

ORIENTAMENTI

EMMA TURETTA

L'irragionevole esclusione dello "spaccio di lieve entità" dall'ambito applicativo della messa alla prova. Riflessioni a margine della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Padova

Il Tribunale di Padova ha recentemente sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'esclusione della fattispecie di "spaccio di lieve entità" (art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990) dall'ambito applicativo della sospensione del procedimento con messa alla prova. Tale esclusione è stata disposta dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123, c.d. decreto Caivano, il quale, elevando il massimo edittale del delitto in parola da quattro a cinque anni, ne ha indirettamente impedito l'accesso al suddetto rito speciale. Il contributo analizza in chiave critica il provvedimento del giudice patavino e, in specie, la disparità di trattamento, ivi rilevata, tra la norma incriminatrice in questione e altra norma ritenuta "omogenea", proponendo altresì - attraverso la valorizzazione della *ratio* costituzionale della m.a.p. - una possibile rimodulazione della questione di costituzionalità fondata sul diverso canone di ragionevolezza *intrinseca*.

The unreasonable exclusion of "minor drug dealing" from the scope of probation. Reflections on the question of constitutional legitimacy raised by the Criminal Court of Padua.

The Criminal Court of Padua has recently raised a question of constitutional legitimacy in relation to the exclusion of the crime of "minor drug dealing" (art. 73, para. 5, Presidential Decree no. 309/1990) from the scope of the probation. This exclusion stems from Law Decree no. 123 of September 15, 2023, known as the "Caivano Decree", which raised the maximum penalty for this crime from four to five years, thereby indirectly preventing access to this special procedure. The paper critically analyzes the decision, focusing in particular on the disparity in treatment between the crime in question and another considered "homogeneous". It also proposes, by emphasizing the constitutional rationale of probation, a possible reshaping of the constitutional issue based on the principle of intrinsic reasonableness.

SOMMARIO: 1. Premessa: il c.d. decreto Caivano per la terza volta al vaglio della Corte costituzionale. - 2. La vicenda da cui origina l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova. - 3. Le motivazioni dell'ordinanza. - 4. Alcune riserve preliminari. - 5. Considerazioni sul giudizio triadico di ragionevolezza. - 5.1. Le logiche della sospensione del procedimento con messa alla prova. - 5.2. L'omogeneità/eterogeneità delle fattispecie raffrontate: l'oggettività giuridica tutelata. - 5.3. L'omogeneità/eterogeneità delle fattispecie raffrontate: le modalità dell'offesa. - 6. I profili di irragionevolezza intrinseca della esclusione della fattispecie dall'ambito della m.a.p. - 7. Considerazioni conclusive: nell'auspicio di un intervento additivo del giudice delle leggi.

1. *Premessa: il c.d. decreto Caivano per la terza volta al vaglio della Corte costituzionale.* La Corte costituzionale sarà ancora una volta chiamata a pronunciarsi in ordine alla disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova¹.

In particolare, la nuova questione di costituzionalità ha per oggetto la “fuoriuscita” dell’ipotesi di cui al quinto comma dell’art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309², dal perimetro applicativo della *probation* giudiziale in conseguenza dell’entrata in vigore del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, recante “Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale” (c.d. decreto Caivano)³. Come si sa, sull’onda emotiva provocata dalla notizia di alcuni gravi reati commessi da soggetti minorenni nel Comune di Caivano (Napoli), l’esecutivo è intervenuto prevedendo, accanto ad interventi infrastrutturali nel territorio caivanese, una serie di disposizioni più generali “in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile”⁴ che

¹ La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova (nel proseguo anche: m.a.p.) - introdotta con L. 28 aprile 2014, n. 67 - è già stata oggetto di diversi interventi della Corte costituzionale, tra i quali vanno menzionati: Corte cost., 5 giugno 2018, n. 141, con nota di ZAPPULLA, *La prima (ma non ultima) pronuncia d’incostituzionalità in tema di modifica dell’imputazione e messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 10, 241 ss.; Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 14, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 4, 467; Corte cost., 14 giugno 2022, n. 146, con nota di BOVE, *Contestazione suppletiva di reati commessi: la Corte costituzionale ammette il “recupero” della messa alla prova per tutti i reati ascritti*, in *www.sistemapenale.it*, 17 giugno 2022; Corte cost., 12 luglio 2022, n. 174, con nota di BOVE, *Corte costituzionale: “messa alla prova” possibile una seconda volta in caso di continuazione del reato*, ivi, 13 luglio 2022; Corte cost., 17 luglio 2023, n. 146, con nota di AIUTI-PENCO, *Omicidio stradale attenuato e messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 9, 1225.

² Trattasi dell’ipotesi c.d. di “spaccio di lieve entità”.

³ Il d.l. è stato convertito, con significative modifiche, dalla L. 13 novembre 2023, n. 159, pubblicata in G.U. 14 novembre 2023, n. 266. Tra i numerosi commenti, tutti di segno critico, al testo normativo v.: BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili*, in *Sist. pen.*, 2023, 11, 99 ss.; CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Riv. pen. dir. proc.*, 2023, 4, 541 ss.; MASSARO, *La risposta punitiva a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 14, 2, 488 ss.; PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto Caivano*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 29, 12, 1554 ss.; TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 12, 1568 ss.

⁴ Precisamente, il d.l. si articola in quattro Capi: il primo concerne “Interventi infrastrutturali nel territorio del Comune di Caivano”, al fine di fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano; il secondo contiene “Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile”; il terzo è intitolato “Disposizioni in materia di offerta educativa”; il quarto annovera “Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale”.

spaziano dalle misure *praeter delictum* alla disciplina dell'esecuzione penale “con una disinvoltura che sembra non tenere conto delle ricadute di sistema”⁵. Per ciò che interessa in questa sede, la recente novella, già motivo di due ordinanze di rimessione alla Consulta⁶ seppur con riferimento alle modifiche apportate alla m.a.p. minorile, ha elevato da quattro a *cinque anni* il massimo edittale del reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990 (c.d. spaccio di lieve entità)⁷. Da tale, seppur moderato, aggravio sanzionatorio è discesa, come anticipato, l'esclusione della fattispecie in oggetto dall'ambito applicativo della m.a.p.; la quale, come noto, ai sensi dell'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., può operare rispetto ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a

⁵ Così, PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto Caivano*, cit., 1555, che osserva come la stessa intitolazione del secondo capo del decreto desti non poche perplessità nella misura in cui pone sullo stesso piano gli interventi in materia di sicurezza e quelli concernenti la prevenzione della criminalità minorile; aspetto, quest'ultimo, bisognoso di una riflessione e di una ponderazione di per sé inconciliabili con le ragioni di urgenza proprie dello strumento normativo prescelto.

⁶ Il riferimento è, anzitutto, all'ordinanza Trib. minorenni Trento, GIP., 6 marzo 2024, n. 72, pubblicata in G.U., 1° serie speciale, 6 marzo 2024, n. 19, con cui il giudice per le indagini preliminari ha sollevato questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 27-*bis* d.P.R. 448/1988 (disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), introdotto dal decreto Caivano: la disposizione, che nell'*intentio legis* dovrebbe costituire una messa alla prova “semplificata”, sembra, infatti, porsi in rotta di collisione con gli artt. 3 e 31, co. 2 Cost., giacché «cela, di fronte a un reato asseritamente commesso da un minorenne, una meccanica trattamentale fortemente improntata sul paradigma punitivo, scandita dal principio di proporzionalità, anziché assicurare un approccio trattamentale fondato su dinamiche educative e riabilitative, definite dal principio personalistico e assicurate dalla multidisciplinarietà dell'Organo giudicante minorile»: per un commento, v. CAMALDO, *Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis d.P.R. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal Decreto Caivano*, in *Sist. pen.*, 2024, 3, 77 ss. Va poi segnalata l'ordinanza Trib. minorenni Bari, GUP, 25 marzo 2024, n. 104, pubblicata in G.U., 1° serie speciale, 12 giugno 2024, n. 24, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, co. 5-*bis*, d.P.R. 448/1988 - introdotto dall'art. 6, co. 1, lettera c-*bis* del d.l. 123/2023 - per contrasto con l'art. 31, co. 2 Cost., nella parte in cui prevede che le disposizioni che consentono l'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova (art. 28, co. 1 d.P.R. 448/1988) non si possano applicare al delitto di violenza sessuale di gruppo, di cui all'art. 609-*octies* c.p., nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p.; la nuova disposizione, che esclude la messa alla prova in relazione a determinate tipologie di reati, tra cui quello di cui all'ordinanza di rimessione, appare «in contrasto con tutto l'impianto normativo che regola il processo penale minorile e che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 31, co. secondo, della Costituzione («La Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»), che è volto principalmente al recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale, anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo»; per un commento, v. CAMALDO, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal Decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile*, in *Sist. pen.*, 2024, 5, 135 ss.

⁷ Art. 4, co. 3 d.l. 123/2023, conv. in L. 159/2023.

*quattro anni*⁸, nonché - ai sensi del secondo periodo della citata disposizione - alle figure delittuose nominativamente richiamate dall'art. 550, co. 2, c.p.p., tra le quali non compare l'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990.

Va sin d'ora ricordato che, poco prima del varo del c.d. decreto Caivano, l'elenco di reati di cui all'art. 550, co. 2, c.p.p. era stato ampliato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁹ (c.d. riforma Cartabia), con una conseguente estensione del novero delle fattispecie per cui è possibile richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁰ grazie al rinvio mobile contenuto al secondo periodo di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. In particolare, per ciò che attiene alla materia degli stupefacenti, per effetto della citata riforma, può oggi fruire dell'istituto in parola finanche il soggetto accusato di “istigazione, proselitismo o induzione al reato di persona minore” di cui all'art. 82, d.P.R. 309/1990, delitto punito con la pena massima di sei anni di reclusione¹¹.

⁸ È stato osservato come questo lieve innalzamento di pena sia foriero di relevantissime conseguenze sul fronte del sovraffollamento penitenziario: l'aggravio sanzionatorio, infatti, facendo uscire la cornice editale dello spaccio di lieve entità dall'alveo della “pena detentiva breve” (che, come noto, è quella con un massimo edittale inferiore o uguale a quattro anni di detenzione), permette, da un lato, di applicare la misura della custodia cautelare in carcere (art. 280 c.p.p.) e, dall'altro, impedisce di estinguere il reato tramite la sospensione del procedimento con messa alla prova, nonché di accedere all'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47, co. 3-*bis* ord. pen.). Si tratta di un effetto di cui si teme un impatto estremamente negativo in termini di affollamento carcerario, specie se si considera che oltre un terzo dei detenuti nelle carceri italiane è oggi ristretto per violazioni della normativa sugli stupefacenti (quasi il doppio della media europea) e che più di un quarto degli ingressi in carcere è dovuto proprio alla condanna per infrazioni dell'art. 73 d.P.R. 309/1990. In tal senso MASSARO, *La risposta 'punitiva' a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, cit., 488 ss. Del resto - si aggiunge - all'indomani della nota sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nel 2013 condannò l'Italia in relazione all'affollamento delle carceri e alle condizioni inumane e degradanti della detenzione, con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36 (convertito in L. 16 maggio 2014, n. 79) l'esecutivo agì proprio sul quinto comma dell'art. 73, portando il massimo edittale da cinque a quattro anni.

⁹ Il provvedimento costituisce attuazione della L. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. riforma Cartabia), recante “Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”.

¹⁰ In particolare, la possibilità di accedere alla m.a.p. si è allargata ad oltre quaranta reati puniti con una forbice edittale compresa tra i quattro ed i sei anni di reclusione, tra i quali vanno segnalati: l'evasione aggravata da violenza o minaccia (art. 385, co. 2, prima parte c.p.), la truffa aggravata (art. 640, co. 2 c.p.), la frode in assicurazione (art. 642 c.p.) e l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.).

¹¹ La fattispecie punisce «Chiunque pubblicamente istiga all'uso illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, ovvero svolge, anche in privato, attività di proselitismo per tale uso delle predette sostanze, ovvero induce una persona all'uso medesimo»; il co. 2 prevede un aggravio di pena per l'ipotesi in cui il fatto sia “commesso nei confronti di persone di età minore ovvero all'interno o nelle adiacenze di scuole di ogni ordine e grado, di comunità giovanili o di caserme». Va peraltro chiarito che l'eventuale contestazione dell'aggravante di cui al secondo comma, che peraltro dà il *nomen iuris* alla fattispecie, non oste-

Ed è proprio la disparità di trattamento venuta in essere tra quest'ultima fattispecie e quella di "spaccio di lieve entità" - previste dallo stesso testo normativo ed apparentemente poste a tutela del medesimo bene giuridico - a costituire il fulcro dell'ordinanza di rimessione in esame, emessa, in data 24 maggio 2024, dal Tribunale di Padova in composizione monocratica¹², avente ad oggetto il combinato disposto degli artt. 168-*bis* c.p., 550 c.p.p. e 73, co. 5, d.P.R. 309/1990 con riferimento ai principi di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., da un lato, e del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3 Cost., dall'altro.

2. *La vicenda da cui origina l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova.* L'incidente di costituzionalità trae origine da un procedimento che vede quale imputato un soggetto di giovane età arrestato in flagranza di reato e sottoposto a giudizio direttissimo per il delitto di cui all'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990 perché "deteneva ai fini di cessione 51,65 grammi di hashish, suddivisi in 11 panetti, nonché materiale per il confezionamento dello stupefacente in singole dosi".

La difesa dell'imputato chiedeva l'ammissione di quest'ultimo al rito speciale della messa alla prova, depositando documentazione inerente l'attivazione della relativa procedura ed eccependo contestualmente l'illegittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* c.p. nella parte in cui non consente l'accesso al rito *de quo* per il reato contestato. Nella specie, la difesa individuava, quali canoni costituzionali violati, gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. - in ragione, rispettivamente, della irragionevole disparità di trattamento in rapporto ad altra fattispecie "omogenea" e della frustrazione delle esigenze rieducative della pena - nonché l'art. 31, co. 2 Cost., posto a tutela della gioventù, stante una presunta irragionevole disparità di trattamento tra il "giovane adulto" e l'imputato minorenni.

rebbe all'astratta applicabilità della m.a.p. giacché il presupposto applicativo attinente all'entità della pena deve intendersi riferito al solo massimo edittale, con conseguente irrilevanza di eventuali aggravanti.

¹² Trib. Padova, 24 maggio 2024, n. 149, pubblicata in G.U., I° serie speciale, 28 agosto 2024, n. 35.

3. *Le motivazioni dell'ordinanza.* Agevolmente esposte le ragioni di rilevanza della questione¹³, il giudice *a quo* esclude, *anzitutto*, una violazione dell'art. 31, co. 2 Cost.: la differenza di trattamento tra il “giovane adulto” rispetto all'imputato minorenni - il quale, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 448/1988, può accedere al corrispondente beneficio per tutte, o quasi¹⁴, le figure di reato, compresa quella in esame - non dà luogo ad una violazione del citato parametro costituzionale giacché “la circostanza che l'imputato sia da poco maggiorenne non impone un trattamento privilegiato” essendo “connaturato nella fissazione di un limite un trattamento diverso al superamento dello stesso senza che ciò renda privo di giustificazione il *discrimen*”.

In secondo luogo, il giudice remittente si sofferma sull'ipotizzato contrasto con il principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.: la censura si basa sulla descritta disparità di trattamento tra la fattispecie contestata all'imputato e quella di “istigazione, proselitismo o induzione al reato di persona minore”, la quale, al contrario della prima, rientra nell'alveo applicativo dell'istituto della m.a.p. nonostante la maggior gravità del fatto ivi previsto e punito.

Trattasi di una differenza di trattamento verosimilmente non perseguita dal c.d. decreto Caivano, il quale, come si può evincere dai relativi lavori preparatori¹⁵, ha inasprito la cornice edittale della fattispecie di cui all'art. 73,

¹³ Come del resto osserva il giudice *a quo*, «unico ostacolo all'ammissione dell'imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova è proprio la mancata previsione [...] del reato di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. 309/1990 nel novero dei reati per i quali l'art. 168-*bis* c.p. può trovare applicazione, essendo soddisfatti tutti gli altri requisiti».

¹⁴ Il riferimento è alle ipotesi delittuose, nominativamente richiamate al comma 5-*bis*, che ostano all'applicazione dell'istituto. Come anticipato, la disposizione, introdotta dallo stesso decreto Caivano, è già stata oggetto dell'ordinanza di rimessione 25 marzo 2024, n. 76, sollevata dal G.u.p. presso il Tribunale per i minorenni di Bari, perché «la previsione *ex lege* del divieto assoluto di accesso alla messa alla prova, nei casi di violenza sessuale aggravata, appare contrastare con l'art. 31, co. secondo, della Costituzione, sottraendo al vaglio di un giudice specializzato e interdisciplinare la possibilità di valutare, caso per caso, le condizioni contingenti, per rendere la risposta del processo penale minorile aderente alla personalità del minore e maggiormente rispondente alla finalità rieducative, di recupero e di reinserimento sociale del minore autore di reato».

¹⁵ Cfr. Dossier Studi del Senato della Repubblica, *Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale. d.l. n. 123/2023 - A.S. n. 878*, p. 31: «Giova qui segnalare che tale innalzamento della pena massima, da 4 a 5 anni, per lo spaccio di lieve entità, consentirà l'applicazione, anche nel caso di indagati adulti, della misura della custodia cautelare». Sul punto, osserva CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 12, che il legislatore, nel 2014, era intervenuto riducendo il massimo edittale della fat-

co. 5, d.P.R. 309/1990 al solo fine di consentire rispetto a quest'ultima l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere¹⁶.

Infatti, se prima dell'aggravio sanzionatorio il delitto *de quo* rientrava tanto nella previsione di cui all'art 168-*bis*, co. 1 c.p. quanto in quella dell'art. 550, co. 1 c.p.p. in forza del rinvio *ad poenam* contenuto in entrambe le disposizioni, a seguito di esso la fattispecie è estranea ad entrambe le previsioni: si tratterebbe, ad avviso del giudice *a quo*, di un "effetto della riforma non immediatamente evidente, in quanto mero riflesso dell'aumento della pena edittale massima".

In ogni caso - chiosa l'ordinanza - anche a voler ritenere che tale esclusione costituisca il frutto di una precisa opzione legislativa, l'esito sarebbe ugualmente incostituzionale in quanto "si tratterebbe di una scelta arbitraria" non essendo dato intravedere motivi per cui "il responsabile del più grave delitto di cui all'art. 82 d.P.R. 309/1990 debba godere della possibilità di estinguere il reato a seguito di sospensione del procedimento con messa alla prova"; mentre tale possibilità risulta preclusa a colui che commetta il meno grave delitto di cui all'art. 73, co. 5, del medesimo d.P.R.¹⁷

tispecie da cinque a quattro anni proprio al fine di ridurne gli effetti carcerogenici in termini di custodia cautelare; ora, al contrario, la riforma persegue consapevolmente proprio lo scopo dell'espansione della custodia cautelare in carcere.

¹⁶ Come noto, ai sensi dell'art. 280, co. 2 c.p.p., la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

¹⁷ Interessante il parallelismo evidenziato da PICCOLO, *Sulle preclusioni del Decreto Caivano alla sospensione del procedimento con messa alla prova per i minorenni. Letture auspicabili in attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2024, 2, 10, che, confrontando l'ordinanza di remissione del Tribunale per i minorenni di Bari (in tema di reati ostativi alla messa alla prova minorile) con quella del Tribunale di Padova oggi in esame (relativa alla preclusione, indiretta, della messa alla prova per gli adulti in relazione al reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990), osserva come le ordinanze, seppur incentrate entrambe sulla preclusione della m.a.p. per determinate figure di reato, siano strutturate differenzialmente sotto il profilo dei parametri di legittimità costituzionale invocati: mentre le preclusioni alla m.a.p. minorile sarebbero intrinsecamente contrastanti con il dettato costituzionale, e in particolare con l'art. 31, co. 2, Cost., in tema di tutela della gioventù, lo stesso non potrebbe dirsi per la m.a.p. "ordinaria"; di quest'ultima il giudice rimettente non ravvisa una irragionevolezza intrinseca, bensì una estrinseca, nascente dalla disparità di trattamento rispetto a una fattispecie omogenea e purtuttavia ammessa al rito speciale. Secondo l'Autrice, la diversità dei sindacati nelle due ordinanze sarebbe sintomatica della peculiare funzione che la m.a.p. svolge nel processo penale minorile rispetto a quello ordinario: se, nel primo, la messa alla prova rappresenta il vero cuore pulsante della giustizia penale giacché più funzionale alle esigenze di tutela del diritto all'educazione del minore, invece, quanto agli adulti, va rilevato come il legislatore non sia nuovo all'introduzione di sbarramenti ai riti alternativi. Ne costituirebbe un lampante esempio l'impossibilità di accedere al rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo,

In terzo luogo, per quanto concerne poi la violazione dell'art. 27, co. 3 Cost., l'ordinanza osserva che "l'istituto della messa alla prova comporta l'elisione delle conseguenze del reato e il recupero dell'imputato mediante prestazione di attività a favore della collettività e dunque mira alla sua rieducazione, anticipata rispetto alla pena ed anzi sostitutiva della stessa, dal momento che il buon esito della messa alla prova è causa di estinzione del reato, realizzata mediante forme alternative al carcere e con un programma 'su misura'".

Con queste premesse, la pretermissione dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, dal novero dei reati suscettibili di fruire del predetto istituto «contrasta con il finalismo rieducativo della pena, non permettendo a chi - come nel caso di specie - si trova per la prima volta a giudizio di riparare alla propria condotta, attraverso un programma appositamente elaborato di concerto con l'Ufficio Locale dell'Esecuzione Penale Esterna, comprensivo dello svolgimento di lavori di pubblica utilità, con ciò riducendo il pericolo di reiterazione dell'illecito e reinserendo l'imputato nella società».

Non essendo possibile una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni citate, il Tribunale patavino conclude per la rilevanza e la non manifesta infondatezza della descritta questione di legittimità costituzionale, nascente in particolare dal «mancato inserimento alla lett. c) dell'art. 550 c.p.p. (casi di citazione diretta a giudizio) della fattispecie di cui all'art. 73, co. quinto, d.P.R. 309/1990».

4. *Alcune riserve preliminari.* Questa nuova sollecitazione alla Corte costituzionale in tema di messa alla prova è senz'altro encomiabile per l'intento di ricondurre gli effetti prodotti dal c.d. decreto Caivano nell'alveo dei principi costituzionali di ragionevolezza e del finalismo rieducativo della pena, con l'obiettivo ultimo di riespandere l'ambito applicativo di un istituto che, in casi come quello in esame, può esplicare la sua funzione principe,

che la Corte costituzionale ha ritenuto legittima e non manifestamente irragionevole, in quanto appartenente alla sfera insindacabile di discrezionalità del legislatore. Ci si permette di discordare con la riflessione appena esposta: si darà di seguito conto di come siano, a ben vedere, ravvisabili dei profili di irragionevolezza intrinseca anche con riferimento alla preclusione (indiretta) della m.a.p. per gli adulti in relazione al reato di cui all'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990.

evitando l'ingresso in carcere di soggetti che presentano concrete possibilità di recupero.

Pare tuttavia opportuno formulare sin d'ora alcune riserve in ordine alla modalità con cui la questione di costituzionalità è stata impostata dal giudice *a quo*.

Una *prima* criticità, forse suscettibile di incidere sulla determinatezza del *petitum*, attiene alla indicazione della fattispecie di reato esclusa dalla m.a.p. Va infatti ricordato che, in sede di approvazione della legge di conversione del d.l. "Caivano", il quinto comma dell'art. 73 è stato arricchito di un secondo periodo, ai sensi del quale la fattispecie del fatto di lieve entità dev'essere punita con pena più elevata "quando la condotta assume caratteri di non occasionalità"¹⁸; onde, l'ipotesi del primo periodo deve intendersi oggi riferita ai soli fatti di lieve entità "occasionalmente".

La descritta modifica non pare essere stata ininfluenza sotto il profilo della qualificazione giuridica della norma: la previsione di due autonome cornici edittali - seppur distinte soltanto in relazione al minimo¹⁹ - pare per vero deporre in favore della tesi dello "sdoppiamento" del quinto comma in due autonome fattispecie, il cui discrimine sarebbe costituito dalla "occasionalità" o meno della condotta tipica²⁰.

Da questo punto di vista, sarebbe stato opportuno precisare a quale delle fattispecie (se entrambe o soltanto una delle due) la Consulta debba rivolgere la propria attenzione, giacché la natura - occasionale o non occasionale - della condotta di spaccio di lieve entità è astrattamente in grado di incidere, nel

¹⁸ Sul punto, PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto Caivano*, cit., 1566, osserva come tale intervento sembri essere dettato dalla preoccupazione di contenere gli effetti di quella giurisprudenza secondo cui il fatto di lieve entità sarebbe compatibile con lo svolgimento di attività di spaccio non episodica e continuativa.

¹⁹ In particolare, a fronte di un massimo edittale comune di cinque anni, si registra una sensibile differenza in punto di minimo edittale, che, quanto al secondo periodo (ipotesi non occasionali), è di diciotto mesi anziché sei.

²⁰ In dottrina, si è osservato come la qualificazione del secondo periodo quale autonoma fattispecie di reato sarebbe preferibile anche alla luce della recente sentenza delle Sez. un. della Corte di cassazione, secondo cui, in tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, è ammissibile che il medesimo fatto storico possa essere ascritto a un concorrente ai sensi dell'art. 73, co. 1d.P.R. 309/1990 e a un altro concorrente ai sensi dell'art. 73, co. 5 del medesimo d.P.R.; così, MASSARO, *La risposta 'punitiva' a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. Decreto Caivano*, cit., 493.

raffronto con la fattispecie invocata quale *tertium comparationis*, in punto di ragionevolezza della disparità di trattamento con quest'ultima. D'altro canto, non può escludersi che la stessa Corte costituzionale "rimoduli" in via interpretativa la questione incentrando il proprio sindacato sul solo primo periodo del quinto comma, quello che, a ben vedere, pare venire in rilievo nel caso *de quo*, stante l'assenza di elementi atti a denotare la natura "non occasionale" della condotta di detenzione contestata.

Una *seconda* criticità coinvolge, invece, il modo in cui la questione di legittimità costituzionale è impostata: in particolare, il giudice *a quo* ravvisa una violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. in virtù del "mancato inserimento alla lett. c) dell'art. 550 c.p.p. (casi di citazione diretta a giudizio) della fattispecie p. e p. dall'art. 73, co. quinto d.P.R. 309/1990"²¹, così non tenendo in debita considerazione che il presunto contrasto con le norme costituzionali non deriva tanto dall'impossibilità di procedere per citazione diretta a giudizio per il reato di spaccio di lieve entità, quanto piuttosto dall'effetto che questa esclusione determina sotto il profilo della impossibilità di estinguere il reato tramite la m.a.p.

Va infatti osservato che la selezione delle figure di reato nominalmente richiamate al secondo comma dell'art. 550 c.p.p. appare legata alla specifica *ratio* "acceleratoria" dell'istituto, che permette di evitare la celebrazione dell'udienza preliminare con riferimento a reati di agevole accertamento processuale. Ciò è peraltro confermato dai criteri direttivi della stessa riforma Cartabia²², la quale, nel disporre un aumento dei reati procedibili con citazione diretta a giudizio, ha preso in considerazione una serie di delitti caratterizzati, cumulativamente, da un massimo edittale compreso tra i quattro e i sei anni e da un accertamento processuale di non particolare complessità²³. Ne segue che l'esclusione dell'art. 73, co. 5, dall'alveo

²¹ Trattasi della disposizione che contiene il riferimento alla fattispecie di cui all'art. 82 d.P.R. 309/1990, selezionata quale *tertium comparationis*.

²² L. 134/2021, cit.

²³ Ciò è rilevato per esempio da BANCHI, *Le modificazioni apportate alla disciplina della messa alla prova*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6 febbraio 2023, 5, che osserva come i reati inseriti dalla riforma Cartabia al co. 2 dell'art. 550 siano accomunati da due elementi: «la punibilità con un massimo di pena edittale detentiva compreso tra cinque e sei anni» e «la tendenziale non particolare difficoltà di accertamento, costituente la ratio primaria della deroga». Per un'analisi della riforma, v. EPIDENDIO, *Profili so-*

applicativo dell'art. 550 c.p.p. potrebbe astrattamente ritenersi giustificata da ragioni di accertamento processuale, specie se si considera che, in nome del rispetto del principio di offensività, la Cassazione richiede, per la configurazione del fatto tipico dell'art. 73 d.P.R. 309/1990, che sia accertata l'efficacia drogante della sostanza detenuta o ceduta²⁴.

In altre parole, la diversità di *rationes* sottese ai due istituti impedisce di sindacare l'esclusione della fattispecie dall'alveo applicativo dell'uno (la m.a.p.) a cagione del mancato inserimento della stessa nel secondo (la citazione diretta a giudizio).

Ad ogni buon conto, anche tale criticità può essere agevolmente superata in via interpretativa tramite una rimodulazione del *petitum* per come indicato dal giudice *a quo*: in particolare, valorizzando la motivazione dell'ordinanza, la Consulta potrebbe scegliere di scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* c.p. nella parte in cui non prevede che, nonostante lo sfioramento dei limiti edittali, possa accedere al rito speciale il soggetto accusato di spaccio di lieve entità. In caso di sentenza di accoglimento, l'effetto sarebbe dunque l'inclusione, nell'alveo applicativo della m.a.p., della fattispecie di cui all'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, la quale resterebbe, viceversa, esclusa dal catalogo dei reati suscettibili di citazione diretta a giudizio.

5. *Considerazioni sul giudizio triadico di ragionevolezza.* Al di là di questi marginali aspetti – suscettibili di agevole superamento in via interpretativa da

stanziati della messa alla prova post-Cartabia, e CECCHI, *Profili processuali della messa alla prova post-Cartabia*, in Castronuovo-Donini-Mancuso-Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 785 ss. e 795 ss.; SANNA, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione ante iudicium*, in *www.discrimen.it*, 13 dicembre 2022, 6.; VERGINE-MAZZOTTA, *La sospensione del procedimento con messa alla prova secondo la Cartabia: una mossa poco coraggiosa*, in Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 473 ss.

²⁴ Da ultimo, Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 30475, "Castignani", con nota di NOTARO, *La commercializzazione della cannabis light fra divieti e istanze di legalizzazione*, in *Giur. It.*, 2019, 2511 ss., secondo cui: «Integrano il reato di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. 309/1990, le condotte di cessione, di vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, dei prodotti derivati dalla coltivazione della cannabis sativa, salvo che tali prodotti siano in concreto privi di efficacia drogante» (analogamente, in precedenza, anche: Sez. un., 29 novembre 2007, n. 47472, "Di Rocco", e S.U., 24 aprile 2008, n. 28605, "Di Salvia"). Per approfondire v., per esempio, MIAZZI, *La coltivazione a fini agroindustriali della cannabis sativa e la commercializzazione a fini ricreativi della c.d. cannabis light*, in *Scuola Superiore della Magistratura* (a cura di), *I reati concernenti gli stupefacenti*, 30° Quaderno, Roma, 2023, 79 ss.

parte della Consulta - sarà interessante osservare a quale esito condurrà il sindacato sulla ragionevolezza della disciplina sospettata di illegittimità costituzionale. Come noto, questo tipo di sindacato si caratterizza per un atteggiamento di particolare cautela, nascente dall'esigenza di non travalicare l'ambito riservato alla discrezionalità legislativa, specie in un settore ordinamentale soggetto al principio di riserva assoluta di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost.²⁵: in questo senso, il giudizio triadico, che si estrinseca nel raffronto tra le due norme sospettate di una irragionevole disparità di trattamento nonostante la medesimezza di *ratio legis*, permette di utilizzare il *tertium comparationis* quale elemento di indirizzo di un intervento "a rime obbligate" che eviterebbe lo sconfinamento nella c.d. *political question*²⁶.

In questa sede, preme sottolineare come la complessità del sindacato di ragionevolezza nella nostra materia risieda, a monte, nel comprendere se le

²⁵ Per una ricostruzione di ampio respiro relativamente al principio di ragionevolezza in materia penale, si vedano, tra tutti: DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 4 ed., Giappichelli, 2012, 394 ss.; MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 50, 2-3, 739 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 41, 2, 350 ss.; PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2012. Con riferimento alla connessione tra la proporzionalità della pena e il principio del finalismo rieducativo, si richiamano: BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1441 ss.; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 59, 4, 1956 ss.; VIGANO, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 73 ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativamente al principio di ragionevolezza della pena, si vedano, senza pretesa di esaustività: INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, 1, 174 ss.; MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 61, 6, 2105 ss.; MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in www.laegislazionepenale.eu, 7 dicembre 2020; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 59, 3, 1427 ss.; RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 55 ss. Più recentemente, v. anche: PECCIOLI, *La proporzionalità del minimo edittale dell'estorsione: una trasfigurazione del tertium comparationis*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 29, 10, 1323 ss.; PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, ivi, 2023, 29, 10, 1359 ss.; RODES, *Il principio di proporzionalità della sanzione penale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2023, 1, 26 ss.; VALENTE, *Proporzionalità della pena: la Corte torna a valorizzare il tertium comparationis*, ivi, 2023, 3, 420 ss.

²⁶ Cfr. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 14.

norme raffrontate siano tra loro omogenee o differenti; sul punto, si è efficacemente sottolineato che “è possibile predicare un rapporto di omogeneità tra norme solo in funzione del trattamento di cui si discute, poiché esso soltanto è in grado di guidare l’interprete nella selezione di tutti e soli quegli elementi che necessitano di essere comparati”²⁷.

Per tale ragione, il giudizio in ordine alla omogeneità tra le norme presuppone un’attenta ricostruzione della *ratio* dell’istituto di cui si discute sì da fornire all’interprete un “faro” circa gli elementi delle fattispecie da sottoporre a confronto²⁸: nel nostro caso, è dunque essenziale ricostruire in sintesi le logiche dell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova.

5.1. *Le logiche della sospensione del procedimento con messa alla prova.*

Dopo aver dato ottima prova di sé nella giustizia penale minorile²⁹, l’istituto in esame³⁰ è stato esteso anche agli adulti ad opera della L. 28 aprile 2014, n. 67³¹,

²⁷ Cfr. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 63, ad avviso del quale, «volendo esemplificare prendendo a prestito la questione della sentenza 28 maggio 2014, n. 143, con molta approssimazione, le fattispecie di incendio doloso e colposo potrebbero apparire certamente disomogenee in funzione del trattamento sanzionatorio, ma potrebbero, al contrario, apparire omogenee, data la difficoltà dell’accertamento del delitto colposo, in funzione della fissazione del termine prescrizione».

²⁸ In questo senso, è utilissimo un riferimento alla già menzionata Corte cost., n. 143/2014 che, seppur con riferimento all’istituto della prescrizione, costituisce una chiara esemplificazione del percorso logico-argomentativo sotteso al giudizio di ragionevolezza triadico in materia penale: dopo aver ricostruito la *ratio* dell’istituto, la Consulta riconosce come un termine prescrizione più lungo possa astrattamente essere giustificato non solo da una valutazione di maggior gravità del reato, ma anche da contingenti ragioni di allarme sociale o da un accertamento processuale di notoria complessità. Nel caso di specie - relativo al raffronto tra il reato di incendio colposo e quello di incendio doloso, sotto il profilo dei rispettivi termini di prescrizione - la Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità della soggezione della prima, e meno grave, fattispecie colposa al regime del “raddoppio” di cui all’art. 157, co. 6 c.p., non essendo riscontrabili particolari esigenze di allarme sociale o di accertamento processuale a sostegno della descritta disparità di trattamento.

²⁹ Ci si riferisce alle risultanze delle indagini statistiche (benché non recentissime) che hanno attestato una sensibile riduzione del tasso di recidiva per i soggetti che hanno superato positivamente la messa in prova: sul punto, si vedano i dati riportati da COLAMUSSI-MESTITZ, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano, 2012, 123 ss., nonché da GILI-PIERONI-ZANGHI (a cura di), *La recidiva nei percorsi penali dei minori autori di reato. Report di ricerca*, Roma, 2013.

³⁰ Per una panoramica dell’istituto, si rinvia alle trattazioni organiche di: BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2018; CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir., Annali IX*, 2016, 1005 ss.; CONTI-TONINI, *Manuale di procedura penale*, 23^a ed., Milano, 2022, 872 ss.; GALATI-RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, Milano, 2015; MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le*

con lo scopo di fornire una risposta “strutturale ed innovativa”³² a diverse esigenze della giustizia penale, sul duplice fronte del processo e della pena³³. Se, ad una prima lettura, erano parsi prevalenti gli aspetti di decongestionamento delle carceri³⁴, nonché – considerata l’attitudine della

nuove norme sulla giustizia penale, Padova, 2014.

Per un’analisi delle sue criticità, v., tra gli altri: ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 22, 1, 101 ss.; BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015; BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 20, 6, 661 ss.; DONNARUMMA, *La “messa alla prova” dell’imputato. Problematicità dell’istituto*, in *Giur. pen. web*, 2022, 9; FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 5, 427 ss.; FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in Daniele-Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, 2015, 183 ss.; MARANDOLA, *La messa alla prova dell’imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 20, 6, 674 ss.; MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *Giust. pen.*, 2019, 124, 3, 181 ss.; PECORELLA, *La messa alla prova alla prova delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2014, 3264 ss.; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 56, 3, 1300 ss.

³¹ Recante deleghe al Governo in materia di “Pene detentive non carcerarie e di riforme del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

³² In questi termini si è espressa la deputata Morani, seduta del 24 giugno 2013, p. 33 del resoconto stenografico.

³³ L’istituto della m.a.p. è infatti connotato da una duplice anima: esso produce «effetti sostanziali, perché dà luogo all’estinzione del reato», ma possiede anche “un’intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio», nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del rito penale, con messa alla prova. Così, Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240, con nota di DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. pen.*, 2016, 56, 4, 1482 ss.

³⁴ La sospensione del procedimento con messa alla prova è stata introdotta all’indomani della nota sentenza Torreggiani (Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia), annotata da TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 53, 1, 11 ss., con cui la Corte europea si è pronunciata su una serie di ricorsi proposti da soggetti detenuti nelle carceri italiane che lamentavano la violazione dell’art. 3 della Convenzione, in tema di divieto di trattamenti inumani e degradanti: nell’accogliere i ricorsi, i giudici di Strasburgo, oltre a condannare l’Italia al pagamento di somme a titolo compensativo per i danni morali e materiali subiti dai ricorrenti, hanno altresì riscontrato il carattere strutturale della violazione, derivante dalla cronicizzazione del degrado e del sovraffollamento del sistema carcerario italiano; onde, tramite la tecnica delle c.d. sentenze pilota di cui all’art. 46 CEDU, lo Stato italiano è stato condannato a provvedere all’eliminazione della situazione anche per il tramite di una nuova politica criminale idonea a contrastare lo stato di degrado e di sovraffollamento del sistema carcerario. Tra gli interventi normativi adottati nello spirito dei principi espressi nella sentenza Torreggiani, può senz’altro annoverarsi anche la citata L. 67/2014, recante deleghe al Governo in materia di “Pene detentive non carcerarie e di riforme del sistema sanzionatorio. Disposizioni in mate-

m.a.p. a definire il procedimento con sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato – di deflazione degli uffici giudiziari³⁵, in realtà la “messa in pratica” dell'istituto ha rivelato come tali finalità non ne costituiscano la vera cifra distintiva³⁶.

Ciò che sembra caratterizzare la m.a.p. è, piuttosto, la possibilità per l'imputato di rinunciare al “tritacarne giudiziario”³⁷ e di svolgere attività *lato sensu* riparative³⁸ miranti ad un'effettiva riconciliazione con la collettività e, in una certa misura, con la vittima del reato³⁹: l'imputato è infatti tenuto ad eliminare le conseguenze dannose del reato e, ove possibile, a risarcire il

ria di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”. Sulle conseguenze derivate per il nostro ordinamento in seguito alla sentenza Torreggiani, si veda, *ex plurimis*, FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit.

³⁵ Sul ruolo dei riti alternativi nel garantire una ragionevole durata del processo, v. UBERTIS, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 48, 1, 139 ss.

³⁶ Così, BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, cit., 4, la quale, sotto il profilo della finalità di deflazione, osserva che, per arrivare alla sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato possono essere celebrate più udienze e che il procedimento, lungi dal concludersi subito, resta sospeso anche per molto tempo; un tempo in cui tanto il giudice, quanto gli organi deputati a dare esecuzione e a controllare lo svolgimento della prova, continuano ad assumere determinazioni sul procedimento, che resta aperto e pendente. Analogamente, sotto il profilo del sovraffollamento carcerario, va ricordato che la m.a.p. è applicabile, per un verso, ai soli reati puniti con pena edittale che non supera nel massimo i quattro anni e, per altro verso, in favore di soggetti per cui possa farsi una prognosi positiva di non reiterazione del reato secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p.: si tratterebbe, cioè, di soggetti che potrebbero godere di altri benefici – primo tra tutti, la sospensione condizionale della pena – che comunque impedirebbero l'ingresso in carcere.

³⁷ La paternità della metafora va attribuita agli stessi deputati che sono intervenuti durante i lavori preparatori, quali, in particolare: il relatore Costa (seduta n. 39 del 24 giugno 2013, p. 7 del resoconto stenografico), il deputato Rabino (seduta del 25 giugno 2013, p. 96 del resoconto stenografico) e il senatore Torrisi (seduta del 15 gennaio 2014, pomeridiana, p. 9 del resoconto stenografico).

³⁸ In dottrina si è tuttavia contestata la possibilità di inquadrare la m.a.p. tra gli strumenti di giustizia riparativa in senso stretto, poiché questi ultimi richiedono il consenso dell'imputato in ogni fase e aspetto della procedura e presentano una imprescindibile dimensione dialogico-relazionale tra i soggetti toccati dal reato. Con riferimento alla m.a.p., invece, è vero che il percorso può essere avviato solo in presenza del consenso dell'imputato, ma è altrettanto vero che la declaratoria di estinzione del reato può essere conseguita unicamente tramite l'esecuzione di un programma di trattamento che vede nel lavoro di pubblica utilità l'unica e sola prescrizione in grado di assicurare (ed esaurire) le finalità riparative. Cfr. al riguardo, per esempio, BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 56; CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 52, 1, 9 ss.; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 317 ss.

³⁹ In dottrina, questa vocazione dell'istituto è valorizzata, in particolare, da: SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1262 ss.; UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, 725 ss.

danno; ma, soprattutto, deve presentare un programma trattamentale da sottoporre all'approvazione del giudice, che dovrebbe includere, ove possibile, anche la mediazione⁴⁰. In altre parole, in funzione del raggiungimento dell'obiettivo risocializzativo, la m.a.p. "infrange" la sequenza cognizione-esecuzione, dando corpo ad un meccanismo che costituisce «un *unicum*, qualcosa di ribelle ad ogni inquadramento giuridico»⁴¹.

Il punto di forza della m.a.p., però, ne costituisce anche il suo punto di debolezza: come noto, la più evidente criticità dell'istituto in parola è rappresentata dalla relativa attitudine ad infliggere una sanzione sostanzialmente penale⁴² in mancanza di un pieno accertamento della colpevolezza dell'imputato. Ciononostante, la Corte costituzionale, con sentenza n. 91/2018⁴³, ha escluso i dubbi di compatibilità del procedimento *de quo* con la presunzione di non colpevolezza sulla base di due principali argomenti: per un verso, il carattere volontario dell'istituto e la sua funzione premiale⁴⁴; per altro verso, la natura non penale del programma trattamentale⁴⁵.

⁴⁰ Semmonché - come osserva GRANDI, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in *Arch. pen. web*, 29 gennaio 2020, 20 - «l'inciso ('ove possibile'), oltre a conferire carattere giuridicamente non vincolante all'opzione in esame, suona quasi beffardo nel momento in cui la carenza di strutture all'uopo indispensabili frappone un ostacolo eminentemente pratico all'utilizzo della mediazione stessa nella prassi del nuovo istituto».

⁴¹ Così, FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., 181 ss.

⁴² Ciò è particolarmente vero laddove si esamini la natura del programma trattamentale proprio della m.a.p. alla luce dei c.d. criteri Engel, per come elaborati dalla giurisprudenza europea: in questo senso, l'obbligatorietà dei lavori di pubblica utilità pare evidenziare un carattere latamente punitivo della misura. Così, DONNARUMMA, *La "messa alla prova" dell'imputato. Problematicità dell'istituto*, cit.

⁴³ Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91. Tra i numerosi commenti alla pronuncia, v., tra gli altri: BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 28 novembre 2018, 8 ss.; BOTTINO, *Principi costituzionali e probation processuale: un contrasto inesistente*, in *Arch. pen. web*, 2018, 2; CAPITTA, *La Consulta conferma la legittimità costituzionale della messa alla prova - Corte cost. n. 91 del 2018*, in *Arch. pen.*, 2018, 2; CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Riv. pen. proc.*, 2018, 24, 5, 677 ss.; LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e "accredita" in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 303 ss.; MIGLIACCIO, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza "pena" con finalità specialpreventive*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 6, 1070 ss.; MUZZICA, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione "convenzionalmente" orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 173 ss.; PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 89 ss.

⁴⁴ BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1-2, evidenzia come la m.a.p. possa astrattamente ispirarsi a due modelli funzionali: da un lato, può perseguire scopi

Tuttavia, pur in presenza del “fattore-consenso”, svincolare l’istituto dall’idea di una sanzione anticipata resta comunque difficoltoso in ragione di alcuni aspetti pratici della disciplina: tra questi, la previsione per cui, in caso di revoca della m.a.p. o di un suo esito negativo, il periodo di trattamento già svolto viene computato ai fini della commisurazione della sanzione penale⁴⁶. In prospettiva di riforma, la dottrina sottolinea l’esigenza di valorizzare le condotte riparative e mediative, espressamente incluse nell’orbita del programma trattamentale di cui all’art. 464 c.p.p. e, al tempo stesso, di assicurare un più ampio coinvolgimento della persona offesa: un tale “aggiustamento” assicurerebbe al rito una maggior legittimazione nel sistema

marcatamente social-preventivi e, cioè, essere una sorta di affidamento in prova al servizio sociale anticipato dalla fase esecutiva a quella cognitiva; dall’altro, può svolgere una funzione “premiante” e, così, essere una specie di rito alternativo basato sulla logica dello scambio tra cittadino e ordinamento, per cui l’imputato rinuncia al vantaggio della cognizione piena in cambio di altri vantaggi (e, in particolare, quello di un trattamento sanzionatorio più mite). Mentre quest’ultimo modello è accettabile, quello special-preventivo è destinato a presentare alcune contraddizioni difficilmente risolvibili, specialmente sul piano di principio, stante la possibilità di applicare all’imputato un trattamento sostanzialmente sanzionatorio senza che questi possa essere considerato autenticamente responsabile per il fatto commesso.

⁴⁵ Gli argomenti utilizzati dalla Consulta riprendono in parte quelli adottati dalla stessa per escludere il contrasto del patteggiamento con la presunzione di non colpevolezza in Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, con note di FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, 1, 385 ss., e TRANCHINA, *Patteggiamento e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, ivi, 1990, 1, 2394 ss. Un primo argomento fa leva sulla previsione, in entrambi gli istituti, di un seppur minimo vaglio giurisdizionale finalizzato all’eventuale proscioglimento dell’imputato ex art. 129 c.p.p.: il riferimento è all’art. 464-*quater* co. 1 c.p.p., che attribuisce al giudice la facoltà di assumere informazioni ex art. 464-*bis* co. 5 c.p.p. nonché di acquisire prove non rinviabili o finalizzate al proscioglimento dell’imputato ex art. 464-*sexies* c.p.p. Soprattutto, per colmare i dubbi di costituzionalità, il giudice delle leggi valorizza l’imprescindibilità di una manifestazione di volontà della persona accusata, espressa nella forma della richiesta di accesso al rito speciale, che varrebbe come rinuncia ad avvalersi della presunzione di innocenza in nome dell’interesse a conseguire gli effetti premiali del procedimento (in questo senso, l’art. 464-*quater* c.p.p. prevede la facoltà per il giudice di convocare l’imputato per verificare la volontarietà della sua richiesta). Da ultimo, la Consulta, andando oltre gli argomenti espressi in relazione al patteggiamento, esclude che il programma di trattamento si configuri come una vera e propria sanzione penale da eseguirsi coattivamente: si tratterebbe, per converso, di un’attività legata al volontario rispetto delle prescrizioni dell’imputato, cui è sempre data la facoltà di far cessare l’esecuzione del programma, con l’unico effetto di far riprendere il corso del procedimento. Sul punto, v. CAPITTA, *La Consulta conferma la legittimità costituzionale della messa alla prova - Corte cost. n. 91 del 2018*, cit., 2.

⁴⁶ PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta*, cit., 114, che individua, quale altro aspetto critico, quello inerente alle modifiche del programma “in corso d’opera”: con riferimento a tale previsione emergono non solo le debolezze del coinvolgimento sia della persona offesa, che viene ignorata nonostante possa essere direttamente interessata, sia dell’imputato, il cui consenso non viene richiesto, con il possibile configurarsi di discrasie, specie in ordine all’art. 24 Cost. e finanche con riguardo al divieto di lavoro forzato (art. 4, par. 2 e par. 3, CEDU).

penale, nonché, per altro verso, una maggior condivisione agli occhi dell'opinione pubblica⁴⁷.

Seppur con le sue criticità, la m.a.p. ha indubbiamente rappresentato una svolta nell'economia concettuale del processo penale: con essa il giudice cambia punto prospettico ed è tenuto ad esplorare la personalità dell'imputato sia per la concessione della misura sia per la valutazione del programma di *probation*⁴⁸. In questo senso, la m.a.p. ha allargato significativamente lo spazio per l'individualizzazione delle conseguenze sanzionatorie del reato, al punto da poter essere ritenuta «la principale svolta personalistica finora conosciuta in Italia dall'apparato sanzionatorio della cognizione al di fuori dei microsistemi della giustizia penale minorile e del giudice di pace»⁴⁹.

Così delineate le logiche della m.a.p., il giudizio in ordine alla omogeneità tra le due fattispecie incriminatrici, quella inclusa e quella esclusa dall'ambito applicativo dell'istituto, dovrà prendere le mosse dall'oggettività giuridica tutelata. Se, infatti, è vero che la m.a.p. persegue finalità di risocializzazione limitatamente a reati di *minor gravità* - e posto che è possibile predicare la

⁴⁷ Così PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta*, cit., 107; concorda, sul punto, anche BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 8: «Da tempo mi interrogo se, all'interno di un sistema punitivo "tradizionale", possano essere inseriti spazi di incontro, di giustizia riparativa, di mediazione applicabili durante la fase processuale, anche al fine di andare a incidere sulle cause sostanziali che stanno alla base del conflitto di cui la realizzazione del reato non costituisce altro che l'espressione ultima. E proprio un istituto come la messa alla prova, in virtù della sua struttura sospensiva, si presta benissimo a realizzare tutto questo».

⁴⁸ Sotto questo profilo, BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 2, osserva, però, che il trattamento viene programmato in una fase così anticipata che la persona in carne ed ossa non è ancora venuta in gioco, con conseguente difficoltà a predisporre una prova che sia effettivamente capace di attagliarsi alla personalità del soggetto e di perseguire gli scopi rieducativi/risocializzanti.

⁴⁹ Così VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 322. L'attitudine a permettere una individualizzazione della sanzione è stata valorizzata dalla Consulta anche per escludere i dubbi di legittimità costituzionale dell'istituto rispetto al principio di legalità ex art. 25, co. 2 Cost., apparentemente violato in ragione dell'indeterminatezza delle prescrizioni trattamentali, che sarebbero affidate ad una valutazione meramente discrezionale prima dell'UEPE e poi dell'organo giurisdizionale. Sotto questo profilo, la Consulta ha fatto leva sulla funzione social-preventiva e risocializzante dell'istituto, che richiede di individualizzare il trattamento, "ritagliandolo" rispetto alla personalità dell'imputato e alle peculiarità del caso concreto; in questo senso, il contenuto del programma trattamentale può essere inquadrato dal legislatore solo in linea di massima, mentre la sua stretta individuazione deve, giocoforza, spettare all'UEPE e al giudice. Così, Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, con nota di PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta*, cit., 109.

maggiore o minore gravità di due fattispecie di reato a parità di interesse tutelato –, sarebbe irragionevole, a parità di oggetto di tutela, ammettere l'accesso alla m.a.p. per la fattispecie più grave ed escluderlo per quella meno grave.

5.2. *L'omogeneità/eterogeneità delle fattispecie raffrontate: l'oggettività giuridica tutelata.* Sotto il profilo del bene giuridico – a fronte di un panorama giurisprudenziale che, salve rare eccezioni⁵⁰, era consolidato nel qualificare le fattispecie del T.U. sulle sostanze stupefacenti in termini plurioffensivi⁵¹ – un'attenta dottrina ha osservato come, nell'ambito di questa disciplina, sia possibile distinguere tra illeciti maggiormente incentrati sulla tutela di interessi pubblici e collettivi e quelli più propriamente volti alla protezione della salute dei singoli individui. Tra questi ultimi, per i quali viene peraltro proposta una dislocazione nel titolo codicistico dedicato ai delitti contro la persona, sarebbe possibile annoverare proprio il fatto di lieve entità avente ad oggetto esclusivamente droghe “leggere” cedute a persona maggiorenne di cui all'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990⁵². Viceversa, nella richiamata classificazione, la

⁵⁰ Tra tutte, un esempio è Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 1222, “Nicoletti”, inedita, di cui si discorrerà *ultra*.

⁵¹ Vale la pena menzionare, tra le altre, Cass., Sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, “Di Salvia”, con nota di BELTRANI, *Coltivazione “domestica” di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*, in *Cass. pen.*, 2008, 48, 12, 4503 ss.) che, rispondendo al quesito «se la condotta di coltivazione di piante, dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, sia penalmente rilevante anche quando sia realizzata per destinazione del prodotto ad uso personale», ha individuato, quali oggettività giuridiche tutelate dal reato di cui all'art. 73 d.P.R. 309/1990, la salute collettiva, ma anche, in parziale continuità con la precedente Cass., Sez. un., 21 settembre 1998, n. 9973, “Krenni”, con nota di AMATO, *Cessione di dose di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante e reato impossibile: intervengono le Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1998, 3232 ss., la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché, da ultimo, la salvaguardia delle giovani generazioni. In proposito, MICHELETTA, *Note sull'offensività e la ragionevolezza di alcune fattispecie penali in materia di stupefacenti*, in *Riv. pen.*, 2001, 750, già, condivisibilmente, osservava che, mentre il bene della salute può ritenersi preesistente alla norma incriminatrice, per converso, i beni della sicurezza e dell'ordine pubblico paiono creati dalla stessa norma penale, quali conseguenze della scelta del legislatore di impedire la circolazione di sostanze stupefacenti; si genera così una tautologia che va a discapito della capacità della norma incriminatrice di selezionare e sottoporre a sanzione penale solo le condotte realmente offensive. Sui beni giuridici tutelati nel diritto penale degli stupefacenti, v., tra gli altri: AMATO-FIDELBO, *I reati in materia di stupefacenti*, in Caputo-Fidelbo (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2012, 306 ss.; BASSO, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, CEDAM, 2010, 17 ss.; GAMBERINI-INSOLERA, in Insolera-Manes (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 2012, 3; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 251.

⁵² Così GAMBARDELLA, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antido-*

fattispecie istigatoria di cui all'art. 82 parrebbe posta primariamente a tutela dell'ordine pubblico e solo indirettamente della salute individuale: con queste premesse, si potrebbe finanche dubitare della possibilità di porre a paragone il disvalore dei due reati, stante una parziale diversità nell'interesse tutelato.

In tale contesto, occorre tuttavia menzionare un arresto delle Sezioni unite che, nel nome del principio di offensività, ha riconosciuto la natura mono-offensiva delle fattispecie penali in materia di stupefacenti⁵³; arresto noto per aver escluso la condotta di "coltivazione domestica" dall'alveo della fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. 309/1990. Più in particolare, le Sezioni unite, richiamandosi ad un precedente della V sezione⁵⁴, hanno proposto una ricostruzione più "riduttiva" del bene giuridico tutelato, da ancorarsi, in particolare, alla tutela della salute, dei consumatori attuali e potenziali, costituzionalmente tutelata all'art. 32⁵⁵.

Se dunque è possibile riconoscere una *omogeneità* a livello dell'interesse tutelato dalle due fattispecie in esame, una analoga conclusione non può altrettanto agevolmente raggiungersi con riferimento alle modalità dell'offesa: è vero che entrambi i delitti sono costruiti secondo il modello del pericolo,

to contro le sostanze velenose, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4.

⁵³ Cass., S.U., 19 dicembre 2019, n. 12348, "Caruso", con nota di COLOMBO, *L'inoffensività della coltivazione domestica di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2021, 61, 2, 657 ss., chiamate a pronunciarsi sul seguente *thema decidendum*: «Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, è sufficiente che la pianta sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato».

⁵⁴ Cass. 1222/2008, "Nicoletti", che, da queste premesse, trae l'esigenza che la condotta tipica del reato di coltivazione illecita abbia come oggetto sostanze aventi il duplice requisito formale, della iscrizione nelle tabelle, e sostanziale, dell'efficacia stupefacente o psicotropa, la quale è coesistente alla offensività del fatto.

⁵⁵ Così hanno argomentato le Sez. un. "Caruso": «L'utilizzazione dello schema del reato di pericolo presunto [n.d.r.: con riferimento al reato di coltivazione] rende superfluo il richiamo a concetti come la sicurezza, l'ordine pubblico o il mercato clandestino, che, con riferimento alla fattispecie in esame, appaiono declinati in forma eccessivamente generica perché privi di un collegamento sufficientemente diretto con quello della salute, il quale trova un solido ancoraggio costituzionale nell'art. 32, che lo qualifica addirittura come diritto soggettivo. Del pari, nessuna autonomia semantica può essere riconosciuta alla "salvaguardia delle giovani generazioni"; locuzione che, per evitare impropri sconfinamenti nel terreno dell'etica, deve intendersi ricompresa nel più generale concetto di salute, non potendo che essere interpretata come «salvaguardia della salute delle giovani generazioni». Al fine di individuare l'oggetto giuridico della tutela, è sufficiente, dunque, riferirsi alla salute, individuale e collettiva, proprio perché la particolare pregnanza di tale valore costituzionale consente che la sua protezione sia anticipata ad un momento precedente a quello dell'effettiva lesione» (v. p. 12 del provvedimento).

ma la soglia della penale rilevanza appare sensibilmente più arretrata con riferimento al reato di cui all'art. 82. Ed in effetti, il rischio di sanzionare, con questa fattispecie, una mera disobbedienza ad un comando statale, svincolata da un effettivo pericolo per il bene giuridico tutelato, è stato presto avvertito dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁶.

5.3. *L'omogeneità/eterogeneità delle fattispecie raffrontate: le modalità dell'offesa.* Fin dagli esordi dell'entrata in vigore del d.P.R. 309/1990, si è esclusa la configurabilità della fattispecie istigatoria di cui all'art. 82 nell'ipotesi di comportamenti direttamente riconducibili all'alveo di tutela dell'art. 21 Cost.⁵⁷, non potendo tali comportamenti giudicarsi concretamente idonei a convincere altri soggetti a fare uso di sostanze stupefacenti.

Nel 2012, la Cassazione penale a Sezioni unite⁵⁸ è intervenuta a delimitare ulteriormente l'ambito applicativo della fattispecie, chiarendone il confine con l'istigazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti ex art. 414 c.p. con specifico riferimento alla casistica della vendita (anche *online*) di semi di canapa⁵⁹: ad avviso delle S.U., una condotta di tal fatta non integra il reato di cui all'art. 82 d.P.R. 309/1990, ma può eventualmente configurare, ricorrendone i presupposti, il delitto di istigazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti ex art. 414 c.p., in quanto «l'istigazione alla coltivazione delle piante da cui sono derivabili stupefacenti solo indirettamente ed eventualmente conduce al consumo di sostanze droganti»⁶⁰.

⁵⁶ Sul punto, v. *ultra* (par. 5.3).

⁵⁷ V., ad esempio, Cass., Sez. VI, 5 marzo 2001, n. 16041, in *Cass. pen.*, 2002, 3848, che, a fronte di una manifestazione di protesta contro presunte forzature poliziesche nell'attività di controllo di alcuni istituti scolastici e ad una dimostrazione politico-culturale favorevole alla liberalizzazione dell'uso delle droghe leggere, ha escluso la ricorrenza del reato in parola sul presupposto che la manifestazione - legittima - della critica alla legislazione vigente in materia di stupefacenti non era idonea a convincere altri soggetti a porre in essere, in concreto, comportamenti vietati dalla legge.

⁵⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 18 ottobre 2012, n. 47604, "Bargelli", con note di: MAGNIN, *Sulla messa in vendita di semi di cannabis*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2628; RENOLDI, *Le Sezioni Unite sulla messa in vendita, via internet, di semi di canapa*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2628.

⁵⁹ Una tale casistica costituiva il campo di applicazione elettivo, se non esclusivo, della fattispecie di cui all'art. 82 d.P.R. 309/1990 (così, v.: Cass., Sez. IV, 23 marzo 2004, n. 22911, in *Cass. pen.* 2005, 9, 2731; Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 32917, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 408; Sez. IV, 19 aprile 2010, n. 15083, in *Dejure*); l'intervento, in senso restrittivo, delle Sez. un. "Bargelli" ha così relegato la fattispecie ad un ruolo ancor più marginale nell'ambito del diritto penale degli stupefacenti.

⁶⁰ L'indirizzo così affermato è stato ripreso da Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2017, n. 8949, in *Guida al diritto*

Insomma, con la fattispecie in esame, il legislatore, nell’ottica di una tutela avanzata della salute pubblica, configura una fattispecie di pericolo cui corrisponde un significativo arretramento della soglia di punibilità: il conflitto con la libertà di cui all’art. 21 Cost. è peraltro accentuato dalla natura dell’attività oggetto dell’istigazione che, a differenza di quanto accade nel delitto di cui all’art. 414 c.p., è del tutto lecita sotto il profilo penalistico⁶¹.

Alla luce di quanto osservato, potrebbe argomentarsi che le caratteristiche dell’art. 82, quale “reato di opinione” connotato da una particolare anticipazione della soglia di penale rilevanza, lo rendano più adatto (rispetto al delitto di cui all’art. 73 co. 5) a realizzare le finalità rieducative della messa alla prova, nonché – per altro verso – a perseguire l’esigenza di evitare il ricorso a pene detentive con riferimento a comportamenti consistenti in un mero esercizio della libertà di espressione⁶². Il che parrebbe confermato dalla

to, 2017, 13, 94, che, nell’ambito di una vicenda cautelare reale, ha ritenuto correttamente ipotizzato il reato di cui all’art. 82 d.P.R. 309/1990, per aver il Tribunale del riesame evidenziato che il sequestro probatorio dei semi e di altro materiale era stato eseguito in un esercizio commerciale e che in quest’ultimo, oltre a centinaia di semi di marijuana e a diversi opuscoli contenenti indicazioni sulla coltivazione degli stessi, erano stati rinvenuti numerosi strumenti utili per il consumo e il confezionamento dello stupefacente. Se ne ricava che, dopo le Sez. un. “Bargelli”, l’operatività del reato di cui all’art. 82 d.P.R. 309/1990 pare relegata alle residuali ipotesi in cui le modalità della condotta di vendita siano tali da indurre pubblicamente non solo alla coltivazione delle piante da cui ricavare lo stupefacente, ma anche al consumo dei prodotti a efficacia drogante da queste ottenibili: si tratterebbe di casi in cui la vendita dei semi di canapa sia accompagnata non solo da indicazioni botaniche circa la coltivazione, bensì pure da precisi consigli pratici sulle modalità per il consumo del prodotto finito.

⁶¹ Come noto, con referendum del 19 aprile 1993, sono state abrogate le norme che criminalizzavano il procacciamento e la detenzione ad uso personale di sostanze stupefacenti: in particolare è stato eliminato l’inciso, contenuto nell’art. 75, co. 1, che escludeva la rilevanza penale della sola ricezione e detenzione di sostanza stupefacente in dose non superiore a quella media giornaliera. Di conseguenza, l’acquisto per uso personale di sostanze stupefacenti è un comportamento illecito (come vietato dal citato art. 75, che contempla a riguardo una sanzione amministrativa), ma non penalmente rilevante. Ne segue altresì che la norma incriminatrice contenuta nell’art. 73 del d.P.R. 309/1990 dev’essere interpretata nel senso di riferire le condotte ivi descritte (limitatamente all’importazione, acquisto o illecita detenzione) alle sole ipotesi in cui emerga la destinazione ad uso di terzi delle sostanze stupefacenti detenute o acquistate.

⁶² È noto come la Corte EDU, nel bilanciamento tra libertà di espressione ex art. 10 CEDU e tutela di altri interessi rilevanti, abbia espresso un giudizio di tendenziale illegittimità della pena detentiva per i reati commessi col mezzo della stampa. L’applicazione di tale tipologia di pena risulta compatibile con l’art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali in cui si verifichi la lesione di *altri* diritti fondamentali, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d’odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza (par. 115). L’orientamento, espresso per la prima volta in Corte EDU, GC, 17 novembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, è stato poi ribadito in successive pronunce: Corte EDU, 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*; 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

presenza, nel catalogo di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., delle due fattispecie istigatorie codicistiche di cui agli artt. 414 e 415 c.p., che sono state reputate dal legislatore adatte per perseguire le finalità della m.a.p.⁶³

Non si ritiene, tuttavia, che tale considerazione possa bastare a supportare la conclusione della ragionevolezza della disparità di trattamento tra le due fattispecie considerate, e ciò per i seguenti ordini di ragioni.

In primo luogo, nessun giudizio triadico di ragionevolezza può andare esente da obiezioni: al contrario, «anche i più rigorosi percorsi argomentativi a sostegno di un rapporto di omogeneità sono stati invero oggetto di critiche, a dimostrazione ulteriore di un livello di complessità tale da rendere sempre e comunque argomentabile una differenza tra le norme sulla base di ulteriori parametri non considerati»⁶⁴.

In secondo luogo, l'omogeneità delle fattispecie considerate resta sostenibile sulla base di solidi argomenti, quali l'identità del bene giuridico tutelato e la strutturazione delle stesse in termini di pericolo. Da ultimo, l'irragionevolezza dell'esclusione dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990 è argomentabile *a fortiori* in ragione della cornice edittale ivi prevista, che, appalesandosi meno elevata di quella connotante il *tertium comparationis*, è sintomatica di una minor gravità del comportamento punito.

6. *I profili di irragionevolezza intrinseca della esclusione della fattispecie dall'ambito della m.a.p.* Si ritiene peraltro che la esclusione della fattispecie di spaccio di lieve entità dall'ambito applicativo della m.a.p. presenti dei profili di irragionevolezza intrinseca⁶⁵ e, come tale, possa essere censurata per

⁶³ Al pari dell'art. 82 d.P.R. 309/1990, anche gli artt. 414 e 415 c.p. sono stati inseriti nel catalogo dei reati suscettibili di citazione diretta a giudizio di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., ad opera del d.lgs. 150/2022, c.d. riforma Cartabia, sulla base dei criteri direttivi di cui alla L. 134/2021. Come si legge nel Dossier Studi della Camera dei Deputati relativo alla legge di delega, «il disegno di legge [...] delega il Governo a estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto della sospensione del procedimento penale con messa alla prova dell'imputato a specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore»; v. Dossier Studi del Senato della Repubblica, *Riforma del processo penale e disciplina della giustizia riparativa d.lgs. 150/2022*, p. 262.

⁶⁴ Così, RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 65.

⁶⁵ Come noto, a partire dalla sentenza 10 novembre 2016, n. 236, la Corte costituzionale ha dato avvio - inizialmente nello specifico ambito dei giudizi sulla misura della pena - ad una rimediazione del sinda-

violazione degli artt. 3 e 27 Cost. senza necessità di “scomodare” un *tertium comparationis* rispetto al quale - come si è detto - sarebbe sempre argomentabile una disomogeneità alla luce di parametri non considerati.

Il punto di partenza è la valorizzazione della “logica” della fattispecie del quinto comma nel quadro del diritto penale degli stupefacenti⁶⁶: sul punto, si

cato di ragionevolezza in materia penale, smarcandosi progressivamente dalla necessità di un *tertium comparationis*: un tale sindacato, se, per un verso, permette alla Consulta di pervenire più agevolmente a sentenze di accoglimento, con sicuro beneficio per la tutela dei diritti fondamentali, per altro verso, si presta ad obiezioni per la apoditticità del percorso argomentativo utilizzato. Tra i commenti alla pronuncia, si vedano: BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019; COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 23, 4, 473 ss.; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, cit.; PULITANO, *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48 ss.; VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 61 ss.

⁶⁶ Introdotta con L. 26 giugno 1990, n. 162, c.d. Iervolino Vassalli, la fattispecie di cui all’art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, accordava un trattamento sanzionatorio di minor entità - distinto in ragione della natura delle sostanze - qualora la fattispecie base, di cui all’art. 73, co. 1, si fosse atteggiata quale «fatto di lieve entità» in ragione dei mezzi, delle modalità o delle circostanze dell’azione, ovvero della qualità e quantità delle sostanze: in particolare, per le droghe leggere, di cui alle tabelle III e IV, era prevista una cornice edittale «da sei mesi a quattro anni»; per le droghe pesanti, di cui alle tabelle I e II, “da uno a sei anni”. Quando, come noto, per effetto della L. 21 febbraio 2006, n. 49, c.d. Fini Giovanardi, venne meno la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, anche il più lieve trattamento sanzionatorio di cui al quinto comma venne unificato, tramite una estensione della cornice edittale prevista per le droghe pesanti anche a quelle leggere. Per mitigare tale robusto aggravio sanzionatorio, seguirono due interventi legislativi che incisero non solo sulla cornice edittale della fattispecie, ma anche sulla sua qualificazione giuridica, che, ad opera della L. 23 dicembre 2013, n. 146, venne espressamente qualificata come autonomo delitto, come tale sottratto al giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 c.p. Per effetto della stessa legge, il massimo edittale venne portato da sei a cinque anni; successivamente, ad opera del d.l. 36/2014 (convertito con modificazioni dalla L. 79/2014), il minimo edittale venne ridotto da un anno a sei mesi, mentre il massimo venne portato da cinque a quattro anni. Circa due mesi dopo quest’ultimo intervento normativo, che aveva portato il massimo edittale a quattro anni, entrò in vigore la L. 67/2014, che introdusse nell’ordinamento giuridico l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, subordinandone l’accesso al non superamento di un preciso massimo edittale, ossia - e forse non causalmente - quattro anni di reclusione. Nel corso del tempo, attorno al quinto comma si sono progressivamente raccolte istanze di riequilibrio della risposta punitiva a fronte delle gravose pene previste per la fattispecie di cui al co. 1, specialmente nel quadro normativo creatosi nel 2006 per effetto dell’equiparazione tra droghe pesanti e droghe leggere. Di queste istanze si è fatta portatrice la giurisprudenza che, complice anche la carenza di determinatezza della norma, ha privilegiato una interpretazione della stessa fondata sulla valorizzazione dell’offensività in concreto della condotta, ritenendo non necessariamente dirimente il dato ponderale della sostanza detenuta o ceduta. L’*excursus* normativo è, per ora, terminato con il già citato decreto Caivano che, nove anni dopo l’ultimo intervento e in controtendenza con le precedenti riforme - dal 2006 in poi, tutte dirette a mitigare la risposta sanzionatoria - ha inciso, per un verso, sulla cornice edittale della fattispecie e, per altro verso, sulla sua formulazione, come si è già chiarito *supra*. Per una disamina ragionata della disciplina del diritto penale degli

è recentemente espressa la Corte costituzionale che, richiamando alcune sentenze della giurisprudenza di legittimità, ha riconosciuto, quale intento di questa autonoma figura di reato, quello di sottrarre fatti di ridotta offensività al regime sanzionatorio previsto dall'art. 73 d.P.R. 309/1990 «nella prospettiva di rendere il sistema repressivo in materia di stupefacenti maggiormente rispondente ai principi sanciti dall'art. 27 Cost.»⁶⁷.

Posto questo stretto nesso funzionale tra lo “spaccio di lieve entità” e il finalismo rieducativo della pena, a chi scrive sembra doveroso riconoscere la intrinseca irragionevolezza dell'esclusione di tale fattispecie dalla disciplina della m.a.p.: a fronte dell'esistenza di un istituto introdotto per dichiarate finalità di risocializzazione⁶⁸ limitatamente a reati di scarsa offensività, è precluso l'accesso allo stesso in presenza di un reato che non solo è per definizione “di lieve entità” avuto riguardo alle circostanze del fatto concreto, ma anche – qualora si pensi alla fattispecie di cui al primo periodo del quinto comma – connotato da “occasionalità”⁶⁹.

stupefacenti, v. DONELLI, *Circostanze del reato e “tipicità negata” nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1879 ss., che dà atto di come la ragionevolezza dell'intero sistema punitivo sia retta proprio sulla fattispecie di cui al comma 5 che, per la sua indeterminatezza, sarebbe da ritenersi essa stessa incostituzionale.

⁶⁷ Così, Corte cost., 19 marzo 2024, n. 43, in cui la Consulta è tornata sul tema delle presunzioni assolute di pericolosità a carico degli immigrati, dichiarando l'incostituzionalità del meccanismo di esclusione dello straniero condannato per “piccolo spaccio” dalle procedure di regolarizzazione lavorativa previste dalla normativa in vigore per l'emergenza pandemica; v. il commento di VENTUROLI, *Un'ulteriore presunzione assoluta di pericolosità del migrante sotto l'attacco della ragionevolezza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2024, 537 ss.

⁶⁸ Sotto questo profilo, si rileva come lo smarcamento del giudizio di ragionevolezza dall'ausilio di un *tertium comparationis* sia stato reso possibile proprio dalla valorizzazione del finalismo rieducativo della pena ex art. 27, co. 3 Cost., sul presupposto che, nel caso in cui la sanzione penale sia abnorme rispetto al fatto di reato posto in essere, il condannato si renderà indisponibile ai propositi recuperativi offerti dall'ordinamento mediante l'apposito apparato penitenziario, in quanto profondamente consapevole dell'ingiustizia arrecatogli da una risposta sanzionatoria eccessiva. Per questa via, disancorando il giudizio di proporzione dallo schema triadico del *tertium comparationis*, l'attenzione del giudice costituzionale si focalizza sulla conformità della disposizione normativa alla sua “causa interna”. Così FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in Cartabia-Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI convegno della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Milano-Bicocca, Milano, 2009, 144-145.

⁶⁹ Questo schema argomentativo, che sindacava la ragionevolezza dell'esclusione di un determinato reato (o categoria di reati) dall'alveo di un istituto di *favor* sulla *ratio* dell'istituto stesso, è stato recentemente usato in Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156, che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis c.p. laddove non consente l'applicazione dell'esimente per quei reati per cui non è stabilito un minimo edittale di pena detentiva (con conseguente applicazione della misura minima di 15 giorni di reclusione) e, tuttavia, è previsto un massimo superiore a cinque anni. In proposito, la Corte ha osservato che «l'opzione del legislatore di consentire l'irrogazione della pena detentiva nella misura minima asso-

Si è già sottolineato⁷⁰ come la m.a.p. rappresenti una “porta di accesso” della giustizia riparativa latamente intesa nel procedimento penale, giacché, attraverso di essa, lo Stato rinuncia ad esercitare la pretesa punitiva, optando per una risoluzione “alternativa” del conflitto creatosi tra il reo e la società, in piena sintonia con le direttrici costituzionali di sussidiarietà penale e del finalismo rieducativo della pena.

Insomma, in un contesto storico ed ambientale in cui il perseguimento della funzione rieducativa “costituisce più un mito che una realtà”⁷¹ - attese anche le insufficienze strutturali del sistema carcerario italiano, più volte oggetto di condanne da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell’art. 3 della Convenzione⁷² - la m.a.p., accompagnando il reo in un percorso di riabilitazione e reinserimento sociale, permette allo stesso di comprendere il disvalore del comportamento serbato non solo facilitandone il recupero e riconciliandolo con la società, ma anche evitandogli il danno che può derivargli dalla detenzione in carcere⁷³.

luta rileva inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività». È come se la Corte dicesse: posto che lo scopo dell’art. 131-bis c.p. è di evitare che vengano puniti fatti di offensività talmente lieve da far apparire sproporzionata qualunque sanzione, non ha senso escludere dall’ambito di applicazione del citato articolo quei fatti che, già astrattamente, il legislatore considera inoffensivi. Così, VALENTE, *Ragionevolezza intrinseca e particolare tenuità del fatto: la Corte allarga i presupposti applicativi dell’art. 131-bis c.p. con un intervento solo apparentemente a “rime adeguate”*, in *Cass. pen.*, 2021, 6, 2015 ss.

⁷⁰ V. par. 5.1.

⁷¹ Significative le riflessioni di FERRUA, a mente del quale «Credo poco alla funzione rieducativa della pena; mi accontenterei che non fosse troppo diseducativa, criminogena (come spesso è di fatto)», in *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Questione Giustizia*, 1991, 1, 34; così, anche DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 467 ss.

⁷² Si è già menzionata la sentenza pilota Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, che ha riconosciuto la natura strutturale della violazione dell’art. 3 CEDU in ragione delle gravi mancanze della situazione carceraria italiana; a dimostrazione della persistenza del problema, si veda anche la recentissima Corte EDU, 9 novembre 2023, Riela c. Italia, che ha riconosciuto una violazione del medesimo art. a causa della inadeguatezza delle cure sanitarie in carcere.

⁷³ Come noto, l’istituto ruota intorno al programma di rieducazione predisposto dall’Ufficio di esecuzione penale esterna, il cui scopo è stato precisato dalla Corte di cassazione in questi termini: «L’essenza dell’istituto in esame non può ricollegarsi al solo fatto materiale di consentire all’imputato di vedere estinto il reato del quale è chiamato a rispondere, ma ha radici ben più profonde (e nobili) che tendono all’eliminazione delle tendenze di condotta anti-giuridica del soggetto»; in quest’ottica, «l’esigenza di rieducazione rappresenta un beneficio non solo per l’imputato, ma anche per la collettività» (v. Cass., Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, “Allotta”, in *Guida al diritto*, 2015, 25, 97).

Non a caso, come recentemente ricordato dallo stesso giudice delle leggi⁷⁴, è stato possibile riconoscere un *favor* per l'applicazione dell'istituto in esame, non solo nella più recente stagione di riforme legislative⁷⁵, ma anche nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, intervenuta sul punto con diverse sentenze di accoglimento con l'effetto di estendere l'ambito applicativo della m.a.p.⁷⁶.

Alla luce della *ratio* costituzionale dell'istituto, sottolineata in più occasioni dalla stessa Consulta⁷⁷, l'astratta preclusione della possibilità di accesso

⁷⁴ Il riferimento è a Corte cost. 146/2023, con nota di AIUTI-PENCO, *Omicidio stradale attenuato e messa alla prova*, cit., con cui si è riconosciuta la legittimità costituzionale dell'art. 168-bis, co. 1 c.p., nella parte in cui non consente l'astratta ammissibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato in ipotesi di omicidio stradale allorché non ricorra alcuna aggravante e sussistano gli estremi dell'attenuante ad effetto speciale del concorso di colpa della vittima nella causazione del sinistro mortale. La questione di costituzionalità nasceva dal rilievo che i presupposti applicativi dell'istituto in esame fanno esclusivo riferimento alla cornice edittale della fattispecie di reato, senza prendere in considerazione circostanze aggravanti o attenuanti eventualmente contestate, nemmeno quelle ad effetto speciale, seppur suscettibili di incidere grandemente sulla misura della pena.

⁷⁵ Il riferimento è, come accennato, al d.lgs. 150/2022, c.d. riforma Cartabia, che, estendendo l'elenco dei reati a citazione diretta di cui all'art. 550, co. 2, c.p.p., ha indirettamente ampliato l'ambito applicativo della m.a.p. ad ulteriori quaranta nuovi titoli di reato; a testimonianza di questo *favor* per l'istituto in parola depono anche l'introduzione, all'art. 464-ter, co. 1, c.p.p., di una nuova forma di m.a.p. proponibile dal PM nel corso delle indagini preliminari.

⁷⁶ In particolare, come ricordato nella già menzionata Corte cost. 146/2023 (quest'ultima di rigetto), «...è stata riconosciuta la possibilità per l'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito della nuova contestazione di una circostanza aggravante (sent. n. 141/2018) ovvero di modifica dell'originaria imputazione (sent. n. 14/2020). Inoltre, in caso di reato connesso contestato in dibattimento, è stata riconosciuta, all'imputato che inizialmente non abbia presentato richiesta di messa alla prova la facoltà di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova con riferimento a tutti i reati contestatigli (sent. n. 146/2022). Più recentemente, l'art. 168-bis, co. 4, c.p., è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ipotesi in cui si proceda per reati connessi (ex art. 12, co. 1, lett. b, c.p.p.) con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso (sent. n. 174/2022), così superando il limite della concedibilità del beneficio per una sola volta. È possibile anche una seconda richiesta di messa alla prova se riferita ad un reato connesso a quello per il quale una precedente richiesta è già stata accolta».

⁷⁷ La Corte costituzionale, valorizzando la *ratio* costituzionale dell'istituto, ha sottolineato che «è irragionevole e contrario al principio costituzionale della finalità rieducativa della pena che i provvedimenti sulla messa alla prova siano menzionati nei certificati penali richiesti dalla persona interessata: la menzione si risolve in un ostacolo al reinserimento sociale del soggetto che abbia ottenuto, e poi concluso con successo, la messa alla prova poiché può creargli più che prevedibili difficoltà nell'accesso a nuove opportunità lavorative»; così, Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, con nota di PERONI, *La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 25, 7, 955 ss., che ha dichiarato l'illegittimità delle norme sul casellario giudiziale (artt. 24, co. 1 e 25, co. 1 d.P.R. 313/2002) nella parte in cui imponevano di riportare nel certificato generale e in quello del casellario, richiesti dall'interessato, sia l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova

all'istituto per il reato di spaccio di lieve entità per mero superamento del limite edittale pare porsi in contrasto con il finalismo rieducativo della pena, nella misura in cui priva a monte il giudice della possibilità di valutare, nel caso concreto, la ricorrenza dei presupposti applicativi della m.a.p. diversi dal *limite edittale massimo*: vale a dire, in particolare, la *idoneità del programma di trattamento proposto ad assicurare il reinserimento sociale* dell'imputato, nonché la *positività della prognosi di non recidiva*; elementi da valutarsi, come noto, alla luce dei parametri di cui all'art. 133 c.p., ossia considerando, da un lato, la gravità del reato e, dall'altro, la capacità a delinquere dell'imputato per come dimostrata durante e dopo la commissione del reato. In quest'ottica, l'astratta preclusione del quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 dall'ambito applicativo della m.a.p. impedisce di verificare il rispetto dei suddetti requisiti in situazioni in cui, in base a un criterio di "*id quod plerumque accidit*", tale valutazione avrebbe presumibilmente esito positivo⁷⁸, considerato che l'ipotesi di "lieve entità" viene riconosciuta soltanto laddove, in base ad un esame globale del fatto, quest'ultimo possa ritenersi scarsamente offensivo in considerazione dei mezzi, delle modalità o delle circostanze dell'azione ovvero della qualità e quantità delle sostanze; indici che, specie se riferiti ad una condotta "occasionale" (quale quella prevista al primo periodo del quinto comma), già di per sé denotano una scarsa gravità dell'illecito penale ed una ridotta capacità a delinquere del reo, che dovranno essere senz'altro valorizzati positivamente nel giudizio prognostico di non recidiva.

7. Considerazioni conclusive: nell'auspicio di un intervento additivo del giudice delle leggi. In definitiva, è senz'altro vero che, nel sindacare l'irragionevolezza della esclusione dello spaccio di lieve entità dalla m.a.p., la

dell'imputato sia, implicitamente, anche la sentenza che dichiara l'estinzione del reato per il buon esito della prova.

⁷⁸ La Corte costituzionale, come noto, ha a più riprese confermato che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) siano "manifestamente irragionevoli" in considerazione del fatto che non riflettono l'*id quod plerumque accidit*. Così, MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 99.

Consulta si trova ad operare su di un terreno scivoloso stante il rischio di sconfinare nella discrezionalità legislativa. Peraltro, un rapido sguardo alla giurisprudenza costituzionale che si è occupata di sindacare la legittimità di disposizioni che prevedono l'inclusione/l'esclusione di fattispecie di reato nominalmente richiamate dal perimetro applicativo di un istituto⁷⁹ permette di confermare quanto or ora ricordato.

Anzi, se già la Corte costituzionale è parsa restia a ritenere irragionevole l'inclusione di un certo reato all'interno di un elenco di illeciti penali che ostano o che permettono l'applicazione di un certo istituto⁸⁰, è chiaro come ancor più problematica risulti, a causa del rischio di invadere la *political question*, la possibilità di sindacare la *mancata ricomprensione* di una certa figura di reato in "cataloghi" di tal fatta. Se infatti, nel primo caso, la Corte è investita della richiesta di espungere dal catalogo uno dei reati ivi previsti tramite un intervento meramente demolitorio, nella seconda casistica, per

⁷⁹ Si è osservato come questa tecnica di tipizzazione rappresenti ormai una sorta di "abito mentale del legislatore" che tende ad incidere su istituti di parte generale, per il tramite della previsione di elenchi di reati inclusi o esclusi dal loro ambito applicativo. Tali riforme, prive di una visione d'insieme del sistema e dei principi di politica criminale, ingenerano gravi tensioni con il principio di uguaglianza, giacché «la ragione dell'esclusione/inclusione non ha quasi mai niente a che fare con la *ratio* o la funzione dell'istituto ma dipende piuttosto dal grado di "attenzione" con cui spesso momentaneamente si guarda a quel determinato tipo o fenomeno criminoso»: PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della Legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, 57, 4, 1722 ss. Questa tecnica di tipizzazione crea grossi problemi sotto il profilo del sindacato costituzionale di ragionevolezza, essendo imperscrutabile la ragione dell'esclusione o dell'inclusione di questo o quel titolo di reato.

⁸⁰ Un esempio di questo *trend* è Corte cost., 5 marzo 2021, n. 30, che ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 131-*bis* c.p. nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'istituto alla fattispecie di "oltraggio a pubblico ufficiale", ritenendo infondate le censure proposte dai Giudici *a quibus* in punto di irragionevolezza intrinseca della descritta preclusione rispetto a delitti apparentemente omogenei a quello di resistenza a pubblico ufficiale dal punto di vista dell'interesse tutelato, ai quali, invece, la tenuità del fatto risulta applicabile; secondo la Consulta, infatti, i delitti invocati quali *tertia comparationis* sarebbero incoerenti rispetto a quello di resistenza a pubblico ufficiale, che sarebbe invero caratterizzato da una maggiore ampiezza del bene giuridico tutelato, costituito non solo dal normale funzionamento della pubblica amministrazione, ma anche da «la sicurezza e la libertà di determinazione delle persone fisiche che esercitano le pubbliche funzioni», con conseguente impossibilità di «impostare il giudizio comparativo». Per un acuto commento, si veda VALENTE, *La Consulta ritiene legittima l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema?*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 3, 71, il quale rileva come - a differenza di altre pronunce in cui sono state portate all'attenzione della Consulta disposizioni contenenti elenchi di reati esclusi oppure inclusi dall'alveo applicativo di un istituto - in questo caso, la Corte costituzionale non abbia individuato, a ben vedere, una valida ragione fondata sulla *ratio* dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. per giustificare l'esclusione della fattispecie di cui all'art. 337 c.p., ma si sia limitata a fare leva su argomenti di mera prevenzione generale.

contro, si chiede alla Consulta una ben più penetrante azione manipolativa additiva.

In questo senso, non si può escludere che il giudice delle leggi si limiti, per ora, a rivolgere un *monito* al legislatore. Un simile epilogo si è del resto recentemente raggiunto con l'ultima pronuncia della Consulta in materia di m.a.p.⁸¹, dove sono state respinte le doglianze del giudice rimettente, ritenendo che la scelta di non considerare alcuna delle circostanze attenuanti, nemmeno quelle ad effetto speciale, nell'individuazione dei reati suscettibili di messa alla prova, fosse una "scelta di politica criminale rimessa alla discrezionalità del legislatore"⁸². Quest'ultima pronuncia si conclude tuttavia con l'auspicio, nei confronti del legislatore, «di una più ampia ammissibilità del beneficio [...] anche per reati che sono decisamente meno gravi proprio in applicazione di attenuanti ad effetto speciale».

Tuttavia, a differenza di quest'ultima sentenza, nel caso in parola si è argomentato come la esclusione della fattispecie costituisca un effetto che pare non solo "non voluto", ma anche del tutto *distonico* rispetto ai più recenti *trend* del legislatore e della giurisprudenza costituzionale: in tale ottica riportare lo spaccio di lieve entità entro l'alveo della m.a.p. non rappresenterebbe un travalicamento nella discrezionalità legislativa, ma permetterebbe di "neutralizzare" quella che appare a tutti gli effetti una "svista" del legislatore del 2023, il quale, principalmente preoccupato da obiettivi securitari, ha mostrato poca attenzione nel coordinamento tra norme nuove ed istituti già esistenti⁸³.

⁸¹ Il riferimento è a Corte cost. 146/2023 (v. nota 74).

⁸² La Consulta così argomenta: «Il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità a lui riservata, ha non irragionevolmente fissato una soglia di pena massima irrogabile, quale discrimine per l'accesso al beneficio della messa alla prova, e ciò ha fatto con riferimento a quella edittale, prevista per il reato base non circostanziato, senza quindi dare rilievo alle circostanze né aggravanti né attenuanti, quantunque ad effetto speciale».

⁸³ La tesi della "svista" del legislatore pare confortata dai seguenti argomenti. In primo luogo, come evidenziato anche dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione, secondo un passaggio del Dossier del Servizio Studi del Senato la modifica della sanzione edittale del reato di "piccolo spaccio" è giustificata dall'esigenza di applicare, anche in queste ipotesi, la misura cautelare custodiale. In secondo luogo, va rilevato come lo stesso decreto Caivano abbia inteso fare affidamento, in una certa misura, sulla m.a.p.: il riferimento è, in particolare, all'introduzione di un nuovo art. 27-*bis* del d.P.R. 488/1988, che disciplina una m.a.p. "semplificata" nell'ambito dei reati commessi da persone minori d'età. Di conseguenza, se vi fosse stata una specifica volontà legislativa diretta ad escludere il piccolo spaccio dalla m.a.p. per

Nel caso *de quo* l'intervento *manipolativo additivo* della Consulta rispetto all'art. 168-*bis*, co. 1 c.p., sarebbe altresì "guidato" dalla presenza di un *tertium comparationis*, individuabile, come si è visto, nell'art. 82, d.P.R. 309/1990: quest'ultimo, invero, nonostante taluni residuali aspetti di disomogeneità rispetto al "piccolo spaccio", permetterebbe di "vincolare" maggiormente l'esito argomentativo prospettato, con una conseguente riduzione del rischio di sconfinare nella discrezionalità del decisore politico.

l'imputato maggiorenne, è probabile che se ne sarebbe trovata traccia nei lavori preparatori.