicodipendente non sono mancate proposte volte al superamento del sistema attuale e sebbene nel corso

²¹⁴ Durante il corso di diritto penale parte speciale tenuto all’Università di Modena nell’anno

dell'analisi delle singole ipotesi previste dal codice penale si sia fatto cenno ad alcune di esse, è opportuna una complessiva riconsiderazione delle prospettive di riforma.

Per una prima opinione la soluzione preferibile sarebbe quella di allontanarsi dall'impostazione del codice Rocco, eliminando ogni norma speciale in tema di imputabilità, e lasciando libero il giudice, con il concorso dei periti, di stabilire volta per volta, nel caso concreto, la diminuzione o anche l'esclusione della capacità di intendere e di volere²¹⁵. Da ciò deriverebbe altresì la possibilità di far scaturire da tale valutazione un trattamento preventivo o terapeutico, a seconda delle necessità riscontrate, accompagnato o meno dalla pena.

In modo non dissimile, per altro orientamento, l'abrogazione degli artt. 94 e 95 c.p. andrebbe accompagnata dalla introduzione di una norma che "fissi il discrimine tra imputabilità e mancanza di capacità di intendere e di volere nel concetto di dipendenza dalla sostanza"²¹⁶.

Da parte nostra, riteniamo che la soluzione più confacente agli obiettivi perseguiti in merito dal legislatore sia il ricorso alla perizia psichiatrica ogni qualvolta un assuntore abituale di droga che dia chiare manifestazioni di dipendenza. venga sottoposto al giudizio del magistrato, il quale deve decidere secondo le leggi vigenti.

accademico 1997-1998

²¹⁵ A. Manna, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 1026.

²¹⁶ M. Leoni – M. Marchetti – G. Fatigante, *L'imputabilità del tossicodipendente*, cit., 359.

CAPITOLO III