MARCO EDGARDO FLORIO

La lotta agli stupefacenti: quali spazi per l'abbandono del proibizionismo alla luce del diritto internazionale ed europeo?

Lo scritto esamina le possibilità di superare l'attuale regime proibizionista in fatto di stupefacenti (in considerazione dei suoi molti fallimenti), alla luce degli obblighi europei e internazionali che insistono sulla materia. In tal modo si vuol cercare soprattutto di offrire una prima disamina compiuta di lingua italiana che affronti il problema del “*room under international (and EU) law*” circa l'adozione di modelli regolatori differenti, in modo da permettere in futuro di valutare più a fondo la realizzabilità di soluzioni riformistiche “forti”.

The fight against drugs: what room is there for abandoning prohibitionism in light of international and European law?

The paper examines the possibilities of overcoming the current prohibitionist regime on drugs, in light of European and international obligations on the matter. The main aim is to offer a comprehensive initial analysis in Italian addressing the issue of the “room under international (and EU) law” with regard to the adoption of different regulatory models, so that the feasibility of ‘strong’ reform solutions can be assessed more thoroughly in the future.

SOMMARIO: 1. La lotta agli stupefacenti: storia di una *débâcle*. - 2. La necessità di una riforma radicale del sistema repressivo approntato: tra modelli riformistici “deboli” e “forti”. - 3. Il necessario confronto con i vincoli promananti dal diritto UE e internazionale. - 3.1. I vincoli (all'apparenza) promananti dal diritto internazionale. - 3.2. I vincoli (all'apparenza) promananti dal diritto UE. - 4. Scenari per il superamento del proibizionismo. - 4.1. Una modifica in senso restrittivo delle Convenzioni e degli atti dell'UE. - 4.2. La modifica dello *status* di alcune sostanze negli elenchi. - 4.3. La contestazione delle Convenzioni delle NU, con abbandono e successiva (eventuale) riadesione (con riserva). - 4.4. Il ricorso alle “clausole di salvezza” contenute negli atti normativi dell'UE e nelle Convenzioni internazionali. - 4.4.1. La protezione della salute pubblica e l'eccezione relativa ad un utilizzo finalizzato a “scopi medici” e/o “scientifici”. - 4.4.2. Il limite dei “principi costituzionali” e dei “concetti fondamentali” nel quadro delle Convenzioni internazionali. - 4.4.3. L'adozione di una politica di legalizzazione e la sua ventilata incompatibilità con la previsione di cui all'art. 2 della decisione-quadro 2004/757/GAI e con l'*acquis* di Schengen. - 4.5. L'adozione di una politica di tolleranza *in action* per ragioni d'efficienza o di opportunità. - 4.6. La possibilità di profilare l'esistenza di un conflitto con le obbligazioni in materia di tutela dei diritti umani. - 4.7. Una modifica *inter se* delle Convenzioni. - 5. Osservazione conclusive.

1. *La lotta agli stupefacenti: storia di una débâclé.* Com'è noto, il diritto penale degli stupefacenti è un prodotto della modernità, trattandosi di una delle

branche del diritto penale di più recente conio¹ in quasi tutti i sistemi giuridici del mondo (ove la materia è stata interessata, nel corso di poco più di un secolo di storia, da una produzione normativa a dir poco alluvionale e via via sempre più repressiva)², a fronte della situazione di generalizzata liberalizzazione che ha dominato la scena nelle epoche precedenti (anche in Italia)³.

Dalla sua emersione nelle prime propaggini del XX secolo sino ad oggi, però, tale ramo del diritto non ha fatto altro che accumulare fallimenti. La notevole severità che connota la materia in pressoché tutti i sistemi giuridici del mondo in cui il proibizionismo ha attecchito (la quasi totalità, incluso quello italiano), invero, non ha sin qui prodotto alcun ritorno, né dal punto di vista della riduzione del consumo di sostanze stupefacenti, né sotto il profilo del contrasto

¹ Anche qualora lo si metta a confronto con i sotto-settori del diritto penale economico, i cui «istituti si sono» notoriamente «affacciati [...] in tempi» assai «recenti e nell'ambito delle istituzioni dell'economia capitalistica avanzata», quindi «pressoché sempre dopo la prima rivoluzione industriale» [cfr. ALESSANDRI, *Reati nelle procedure concorsuali*, in Seminara-Alessandri (a cura di), *Diritto penale commerciale*, IV, Torino, 2023, 1], il diritto penale degli stupefacenti non può che apparire all'interprete come un diritto molto "giovane". Con radici più antiche si presentano ad es. anche il diritto penale tributario, esistente sostanzialmente, sia pur in una forma embrionale, già in epoca premoderna [cfr. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in Grosso-Padovani-Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVII, Milano, 2010, 5, nt. 14], come pure il "diritto della crisi d'impresa", in rapporto di sostanziale continuità con il diritto "fallimentare" medioevale (ma potrebbe a giudizio di alcuni forse risalirsi ancor più indietro nel tempo) [ID., *Reati nelle procedure concorsuali*, cit., 2 ss.].

² Sulla produzione normativa in materia di stupefacenti che si è succeduta nei vari Stati contemporanei non avremo qui modo d'intrattenerci. Per un approfondita ricostruzione della nascita di questa era del "controllo" a livello globale e per uno "spaccato" sulla storia dei vari provvedimenti legislativi che si sono succeduti nel vietare e sanzionare penalmente la produzione, il traffico e l'uso di sostanze psicotrope all'interno dei principali sistemi giuridici occidentali, si v. *amplius* MUSTO, *The American Disease: Origins of Narcotic Control*, Oxford, 1987, 54 ss., 91 ss., 273 ss.; MEASHAM-SOUTH, *Drugs, Alcohol, and Crime*, in Maguire-Morgan-Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 2012, 686 ss.; ACKER, *Creating the American Junkie: Addiction Research in the Classic Era of Narcotic Control*, Baltimore, 2002, *passim*; BARTON, *Illicit Drugs. Use and Control*, London, 2011, 18 ss.; DAVENPORT-HINES, *The Pursuit of Oblivion. A social History of Drugs*, London, 2001, *passim*; RETAILLAUD-BAJAC, *Les paradis perdus: drogues et usagers de drogues dans la France de l'entre-deux-guerres*, Rennes, 2009, *passim*; BREWSTER, *Culture of cannabis control. An International Comparison of Policy Making*, Bristol, 2023, 33 ss., 145 ss.; MAUBACH, *Die Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol und Cannabis. Eine vergleichende kriminologische und normative Analyse*, Baden-Baden, 2022, 282 ss., 299 ss.; SILVA FORNÉ, *Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación en España*, Barcelona, 2018, 313 ss.; NENCINI, *La minaccia stupefacente. Storia politica della droga in Italia*, Bologna, 2017, *passim*.

³ Per un esame più approfondito dello sviluppo storico di tale branca del diritto penale in Italia si consenta di rinviare anche al nostro M.E. FLORIO, *La disciplina penale degli stupefacenti: sviluppi storici, linee portanti e permanenti criticità*, in Spangher-Della Ragione (a cura di), *Diritto e procedura penale degli stupefacenti*, Milano, 2025, *passim* (in corso di pubblicazione).

alla loro diffusione: la guerra alle droghe si è anzi rivelata, per opinione pressoché unanime, un'autentica *débâclé*, una "crociata" fallimentare sotto ogni punto di vista (da noi come altrove)⁴.

Impietoso (ma del tutto fondato) appare perciò il giudizio critico di chi ha visto nella «legislazione contro la droga», ad oggi, la «principale delle leggi insensate e criminogene», un «clamoroso esempio di irrazionalità penalistica». Del resto, se ci si limita a guardare alla realtà del nostro ordinamento, si può indubbiamente osservare che, se di «solito le leggi penali speciali si giustificano» in Italia «quanto meno con l'argomento della loro maggiore efficacia nelle funzioni di difesa sociale e di prevenzione dei delitti», nel «caso delle» nostre «leggi sulla droga, invece, al costo della repressione penale, rappresentato dalla reclusione di oltre un terzo della popolazione carceraria e dai relativi processi, si è aggiunto il costo dell'aggravamento di tutti i difficili e drammatici problemi generati dalle ottuse politiche proibizionistiche: il monopolio criminale della produzione e del commercio della droga; lo sviluppo fiorente del crimine organizzato e i giganteschi profitti determinati dal narcotraffico; la clandestinizzazione dei tossicodipendenti e quindi la loro fuga dalle terapie, dall'assistenza pubblica e dalla solidarietà sociale; la loro penosa omertà con i trafficanti e la loro integrazione nel mondo della droga; il loro incoraggiamento e talora la loro costrizione, per procurarsi la droga, a trasformarsi in piccoli spacciatori; la loro totale dipendenza dal mercato criminale e il conseguente aumento della grande criminalità del traffico come della criminalità subalterna del piccolo spaccio; l'inutile spreco di energie della giustizia e delle forze di polizia; l'ingolfamento dell'intera macchina giudiziaria e perciò la inefficienza e la vergognosa durata dei processi»⁵.

⁴ Come rileva da noi CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2014, 598. Ciò vale però anche per praticamente tutti gli altri sistemi giuridici del mondo. Come registra COHEN, *La commissione Hulsman e il modello di profitto delle droghe illegali. Breve storia di una inquisizione (2021)*, in Corleone-Zuffa (a cura di), *Dalla parte della ragione. Scritti sulle droghe per Fuoriluogo e altri saggi*, Ortona, 2023, 124 s., «la politica delle droghe è» stata sin qui «alimentata da una serie di radicate finzioni espresse in forma di *slogan*, che hanno» avuto «lo scopo di sviare dal fatto che la politica basata sulla proibizione» si è rivelata «una farsa che ha prodotto fallimenti in tutto il mondo». Sul tema cfr. *amplius* MALLEA, *The War on Drugs. A Failed Experiment*, Toronto, 2014, *passim*; INKSTER-COMOLLI, *Drugs, Insecurity and Failed States. The Problems of Prohibition*, London, 2012, *passim*.

⁵ Questo il giudizio critico di FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*,

2. *La necessità di una riforma radicale del sistema repressivo approntato: tra modelli riformistici “deboli” e “forti”.* Se questi sono i perniciosi effetti che il proibizionismo ha sino ad oggi generato (e non vi è probabilmente modo di contestarlo), non c’è dunque da stupirsi se anche nella nostra letteratura (come, per vero, in quella di molti altri Stati già accade da tempo) si stiano da qualche tempo a questa parte iniziando a registrare crescenti consensi sulla necessità di addivenire ad un radicale cambio di rotta, ad un abbandono di questo modello regolatorio. Non tutti, però sono dell’idea che il proibizionismo potrebbe (e ancor prima dovrebbe) essere realmente abbandonato⁶, e secondo quella che ancora oggi parrebbe essere l’idea prevalente, per correggere le storture che unanimemente si ritiene affliggano la materia, basterebbe verosimilmente intervenire a modificare la caotica fattura della nostra disciplina di dettaglio (che di sistematico ha per la verità avuto sin qui davvero ben poco), senza dover necessariamente andare a ritoccare, sin dalle sue fondamenta, il modello regolatorio cui essa si ispira.

Pur nella pressoché unanime stigmatizzazione delle molte “storture” derivanti dall’attuale modello di criminalizzazione degli stupefacenti adottato in Italia e all’estero, le opinioni dei nostri interpreti (ma lo stesso accade in vari altri ordinamenti) oscillano dunque, ancora oggi, tra la prospettazione di soluzioni riformistiche “deboli” e “forti”, registrandosi: a) sia posizioni molto più “conservatrici”, orientate in linea di massima ad un mantenimento del regime esistente, sia pur, in alcuni casi, opportunamente rimodulato per correggerne (se non altro) alcune delle principali storture⁷; b) sia tesi assai più “eversive”, in quanto propense ad un generale ripensamento di tale branca del diritto, nella direzione di una sua radicale eliminazione o perlomeno di una sua significati-

Roma-Bari, 2024, 290 s.

⁶ Per una difesa del “proibizionismo”, si v., ad es., la posizione di MANTOVANI, *Droga: male oscuro della vita e della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2010, 57 ss. (da noi), come pure gli scetticismi espressi in Germania da DUTTGE-STEUER, *Legalisierung von Cannabis: Verkonnt Deutschland zu einer berauschten Gesellschaft?*, in *ZRP*, 2014, 181 ss.

⁷ Cfr. GAMBARDELLA, *Prefazione*, in Miglio-Simonetti, *Stupefacenti. Manuale pratico-operativo*, Santarcangelo di Romagna, 2024, 19, cogliendo la necessità di «un approfondito dibattito pubblico sul tema della legalizzazione delle droghe leggere, per quanto concerne le condotte di detenzione per fini di consumo personale» soltanto.

va contrazione, tramite forme di legalizzazione, liberalizzazione o decriminalizzazione variamente concepite e attuate⁸.

Nella prima direzione sembra muoversi ad es. chi si propone, in una prospettiva ben più cauta e circoscritta, soprattutto, di «emancipare la disciplina penale degli stupefacenti dall’onnipresente paradigma di tutela “iperpubblicistico”, fondato sulla salute pubblica e sull’ordine pubblico; così da poter ripensare» quantomeno «le cornici sanzionatorie per alcune condotte [...], che non sembrano rispondere al principio di proporzione»⁹. In questa categoria - quella dei modelli riformistici che abbiamo definito “deboli” - si rinvergono verosimilmente anche le proposte avanzate dai fautori di politiche orientate ad una mera “riduzione del danno”, le quali si situano, in effetti, pur sempre entro una crinale proibizionista e non già oltre i confini di tale regime¹⁰.

Un radicale abbandono del proibizionismo è invece da tempo sollecitato e sostenuto da alcuni interpreti (molti filosofi e criminologi, ma anche innumerevoli giuristi), che si battono in favore di una più generalizzata liberalizzazione e/o (probabilmente con maggior fondamento) di una legalizzazione (di

⁸ Sulla legalizzazione come strada in generale plausibile, si v. *amplius* il volume della TRANSFORM DRUG POLICY FOUNDATION, *Dopo la guerra alla droga. Un piano per la regolamentazione legale delle droghe*, Roma, 2010, *passim*.

⁹ Cfr. in tal senso GAMBARDELLA, *Prefazione*, cit., 14 ss., che propone principalmente di «dislocare alcune tipologie di condotte illecite in materia di stupefacenti all’interno del codice penale, nell’ambito dei delitti contro la persona», di «isolare nel sottosistema degli stupefacenti condotte in cui è assente l’aspetto, il carattere pubblicistico di tutela penale, legato alla protezione della salute pubblica, all’ordine pubblico e alla repressione del mercato illegale» (la c.d. “coltivazione domestica” di droghe “leggere”; il fatto di lieve entità avente ad oggetto esclusivamente droghe “leggere” cedute a persona maggiorenne; la detenzione di un numero limitatissimo di dosi di *marijuana* destinate alla illecita cessione a terzi, in cui l’autore del reato non sia peraltro collegato alla criminalità organizzata), nei cui confronti si dovrebbe sperimentare «l’impiego - sotto il profilo della tecnica di configurazione della fattispecie - di ipotesi (figure) di “pericolo individuale”, emancipando tali fattispecie criminose dal paradigma “iperpubblicistico” di contrasto alla produzione e traffico di stupefacenti, valorizzando qui la messa in pericolo della salute del singolo individuo (assuntore, tossicodipendente, tossicofilo che sia)». Proposta articolata più ampiamente già in ID., *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in *Cass. pen.*, 2, 2020, 449 ss. Per ulteriori proposte di riforma (altrettanto settoriali), si v. anche GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015, 129 ss.

¹⁰ Sulle politiche di riduzione del danno, si v. *amplius* HAYLE, *International Drug Policy*, cit., cap. 9 e 267 (qui anche per l’osservazione che «quando vengono adottate politiche di riduzione del danno, queste non modificano né annullano le leggi proibizionistiche esistenti»).

ogni sostanza, “leggera” o “pesante” che sia, o quantomeno delle prime)¹¹, come pure da una parte crescente dell’opinione pubblica (italiana e stranie-

¹¹ Così, ad es., FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 294 s. (già prima in ID., *Proibizionismo e diritto*, in L. Manconi (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Milano, 1991, 133 ss.), pare a favore di una completa «liberalizzazione [...] delle droghe leggere, come quelle formate dai derivati della canapa indiana, nonché dell’uso personale di droghe che non rechino danni ad altri ma solo a se medesimi e, insieme», patrocinando «la legalizzazione della vendita, in farmacia, delle droghe pesanti, distribuibili sulla base di controlli e prescrizioni mediche», posto che «[u]na simile liberalizzazione» - ritiene l’A. - «avrebbe solo effetti benefici». A nostro avviso è però forse più condivisibile l’idea di chi, come TINCANI, *Perché l’antiproibizionismo è logico (e morale)*, Milano, 2012, 18 s., ritiene che in ogni caso «gli stupefacenti adesso proibiti» dovrebbero «essere legalizzati, non liberalizzati» (che si tratti di droghe pesanti o leggere); che insomma non «vi siano motivi per trattare gli stupefacenti» (ogni stupefacente) «in maniera diversa da come il diritto tratta tutti gli altri prodotti in vendita sul mercato legale, sottoponendoli a controlli di qualità per ridurre quanto più possibile il rischio che qualcuno acquisti, senza volerlo, un prodotto adulterato». Com’è lo stesso A. a rilevare, «la liberalizzazione degli stupefacenti non avrebbe effetti rilevanti sul calo della criminalità collegata alla produzione e al traffico, perché un mercato privo di regole è un mercato nel quale sono più facili prevaricazioni da parte dei soggetti più potenti e più spregiudicati». Detto altrimenti, «la liberalizzazione non promette di avere effetti di grande rilievo sulla difesa del consumatore dalle sofisticazioni, perché se il diritto si disinteressa del tutto dell’attività non fissa neppure *standard* di qualità minimi o rispetto di determinate procedure nella lavorazione». Al contrario, mediante «la legalizzazione, entrambi questi rischi verrebbero ridotti»: certo, «esisterebbe ancora un mercato illegale, così come esisterebbe la possibilità che commercianti e produttori disonesti adulterino le sostanze ed esisterebbe», altresì, «la possibilità che le organizzazioni criminali possano riuscire ad accaparrarsi una certa fetta di mercato e a mantenerla con la corruzione e con la violenza» (come avviene anche «con ogni attività legale») [i primi dati empirici provenienti dal mercato canadese della *cannabis*, per vero, sono effettivamente piuttosto incerti per quanto riguarda la possibilità di frenare realmente il mercato nero: cfr. NOONAN, *High Time For Change: Combatting the Black Market for Cannabis in Canada*, in *Manitoba Law Journal*, 44(3), 2021, 259], ma «la presenza di regole» farebbe «sì che tutte queste attività vengano definite» come «altrettanti reati, e come tali possano» continuare ad «essere perseguite». In senso fondamentalmente simile, e dunque a favore di una legalizzazione, con la criminalizzazione dirottata solo verso alcune condotte realizzate al di là dei limiti posti dal nuovo regime, si v. anche: a) in Spagna, DIEZ RIPOLES, *Delitos y penas en España*, Madrid, 2015, 168 s.; ID., *Política criminal y derecho penal. Estudios*, II, Valencia, 2020, 1085 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución. La legalización de las drogas*, Barcelona, 2012, 225 ss., *passim*; ÁLVAREZ GARCÍA, *La necesidad de un cambio de paradigma en el tráfico de drogas: la urgencia de la legalización*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 105, 2011, 199 ss.; b) in Italia, CAVALIERE, *Il controllo*, cit., 601; MANCONI, *Limitare la sofferenza. Per un programma di riduzione dei danni*, in ID. (a cura di), *Legalizzare la droga*, cit., 36 ss.; c) in Germania, quantomeno per le droghe leggere, ROXIN-GRECO, *Strafrecht. AT*, I, Berlin, 2020, cap. 2, Rn. 35, nonché i circa 122 professori di diritto penale che alla fine del 2013 avevano già firmato una risoluzione con cui, tra le altre cose, si dichiarava “fallita” la proibizione penale della *cannabis*, chiedendo una revisione critica della legge sugli stupefacenti (BtMG) [da notare, oltretutto, come tale risoluzione non fosse neppure limitata alla sola *cannabis*: cfr. KINZIG, *Auf dem Weg zu einer Entkriminalisierung des Umgangs mit geringen Mengen von Cannabis?*, in Albrecht-Kirsch-Neumann-Simmer (Hrsg), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2015, spec. 273 s., anche se il dibattito che ne è seguito si è concentrato - strategicamente - in prevalenza proprio su tale sostanza].

ra)¹².

Indubbiamente, stante i limiti dell'attuale regime, ogni prospettiva che ne volesse perpetuare l'esistenza rischierebbe in effetti di tradursi - almeno a nostro avviso - in un'opzione riduttiva e (proprio in quanto tale) in gran parte contestabile. Semmai, dunque, è tra le alternative al proibizionismo che si dovrebbe opportunamente "pescare" la soluzione riformistica più adeguata per affrontare il complesso problema delle droghe, inserendosi in un dibattito assai complesso e che non è nostro interesse approfondire in questa sede: dire quale tra le varie opzioni alternative al regime proibizionista dovrebbe essere ritenuta preferibile non è infatti semplice, essendo il problema complicato già dal punto di vista puramente nomenclatorio, registrandosi - tra i fautori di tale mutamento radicale - innumerevoli modi di concepire e catalogare le opzioni che oggi si stagliano all'orizzonte¹³.

¹² Non si può non prendere atto, in effetti, della recente raccolta firme (circa 607.627, stando ai dati degli organizzatori) che ha condotto alla presentazione di una richiesta di referendum per la depenalizzazione della coltivazione (in forma domestica) della *cannabis*: iniziativa che, sia pur non coronata da successo [la stessa è stata ritenuta inammissibile da C. cost., 16 febbraio 2022, n. 49, in *Giur. cost.*, 2, 2022, 661 ss. (con nota adesiva di MARTIRE, *Inammissibilità del referendum e struttura della fattispecie. A proposito di Corte cost., sent. n. 51 del 2022*), per la sua formulazione, asseritamente "difettosa": a) poiché, per come risultava formulata, la richiesta, contrariamente alla prospettazione del Comitato promotore, non poteva che estendersi alla coltivazione *tout court* (quale che ne fosse stata l'estensione) delle piante indicate nella Tabella I (droghe pesanti) e, indirettamente, alla coltivazione di *cannabis* "agricola" di cui alla Tabella II (e non soltanto a quella domestica); ciò che avrebbe prodotto un esito ritenuto dalla Corte apertamente contrastante con vincoli sovranazionali nonché con la precedente giurisprudenza della Consulta, e con i desideri dello stesso Comitato promotore; b) per la sua contraddittorietà intrinseca, omettendo il quesito referendario di far riferimento ai fatti di coltivazione di "lieve entità", che nella disciplina "di risulta" avrebbero dunque continuato ad essere sottoposti irragionevolmente a sanzione detentiva, a differenza di quelli più gravi (dunque, per l'irrimediabile contraddittorietà della normativa di risulta con l'intento referendario iniziale): per un'analisi più dettagliata e puntuale delle argomentazioni addotte dalla Corte, si v. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in A. Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, I, Torino, 2024, 162 ss.], ha mostrato come un'esigenza di cambiamento (votata alla sottrazione dall'attuale regime proibizionistico di almeno talune delle sostanze stupefacenti ancora oggi vietate) stia cominciando (o meglio tornando: si v. già il precedente *referendum* del 1993) ad essere avvertita con particolare veemenza anche in Italia, da parte di larghi settori della popolazione, e non più soltanto da una più o meno sparuta cerchia di tecnici liberali. In Germania l'opinione pubblica, pur presentando una divisione netta tra chi è *pro* e chi è contro una legalizzazione (quantomeno delle droghe leggere), appare in (ristretta) maggioranza favorevole ad un abbandono del modello proibizionista [si v. i dati riportati da MAUBACH, *Die Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol und Cannabis*, cit., 54 s.].

¹³ Sottolinea ad es. come vi sia una differenza sostanziale tra sostenere una legalizzazione e una decriminalizzazione, HUSAK, *For Drug Legalization*, in Husak-de Marneffe (eds.), *The Legalization of Drugs. For and Against*, Cambridge, 2005, 9 ss. (per il quale la decriminalizzazione riguarderebbe solo

Ci interessa piuttosto valutare un profilo preliminare, ma ineludibile, della questione, che è stato sin qui molto meno approfondito ed esplorato (almeno all'interno della nostra letteratura): ossia, se tutte le alternative al proibizionismo (anche quelle che puntino magari ad una legalizzazione totale o selettiva, ossia di alcune sostanze soltanto, come soluzione tutto sommato da reputare preferibile) sarebbero effettivamente sostenibili giuridicamente (e non solo perorabili da un punto di vista meramente logico-ideologico)¹⁴.

3. *Il necessario confronto con i vincoli promananti dal diritto UE e internazionale.* Sul convincimento ancora oggi ravvisabile in letteratura che l'abbandono del proibizionismo (e dunque ogni soluzione riformistica in materia che muova da tale abbandono come premessa ineludibile) sarebbe da ritenersi, in fondo, inservibile, un'irrealizzabile utopia (o distopia, a seconda delle idee), pesa, all'evidenza, il convincimento (espresso in forma più o meno esplicita da vari interpreti) che il mantenimento di un consimile modello regolatorio (al netto della sua eventuale scarsa condivisibilità e dei fallimenti che ha sino ad oggi accumulato) sarebbe comunque obbligato, in quanto in fin dei conti imposto da (insuperabili) vincoli di carattere sovranazionale¹⁵.

la posizione del consumatore); in maniera simile si v. HAYLE, *International Drug Policy*, London, 2025, 269. Accoglie invece un'idea più estesa di *decriminalizzazione* (rinuncia ad un divieto penale, ma non a divieti *tout court*), STEIN, *International Law and Legalisation and Decriminalisation of Illicit Drugs*, Zurich, 2024, 14 ss. La decriminalizzazione viene intesa in termini ulteriormente differenti ad es. da MALLEA, *op. cit.*, 153. Sulla distanza che intercorre tra prospettive *liberalizzatrici* e di *legalizzazione*, si v. invece i perspicui rilievi di TINCANI, *Perché l'antiproibizionismo*, cit., 19 («[s]ebbene i due termini [...] vengano spesso impiegati nel discorso pubblico come sinonimi, il loro significato è molto diverso: liberalizzare qualcosa significa privarla di ogni significatività giuridica, legalizzarla significa permetterla ma sottoporla a regole»); PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994, 21. Sebbene questa concezione di legalizzazione sia condivisibile, non tutti sembrano dividerla. Come osserva HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 303, «[l]a legalizzazione non è un concetto giuridico bianco o nero su cui tutti concordano»; anzi, la stessa «viene spesso confusa con altre alternative alla proibizione delle droghe, come la depenalizzazione, la decriminalizzazione e la riduzione del danno [...] per riferirsi» persino «a politiche in cui vengono abolite le sanzioni penali», ma restano intatte quelle amministrative.

¹⁴ Che la legalizzazione sia la soluzione riformistica che, a prima vista, al di là della sua probabile condivisibilità, potrebbe destare maggiori perplessità dal punto di vista della sua compatibilità con gli obblighi internazionali ed europei è stato osservato di recente da HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 323.

¹⁵ Cfr. ad es. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti*, cit., 131; AMATO, *I reati in materia di stupefacenti: le fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990*, in Caputo-Fidelbo (a cura

L'adozione delle più modeste soluzioni riformistiche prospettate sino ad oggi in dottrina (con contestuale rigetto di ogni modello riformistico "forte") è insomma inevitabilmente anche figlia di tale visione, spesso espressa in forma di "slogan", come si evince chiaramente anche dalle argomentazioni addotte ad es. dalla nostra Corte cost., in due pronunce dalla stessa emesse negli ultimi anni: a) dapprima, tramite il § 5 del "*Considerato in diritto*" della sent. n. 32/2014, ove la stessa Corte non ha mancato di considerare «la materia del traffico illecito di stupefacenti [...] oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea», prevenendo così alla conclusione che, qualora «non si» fosse determinata - a seguito dell'intervento caducatorio da essa operato - «la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990», sarebbero allora rimaste «non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione»; ciò che avrebbe determinato per la Corte «una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma» della Costituzione¹⁶; b) in seguito, nella più recente sent. n. 51/2022, in cui la medesima ha dichiarato l'inanmissibilità del *referendum* abrogativo proposto per la coltivazione di *cannabis*, e in tal modo «altro non ha fatto che anticipare un giudizio di legittimità costituzionale su una normativa del tutto ipotetica» (quella uscente dalla ipotizzata approvazione del *referendum*), ritenendo che la richiesta iniziativa referendaria avrebbe dato inesorabilmente luogo ad una «violazione, da parte dell'eventuale disciplina di risulta, dell'art. 117, co. 1 Cost., che prevede come vincolo inderogabile per l'esercizio della funzione legislativa il rispetto degli obblighi internazionali e di

di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Torino, 2012, 314 (paventando obblighi internazionali di incriminazione della coltivazione di stupefacenti destinati all'uso personale).

¹⁶ Cfr. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32 (§ 5 del considerato in diritto), in *Giur. cost.*, 2014, 485 ss., (con nota di CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*). Come ha osservato MAIELLO, *I riflessi internazionali ed euromunitari sulla normativa in materia di stupefacenti*, in Insolera-Spangher-Della Ragione (a cura di), *I Reati in materia di stupefacenti*, Milano, 2019, 72, «[d]a questo passo emerge che la Corte» ha riconosciuto (in una pronuncia dall'«anima "euromunitaria"») «che dalla decisione-quadro» discendesse «un obbligo di penalizzazione, dotato dei requisiti di precisione, specificità e puntualità richiesti ai fini dell'efficacia diretta», sufficiente a determinare un affievolimento della portata del principio di legalità *ex art.* 25, co. 2 Cost. Sul punto, si v. anche PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 80 ss.

quelli derivanti dal diritto dell'UE»¹⁷.

Ora che notevole sia stata (e sia tutt'oggi) la *vis* "persuasiva" esercitata dalle Convenzioni internazionali, almeno a far data dal 1931, come pure dalle politiche europee di "lotta" al fenomeno del narcotraffico, nel favorire la creazione, lo sviluppo e il progressivo consolidamento della fitta rete di divieti e sanzioni che contraddistingue la materia, è sicuramente difficile negarlo¹⁸. Il diritto penale degli stupefacenti, in effetti, ha notoriamente visto la luce sul finire del XIX secolo e agli albori del XX secolo¹⁹, come derivazione più o meno indiretta dei conflitti già apertisi nelle lontane guerre dell'oppio fra Gran Bretagna e Cina²⁰ e del tentativo degli Stati Uniti (in seguito pienamente riuscito) di estendere al mondo la propria politica proibizionistica, intessuta (fra le altre cose) di puritanesimo e discriminazione²¹. Alla formazione del diritto penale degli stupefacenti nei vari Paesi del mondo (tra cui il nostro) si è dunque

¹⁷ Cfr. Corte cost., 16 febbraio 2022, n. 51, cit. Come rilevato da BROGIONI, *Corte Costituzionale n. 51/2022: giudizio di legittimità costituzionale anticipato e nuovi spazi di inoffensività della coltivazione di cannabis*, in *www.federalismi.it*, 22, 2023, 110 ss., la «possibile abrogazione del termine "coltiva" di cui all'art. 73, co. 1, d.p.r. 309/1990, prima ancora che determinare la creazione di un testo legislativo manifestamente contraddittorio, avrebbe infatti comportato, a giudizio della Corte, la violazione delle Convenzioni delle NU, di cui l'Italia è Parte, nonché della decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, del 25 ottobre 2004».

¹⁸ Si v. NENCINI, *La minaccia*, cit., 250 ss., 270 ss.; SIRACUSA, *Il traffico illecito di droghe leggere dal Mediterraneo all'Atlantico: punti fermi e questioni aperte*, in Militello-Spena-Mangiaracina-Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino, 2019, 304 ss.; PALAZZO, *Dogmatica e empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 313.

¹⁹ Per una panoramica dettagliata dello sviluppo storico della normativa internazionale si v. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis Violates the UN Drug Control Treaties, But Progressive Countries Like Canada Have Options*, in *Ottawa Law Review*, 2017, 435 ss.; NOLL, *International Treaties and the Control of Drug Use and Abuse*, in *Contemporary Drug Problems*, 6(1), 1977, 17 ss.; BÖLLINGER, *Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots*, in *Neue Kriminalpolitik*, 3, 2018, 282 ss.; LINES-BARRETT, *Cannabis Reform, 'Medical and Scientific Purposes' and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *International Community Law Review*, 5, 2018, 436 ss.; STEWART, *Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 3, 1990, 387 ss.

²⁰ Cfr. *amplius* TRAVIS HANES III-SANELLO, *Le guerre dell'oppio. Due imperi tra dipendenza e corruzione*, Palermo, 2021, *passim*; VALZANIA, *Le guerre dell'oppio. Il primo scontro tra Occidente e Cina 1839-1842, 1856-1860*, Milano, 2023, *passim*; ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*⁶, Madrid, 2023, 528 ss.

²¹ Cfr. ARNAO, *Tutte le droghe del presidente*, Milano, 1996, 87 ss.; FARGNOLI, *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990, 73-77; ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*⁶, cit., 505 ss., 511 ss., 550 ss., 603-626, 627 ss., 633 ss., 681 ss.; DAVENPORT-HINES, *The Pursuit of Oblivion*, cit., 35 ss., 49, 151 ss., 161 ss.; HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 141 ss.

pervenuti, essenzialmente, a causa della pressione esercitata dagli Stati Uniti per pervenire alla stipula: a) dapprima, di tre Convenzioni affastellate in rapida successione tra loro nei primi decenni del XX secolo (la Convenzione dell’Aja sull’oppio del 23 gennaio 1912, seguita dalla Convenzione di Ginevra del 19 febbraio 1925 e completata, poi, dalla Convenzione di Ginevra del 13 luglio 1931)²²; b) in seguito, della Convenzione di New York del 1961 (c.d. *Convenzione unica sugli stupefacenti*), così come emendata dal Protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972, stipulata nel tentativo (ancora una volta statunitense) di fondere in un unico codice lo spirito e le disposizioni del *corpus* normativo che era andato maturando negli anni successivi al secondo conflitto mondiale²³ e di avocare a sé il ruolo di tutore del benessere umano e del controllo della diffusione delle droghe in tutto il globo terracqueo²⁴; c) infine,

²² Cfr. MCALLISTER, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, London-New York, 2000, 76 ss.; NENCINI, *La minaccia*, cit., 74-88, osservando che «la Convenzione di Ginevra del 1925 costituì un punto di non ritorno: da allora in poi il ruolo dell’organismo internazionale di controllo diverrà ineludibile, nessuno Stato essendo più in grado di sottrarsi in maniera completa alle sue deliberazioni, nemmeno quando la Seconda guerra mondiale determinerà la divisione del mondo in due blocchi contrapposti». Su queste prime Convenzioni cfr. *amplius* ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*¹⁶, cit., 629 ss., 703 ss.

²³ Tale Convenzione rappresenta «essenzialmente una continuazione e un’estensione dell’infrastruttura legale internazionale per il controllo delle droghe sviluppata tra il 1909 e il 1953» [cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, 14 s.]. Da segnalare che nel periodo successivo al secondo conflitto mondiale si registrò anche il passaggio di consegne tra la Società delle Nazioni e le NU nella supervisione del controllo multilaterale delle droghe, ciò che portò ad «un controllo più severo con una portata più ampia» [cfr. ID., *International Law and Cannabis*, I, cit., 11].

²⁴ Sulle origini di questa Convenzione cfr. BEWLEY TAYLOR-JELSMA, *Fifty Years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation*”, in *Transnational Institute-International Drug Policy Consortium. Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 12, 2011, 14; ROMANO-BOTTOLI, *La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo*, Roma, 2002, 33-36; LANDE, *The Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, in *International Organizations*, 16(4), 2009, 776; ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*¹⁶, cit., 791 ss. La Convenzione di New York del 1961 riguarda nello specifico le sostanze stupefacenti di origine vegetale, in particolare le piante di *cannabis*, di coca e di oppio: art. 2(1) [cfr. HALL, *The future of the international drug control system and national drug prohibitions*, in *Society for the Study of Addiction*, 113(7), 2018, 1211]. Come si è rammentato in dottrina, il solco venutosi a creare tra i Paesi produttori di droghe naturali, che sovente assistevano all’uso culturale o religioso di tali piante da parte delle popolazioni autoctone, e Paesi interessati ad una repressione che fosse attenta alla protezione degli interessi economici dell’industria chimico-farmaceutica, venne sciolto a favore dei secondi, con l’imposizione ai primi del divieto assoluto dell’uso di droghe di origine naturale a fini diversi da quelli medici [SÁNCHEZ AVILÉS, *El cannabis en las convenciones internacionales sobre drogas. Posibilidades y desafíos para una regulación*, in Oró-Pere (eds.), *Las sendas de la regulación del cannabis en España*, Barcelona, 2017, 269-283; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs*, in

delle Convenzioni di Vienna del 2 febbraio 1971 (*Convenzione sulle sostanze psicotrope*: dal contenuto in gran parte sovrapponibile a quello della “Convenzione unica”)²⁵ e del 20 dicembre 1988 (*Convenzione delle NU contro il traffico illecito di droghe narcotiche e sostanze psicotrope*: ratificata dall’Italia il 5 novembre del 1990, con L. n. 328).

Una “pressione”, quella esercitata dalle Convenzioni internazionali, che è ulteriormente venuta ad acuirsi, almeno per i Paesi europei, alla luce: a) del c.d. *acquis* di Schengen (1985 e 1990); b) dell’azione comune dell’UE per la lotta contro la tossicodipendenza e per la prevenzione e la lotta contro il traffico il-

Leiden Journal of International Law, 29(2), 2016, 392]. Quale obbligo di ordine generale, l’art. 4(c) della Convenzione impose invero alle Parti contraenti di adottare le misure legislative e amministrative che si fossero rese effettivamente necessarie «per limitare esclusivamente a fini medici e scientifici la produzione, la fabbricazione, l’esportazione, l’importazione, la distribuzione, il commercio, l’uso e la detenzione di stupefacenti» [come ricorda SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 214]. I redattori della Convenzione unica si sono dunque concentrati sul controllo dell’offerta, sul traffico illecito di stupefacenti. Anche se la criminalizzazione di altre condotte legate alle droghe (ormai illecite) non era il loro obiettivo primario, l’obbligo di introdurre norme penali anche con riferimento ad altre condotte è però servito come uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi della Convenzione [cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 437; KRAJEWSKI, *How flexible are the United Nations drug conventions*, in *International Journal of Drug Policy*, 10, 1999, 331; LINES, *Drug Control and Human Rights in International Law*, Cambridge, 2017, 114]. La Convenzione, come anche il protocollo che l’ha emendata, sono stati ratificati in Italia con L. 5 giugno 1974, n. 412 [cfr. PALAZZO, *Consumo*, cit., 27].

²⁵ La diffusione dell’uso a scopi ricreativi di sostanze psicoattive di origine sintetica, tipica dei movimenti della contro-cultura americani ed europei degli anni Settanta, fece apparire necessaria la sottoposizione al regime globale di controllo anche delle droghe di origine non vegetale (quali anfetamine, benzodiazepine, barbiturici e loro derivati) e dei rispettivi principi attivi utilizzati anche in ambito chimico e farmaceutico. La Convenzione di Vienna del 1971 prevede per le sostanze psicotrope utilizzate nell’industria chimico-farmaceutica una disciplina meno stringente di quella contemplata dalla Convenzione del 1961 per le droghe di origine naturale, pur riaffermando la liceità del solo uso medico-scientifico delle sostanze stupefacenti e subordinando la loro cessione al rilascio di prescrizioni mediche, alla creazione di sistemi di controllo e stima del fabbisogno statale, di licenze e autorizzazione per la fabbricazione, la commercializzazione e la distribuzione nazionale ed internazionale delle stesse (art. 2.7). Anche le sostanze sintetiche vengono classificate in quattro liste (ordinate in maniera opposta rispetto a quelle delle sostanze vegetali) e differenziate in funzione delle loro proprietà mediche e della loro pericolosità. Pure in tali liste si rinviene il principale componente della cannabis, il THC, traslato nel 1991 dalla Lista I alla lista II - che prevede controlli meno stringenti - a seguito di raccomandazione dell’OMS, sensibile alle pressioni dell’industria farmaceutica statunitense interessata allo sviluppo e all’utilizzo di tale principio attivo. Alla formazione di queste liste presiedette una logica opposta a quella adottata nel caso della Convenzione unica e ai singoli Stati vennero concessi maggiori spazi di autonomia per la regolamentazione dell’uso lecito e della circolazione di tali sostanze a livello nazionale. Su tale Convenzione, si v. *amplius* CHATTERJEE, *Legal Aspects of International Drug Control*, The Hague, 1981, 456; ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*⁶, cit., 893 ss.

lecito di stupefacenti (17 dicembre 1996)²⁶; c) della raccomandazione 2012/C 402/01, recante la “Strategia dell’Unione Europea in materia di droghe 2013-2020” (già prima si v. peraltro la strategia 2005-2012) e delle linee-guida recanti la “Strategia dell’UE in materia di droghe 2021-2025” (che punta ad una riduzione della domanda e dell’offerta di stupefacenti all’interno dell’Unione, nonché dei rischi, per mezzo di un approccio strategico integrato ed *evidence-based*: v. la sua Introduzione, §§ 2 e 7)²⁷; d) della decisione-quadro 2004/757/GAI, avente ad oggetto la «fissazione di norme relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti»²⁸; e) della decisione-quadro 2005/387/GAI, relativa allo scambio di informazioni, alla valutazione dei rischi e al controllo delle nuove sostanze psicoattive.

È innegabile, dunque, che la materia non abbia sino ad oggi assunto una vocazione (o matrice) prettamente “nazionale”. Siamo però sicuri che il fitto reticolo di vincoli normativi europei e internazionali all’apparenza incombenti sulla materia (per come sinteticamente li abbiamo appena passati in rassegna) impedisca realmente di addivenire ad un superamento del modello proibizionista (e costringa anzi i singoli Stati ad un suo acritico mantenimento ora e *pro futuro*, quali che si ritengano essere le storture e problematiche da esso derivanti)?

Il tema è stato stranamente poco affrontato e approfondito dalla nostra letteratura, sia da quella incline a mantenere inalterato il regime proibizionista (ciò che è tutto sommato più agevolmente spiegabile, stante il verosimile interesse di chi ha assunto tale posizione a postulare il più possibile come un *dogma intangibile* l’impossibilità di “fare altrimenti” in fatto di droghe) che da quella propensa invece ad abbandonarlo (il che appare invece in gran parte meno comprensibile, poiché, se si volesse davvero superare il “muro” di scetticismi che domina ancora oggi la materia, non sarebbe certo facile “portare a casa” il

²⁶ Sulla quale si v. GANDINI, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti*, in Aa. Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, 313 («l’*acquis* di Maastricht si estende verso l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri»).

²⁷ Sulla quale, si v. *amplius* WADE, *Cross-Border Crimes*, in Ambos-Rackow (eds), *The Cambridge Companion to European Criminal Law*, Cambridge, 2023, 191 s.

²⁸ Cfr. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in Insolera-Manes (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2012, 78.

predetto risultato limitandosi a dire che il regime attuale potrebbe o dovrebbe essere sostituito, essendo prima di tutto opportuno dimostrare che questa sostituzione sia, ove reputata opportuna, anche giuridicamente realizzabile). In altri ordinamenti, dove la dottrina favorevole all'adozione di modelli riformistici più "forti" e radicali ha da tempo iniziato a dedicare in qualche modo i propri sforzi proprio e altresì a comprendere quanto i vincoli sovra e internazionali possano ritenersi cogenti e impeditivi di riforme più ambiziose (rispetto a quelle tese solo a minimizzarne e smorzare problematiche di dettaglio di questa o quell'altra disciplina interna), un simile *deficit* d'approfondimento in merito alla questione in parola in realtà ha cominciato a far spazio ad un numero crescente di studi sulla questione²⁹.

Chi, in Italia, muovendo oggi dal presupposto dell'imprescindibilità di attuare una riforma più radicale della materia, volesse comprendere realmente cosa si potrebbe pensare di realizzare in futuro (legalizzazione, piena o selettiva; decriminalizzazione; depenalizzazione; nulla di tutto questo), dovrebbe dunque forse iniziare a valutare più seriamente e con maggior nitore quale sia la portata e cogenza attribuibile davvero ai vincoli derivanti dal fitto reticolo di fonti eurouнитарie e internazionali cui la stragrande maggioranza degli Stati del mondo, come il nostro, oggi soggiace in fatto di stupefacenti, nonché se vi sia la possibilità di pervenire, comunque, in qualche maniera, ad un loro aggiramento o superamento³⁰.

²⁹ Cfr. nella letteratura tedesca ad es. (oltre a vari scritti che verranno citati più avanti, in particolare di Ambos e al.), già i discorsi da tempo abbozzati nei contributi di: HAFFKE, *Drogenstrafrecht*, in *ZStW*, 107, 1995, 761; PAEFFGEN, *Betäubungsmittelstrafrecht und der Bundesgerichtshof*, in Canaris (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, München, 2000, 695; SCHÜNEMANN, *Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, in Hefendehl-von Hirsch-Wohlens (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, 145 ss.; TONDORF, *Die Entkriminalisierung von Drogenkonsumenten*, in Neubacher-Kubink (Hrsg.), *Kriminologie - Jugendkriminalrecht - Strafvollzug: Gedächtnisschrift Für Michael Walter*, Berlin, 2014, 809; KRUMDIEK, *Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisprohibition in Deutschland. Eine Untersuchung unter Einbeziehung des aktuellen Forschungsstandes hinsichtlich der gesundheitlichen und sozialen Auswirkungen des Konsums von Cannabis*, Berlin, 2005, 260 ss.; JUNGBLUT, *Drogenrecht und Drogenpolitik. Internationale Vorgaben und nationale Spielräume*, in Dollinger-Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Suchtforschung*, Wiesbaden, 2007, 277 ss.

³⁰ Si tratta insomma di iniziare ad affrontare sul serio anche noi (come la dottrina di altri sistemi del mondo sta da tempo cercando di fare), per provare a scioglierlo, il nodo del "Room under International and European Law", ossia delle «possibilità legali lasciate agli Stati contraenti dalle

Il rischio che si corre, altrimenti, è quello di continuare a dar manforte a chi da tempo ha fatto mostra di volersi trincerare dietro i propri (spesso precon-cetti) convincimenti - v. le sentenze della Corte cost. riportate *supra* - in me-rito al fatto che qualsiasi diversa forma di regolamentazione sarebbe per sua stessa natura inconciliabile (ora e per sempre) con gli obblighi sovranazionali ravvisabili in materia, arrivando ad impedire così: a) non solo agli interpreti preoccupati dei molti guasti prodotti dal proibizionismo di vagliare seriamen-te più ambiziose soluzioni riformistiche (ingenerando negli stessi, così, il con-vincimento che solo dei lievi ritocchi delle principali criticità del sistema, pur sempre però volti a mantener intatta la sua anima intrinsecamente repressiva, sarebbero plausibili, perlomeno laddove si volesse tener fede a quanto si è pattuito a livello europeo e internazionale); b) ma anche, eventualmente, ad una diversa volontà popolare di dispiegarsi liberamente, demandando al legi-slatore ad es. l'adozione democratica di differenti soluzioni regolatorie (per il tramite di pronunce d'incostituzionalità anticipate analoghe, ad es., a quella, di cui si è già detto, recentemente emessa dalla Corte cost. con riferimento al-la proposta di *referendum* abrogativo del 2022)³¹.

Al compito di scandagliare quanti e quali siano gli obblighi davvero rilevanti in materia e se (ed eventualmente in che misura) essi realmente impediscano di pervenire ad un superamento del regime proibizionista (aprendo così la strada all'eventuale adozione di riforme più ambiziose di quelle sin qui pro-

convenzioni delle NU sugli stupefacenti (che sono determinanti per il controllo delle droghe di tutti i Paesi che hanno firmato le convenzioni) e dal diritto UE (all'interno del quale devono muoversi gli Stati membri) - anche se i rapporti di prevalenza tra i due sono tutt'altro che chiari in dottrina - nel legalizzare, depenalizzare, tollerare in virtù di una scelta politica e/o comunque regolamentare in altro modo la coltivazione della *cannabis* o la produzione, la vendita, l'acquisto e il consumo di sostanze stupefacenti in genere (anche quelle più "pesanti"), cui si fa cenno nel recente volume di VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 3 s.

³¹ Come rileva ADAMI, *Referendum e ruolo della Corte Costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it.*, 30 marzo 2022, 19, «la volontà popolare è una forte legittimazione alla normazione» e «[s]e non è la maggiore, vi è però vicina»: «[d]unque, quando una norma di diretta emanazione costituzionale, o relativa ad obblighi internazionali, o altro, viene sottoposta a *referendum*, la consultazione dovrebbe tendenzialmente ritenersi ammessa, perché nulla esclude che, in base al risultato taluni elementi possano essere ripensati dal legislatore ordinario, ed anche che l'Italia possa chiedere una revisione del trattato internazionale» che determina l'impossibilità di adottare la normativa; anche «perché, oggi, sono moltissime le convenzioni internazionali, ed i trattati anche di rilievo limitato, che disciplinano aspetti di dettaglio, che sono sottoposti anche ad una naturale evoluzione nel tempo (dai trattati ambientali, a quelli sulla circolazione delle merci)».

spettate da larghissimi settori della nostra dottrina), saranno dunque dedicate le pagine del presente contributo, che hanno l'ambizione di fornire un primo "spaccato" in lingua italiana (il più possibile "imparziale") sulle opzioni realmente valutabili per una riforma di sistema, qualora si riuscisse in futuro anche nel nostro Paese a «sensibilizzare» adeguatamente «l'opinione pubblica e gli attori sociali sui mali del proibizionismo e sull'esistenza di alternative» ragionevoli a tale regime³².

A tal uopo, dapprima si passeranno in rassegna i vincoli principali promananti dalla normativa internazionale ed europea (§§ 3 ss.). In seguito (§§ 4 ss.), si inizierà a valutare, altresì, quale sia la forza cogente delle argomentazioni che nella letteratura straniera hanno cercato di sdoganare in questi ultimi anni l'idea che possano esistere delle soluzioni (*de lege lata* o *de lege ferenda*) in grado di favorire un aggiramento delle "strette" imposte da quel medesimo reticolo di fonti normative.

3.1. *I vincoli (all'apparenza) promananti dal diritto internazionale.* Partendo da una ricognizione della prima tipologia di vincoli che è venuta alla luce (quella di matrice internazionale), è affermazione comune che «la soluzione proibizionista» risulti ad «oggi imposta dagli accordi» assunti dall'Italia (ma lo stesso vale ovviamente anche per altri sistemi giuridici) con l'adesione alla citate Convenzioni «in materia di stupefacenti, che obbligano gli Stati contraenti [...] a reprimere come illecito penale i fatti di produzione e commercio illegali, mentre per quanto riguarda la posizione di chi sia anche consumatore lasciano ai singoli Stati la possibilità di scegliere fra la repressione penale e le misure trattamentali»³³.

L'idea largamente recepita è che gli obblighi internazionali in materia (sia pur non *self-executing*)³⁴ si fondino su un'implicita premessa di fondo: che l'unico

³² Come icasticamente ritiene DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas en España*, cit., 165, è questo un compito essenziale di cui i giuristi dovrebbero iniziare a farsi carico ora e per il futuro.

³³ Come osserva PALAZZO, *Consumo*, cit., 27.

³⁴ È opportuno notare che le clausole contrattuali contenute nelle varie Convenzioni non sono *self-executing*, il che significa che richiedono pur sempre una trasposizione nel diritto nazionale, non divenendo direttamente applicabili al momento della sola ratifica [cfr. NOLL, *International Treaties*, cit., 20; BEWLEY TAYLOR, *Challenging the UN drug control conventions: problems and possibilities*, in *International Journal of Drug Policy*, 14, 2003, 174; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 331; MACCOUN-

utilizzo lecito che si potrebbe venire se del caso venir a fare degli stupefacenti sia quello *terapeutico* o *scientifico* (termini che vengono letti dalla prevalente letteratura in termini oltretutto piuttosto restrittivi). Questa conclusione viene dai più desunta non solo «dal totale silenzio osservato dalle Convenzioni in ordine agli eventuali limiti e condizioni di una ipotetica legalizzazione del consumo, ma soprattutto da due altre indicazioni testuali contenute nella fondamentale Convenzione unica sugli stupefacenti adottata a New York il 30 marzo 1961»: la prima è quella ricavabile dal Preambolo, che non manca di specificare come le finalità della Convenzione siano perseguite «limitando l'uso degli stupefacenti a fini medici e scientifici» (lo stesso peraltro fanno gli artt. 5 e 7 della Convenzione del 1971, e l'art. 3 della Convenzione del 1988, che alle norme ora citate si riferisce per definire gli usi leciti delle sostanze stupefacenti: su come potrebbe forse utilizzarsi questa doppia clausola di riserva per favorire una legalizzazione, torneremo meglio *infra*, § 4.4.1); la seconda discende dall'art. 49 del testo citato, che consentendo delle riserve transitorie (sul punto v. ancora quanto si dirà *infra*, § 4.3), sembrerebbe volerle limitare al solo uso semi-terapeutico o voluttuario di determinate sostanze (fra le quali l'oppio da fumo, le foglie di coca da masticare, la *cannabis*), sottoponendole oltretutto a specifiche condizioni, come in particolare la formulazione da parte degli Stati di riserve a carattere transitorio (sul piano internazionale), l'esistenza di tradizioni locali d'uso, nonché la tempestiva registrazione delle persone che ne facciano utilizzo (sul piano interno)³⁵.

A deporre nel senso di un divieto di legalizzazione, per quanto riguarda la Convenzione unica, si ritiene inoltre che a soccorrere sarebbe anche l'art.

REUTER, *Assessing Drug Prohibition and Its Alternatives: A Guide for Agnostics*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, 7, 2011, 63]. Il punto ha comunque scarso rilievo per quanto più specificamente ci riguarda, poiché tutte le Convenzioni sono state già ratificate dall'Italia.

³⁵ In tali termini si esprime sempre PALAZZO, *Consumo*, cit., 27 s., ritenendo evidente che «se di uso voluttuario legalizzato si fa menzione solo in via eccezionale a proposito di eventuali riserve, al campo di applicazione della Convenzione è estranea qualunque soluzione legislativa di tipo non proibizionista». Per un analoga conclusione (sia pur solo preliminare), all'esito di un dettagliato esame dei contenuti della Convenzione unica, si v. però più di recente anche VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 49 s. (anche se il testo dei due interpreti – in particolare si v. anche il secondo tomo – non è esente da un maggior approfondimento delle soluzioni eventualmente spendibili per superare in qualche modo questi vincoli e presenta dunque talune aperture a soluzioni orientate all'abbandono o attenuazione del proibizionismo).

36(1)(a), il quale, non inficiato dal Protocollo di modifica³⁶, obbligherebbe ancora oggi le Parti contraenti ad adottare «le misure necessarie affinché la coltivazione e la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, la detenzione, l'offerta, la messa in vendita, la distribuzione, l'acquisto, la vendita, la consegna per qualunque scopo, la mediazione, l'invio, la spedizione in transito, il trasporto, l'importazione e l'esportazione di stupefacenti non conformi alle disposizioni della presente Convenzione o qualunque atto reputato dalla detta Parte contrario alle disposizioni della presente Convenzione, siano considerati infrazioni punibili qualora siano commesse intenzionalmente e sempreché le infrazioni gravi siano passibili di una pena adeguata, in particolare di pene che prevedono la reclusione o altre pene detentive».

Come si vede, i comportamenti elencati nell'art. 36(1)(a) sembrano includere ogni attività connessa al traffico di stupefacenti, dalla produzione fino alla consegna al consumatore finale³⁷, senza neppure distinguere tra droghe “leggere” e “pesanti”³⁸. Data la formulazione della disposizione, non sorprende che si sia perciò registrato un certo consenso attorno all'idea che la Convenzione in parola finirebbe in fondo per richiedere agli Stati di criminalizzare tutti gli *atti relativi all'offerta* di stupefacenti per usi non medici o scientifici (come ad es. anche quelli ricreativi e/o tradizionali)³⁹.

Per l'opinione maggioritaria, la Convenzione unica sembrerebbe insomma, almeno a prima vista, escludere che possa addivenirsi ad un mercato legalmente regolamentato che possa ritenersi davvero conforme al diritto internazionale (ma sul punto avremo modo d'intrattenerci *infra*, onde verificare se questa apparenza risulti anche pienamente rispondente a realtà)⁴⁰.

Per quanto i redattori abbiano poi intenzionalmente ommesso di inserire il me-

³⁶ Cfr. BOISTER, *Penal aspects of the UN Drug Conventions*, London, 2001, 76.

³⁷ Si v. BOISTER, *Penal aspects*, cit., 77.

³⁸ Sul punto, si v. KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 330. Critici, ritenendo una tale parificazione del tutto irragionevole, BEWLEY TAYLOR-JELSMA-ROLLES-WALSH, *Cannabis regulation and the UN drug treaties. Strategies for Reform. Briefing Paper*, 2016, 4 s.; VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 16 s.; AMBOS, *Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung*, in *www.verfassungsblog.de*, 20 maggio 2022, *passim*.

³⁹ Cfr. WALSH-JELSMA, *Regulating Drugs: Resolving Conflicts with the UN Drug Control Treaty System*, in *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(3), 2019, 267.

⁴⁰ Cfr. per ora BOISTER, *Penal aspects*, cit., 81, 85, KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 331 s.; NOLL, *International Treaties*, cit., 19

ro *consumo* nel catalogo dei comportamenti enumerati dall'art. 36(1)(a)⁴¹, bisogna osservare come anche tale condotta potrebbe esser ritenuta (se non altro indirettamente) rientrante nel “fuoco” degli obblighi delineati dalla Convenzione. Il *possesso* dello stupefacente (che però non è detto che sia da ritenere assoggettato ad un vero e proprio obbligo di criminalizzazione anche ove tale possesso sia votato all'autoconsumo)⁴² costituisce pur sempre una forma di controllo consapevole su una sostanza, che si ottiene coltivandola o ricevendola da altri soggetti (a titolo gratuito o dietro pagamento di un corrispettivo): tutte condotte che rientrano all'apparenza nel novero dei comportamenti indicati dall'art. 36⁴³. Pertanto, pur non essendo destinata a proibire il consumo, la disposizione in parola sembra formulata in modo tale da prestarsi equivocamente anche a suggerire che l'obbligo di criminalizzazione potrebbe in una certa qual misura venirsi ad estendere anche ai meri consumatori⁴⁴, inevitabilmente costretti a dover acquistare, produrre e/o in ogni caso detenere la sostanza per poterne in seguito far uso⁴⁵.

Tuttavia, da parte delle NU si ammette che si possa interpretare tale disposizione in maniera anche un po' diversa da come si è appena detto, così da escludere perlomeno i *comportamenti dei consumatori* dall'ambito di appli-

⁴¹ Cfr. BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities: The UN Drug Control Conventions and their Future Development*, in *AJIL Unbound*, 114, 2020, 285; BOISTER, *Waltzing*, cit., 393; BOITEUX-CHERNICARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions: Searching for Humanitarian Reasons in Drug Laws*, in B.L. Caiuby e C. Cavnar (eds.), *Prohibition, Religious Freedom, and Human Rights: Regulating Traditional Drug Use*, Berlin-Heidelberg, 2014, 12; NOLL, *International Treaties*, cit., 25.

⁴² L'art. 33 della Convenzione unica stabilisce che le parti «non permetteranno il possesso di droghe se non dietro autorizzazione legale»; l'art. 36 obbliga poi le parti, come detto, a rendere il *possesso* un reato. Vi è quindi un obbligo di criminalizzare il possesso nella Convenzione del 1961. Sul punto è tuttavia necessario operare un distinguo tra il *possesso per uso personale* e quello *a fini di spaccio*. Secondo la condivisibile analisi di alcuni interpreti sugli aspetti penali dei Trattati sul controllo delle droghe, il *filcro* delle disposizioni punitive della Convenzione unica sarebbe pur sempre la proibizione del *traffico* di droga. Ciò lascerebbe pochi dubbi sul fatto che le Parti debbano criminalizzare il possesso che al traffico sia infine finalizzato. Tuttavia, «non sembra che l'articolo 36(1), obblighi» altresì «le Parti a criminalizzare il possesso di droga per uso personale» [così BOISTER, *Penal aspects*, cit., 81]. Più ampio sembra invece lo spettro applicativo dell'art. 3(2) della Convenzione di Vienna del 1988.

⁴³ Cfr. BOISTER, *Penal aspects*, cit., 80, 82 ss.

⁴⁴ Cfr. KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 332.

⁴⁵ Cfr. ALBRECHT, *Internationales Betäubungsmittelrecht und internationale Betäubungsmittelkontrolle*, in Kreuzer (Hrsg.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts: Rechtliche Grundlagen*, II, München, 1998, 680; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 332.

cazione dell'art. 36(1)(a)⁴⁶. Una lettura, quella in parola, che appare indubbiamente più condivisibile. Da un'interpretazione sistematica, infatti, si evince che l'art. 36 si trova in una parte della Convenzione relativa al *traffico*⁴⁷, e la disposizione enumera le norme applicabili ai tossicodipendenti – art. 36(1)(b) – suggerendo che vi sia (meglio: debba esservi) una netta differenza tra la posizione del trafficante e quella del consumatore in proprio⁴⁸. Come si ricava dal preambolo, lo scopo principale della Convenzione unica è inoltre quello di *combattere il traffico di stupefacenti* e, sebbene i preamboli non siano vincolanti, sono senz'altro utili (e per alcuni fondamentali) per pervenire ad una corretta e adeguata interpretazione dei Trattati⁴⁹.

Si potrebbe certo obiettare (per vero un po' tautologicamente) che il consumo di droga sia comunque (in qualche modo) suscettibile di favorire il traffico di stupefacenti, generando incentivi per chi trae profitto da tale “turpe” mercato (come riconosciuto in effetti dalla Convenzione del 1988: v. *infra*), ma non c'è alcuna indicazione testuale all'interno della Convenzione unica che possa far pensare che i suoi redattori fossero di questa idea⁵⁰. Dirimente sembra in ogni caso la circostanza che l'art. 36 ometta di menzionare esplicitamente il “consumo”: sarebbe in effetti contraddittorio con la formulazione per il resto abbastanza univoca e precisa del Trattato in questione, se proprio e soltanto l'obbligo di criminalizzazione relativo al consumo (di certo il più critico e facilmente stigmatizzabile) fosse stato introdotto tramite una *back-door*, ossia facendo indirettamente riferimento al *possesso* (che, come si è detto, non è neppure chiaro se soggiaccia ad un obbligo di criminalizzazione) e all'attività di semplice procacciamento dello stupefacente⁵¹.

⁴⁶ Nel commentario alla Convenzione unica (428, 112 ss.) si trova invero anche una sintesi dei lavori preparatori, i quali dimostrano che la decisione di coprire solo i reati legati al traffico è stata una scelta consapevolmente deliberata [cfr. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 20]

⁴⁷ Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 443

⁴⁸ Cfr. KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 333; con ulteriori spiegazioni sulle conseguenze che deriverebbero da questa differenziazione in punto di estradizione.

⁴⁹ Cfr. BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 10 s.; BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286; ZITT, *Should I Stay or Should I Go: Why Bolivian Tactics and U.S. Flexibility Undermine the Single Convention on Narcotic Drugs*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 42(1), 2016, 529.

⁵⁰ Come giustamente rileva STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 20

⁵¹ Cfr. BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 10 s.; BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286; ZITT, *Should I Stay or Should I Go*, cit.,

Considerando i predetti elementi, non sorprende, quindi, che parte della letteratura giunga alla conclusione che l'art. 36(1)(a) non sarebbe in grado di imporre agli Stati veri e propri obblighi di criminalizzazione per l'attività di *consumo personale*⁵². L'assenza di un obbligo di criminalizzazione per il consumo (e la possibilità di criminalizzare tale attività, dunque, a discrezione dello Stato interessato)⁵³, tuttavia, viene precisato in dottrina, non significa certo che la Convenzione ammetterebbe *de plano* anche la possibilità di pervenire ad una piena "legalizzazione". La Convenzione unica contiene invero altre disposizioni che, a giudizio di molti interpreti, deporrebbero pur sempre per l'impossibilità di adottare regimi di vera e propria legalizzazione, riconoscendo al più, nel migliore dei casi, la possibilità di depenalizzare/decriminalizzare, con adozione di misure di natura trattamentale/amministrativa, alcune condotte prodromiche votate all'autoconsumo (sul punto v. peraltro quanto verrà osservato meglio *infra*, § 4 ss.).

Una delle disposizioni chiave che sembra prestarsi a richiedere la proibizione (anche se non necessariamente l'impiego di sanzioni penali) in materia è da molti individuata nell'art. 4(c) della Convenzione, nel suo demandare agli Stati l'adozione delle misure legislative e amministrative necessarie «per limitare esclusivamente a fini medicinali e scientifici la produzione, la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, la distribuzione, il commercio, l'impiego» (che nel contesto della disposizione, include anche il *consumo* effettivo delle sostanze regolamentate) e «la detenzione di stupefacenti»⁵⁴. Questo obbligo si ritiene ulteriormente rafforzato dall'art. 33, il quale vincola gli Stati a consentire la «detenzione» di stupefacenti soltanto in presenza di «una autorizzazione legale»⁵⁵.

529.

⁵² Cfr. in tal senso PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit verschiedener Modelle der Cannabisentkriminalisierung*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 119, 2001, 135 s.; BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 285; BOISTER, *Penal aspects*, cit., 80; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 333; NOLL, *International Treaties*, cit., 19.

⁵³ Cfr. PANICKER, *Legalization of Marijuana and the Conflict with International Drug Control Treaties*, in *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 16(1), 2016, 8.

⁵⁴ Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 440; LEINWAND, *The International Law of Treaties and United States Legalization of Marijuana*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1971, 418.; STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 21

⁵⁵ Cfr. KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961 über die Betäubungsmittel*, in Ege-Schloenhardt,-

A differenza dell'art. 36(1)(a) della Convenzione unica, non è tuttavia chiaro se l'art. 4(c) si limiti a considerare le attività legate al traffico o si riferisca altresì al possesso, all'uso e alla produzione a qualsivoglia scopo destinato, ivi incluso il semplice consumo personale⁵⁶. Di conseguenza, le Parti potrebbero o meno ritenersi costrette ad introdurre delle misure atte a vietare l'acquisto di sostanze a fini di consumo personale, il loro semplice possesso e il mero utilizzo a seconda di come si voglia concretamente leggere tale previsione.

La scelta di quali misure si dovrebbero adottare, sia pur rimessa alla discrezionalità delle Parti contraenti⁵⁷, finirebbe secondo i più, ad ogni modo, per risultare vincolata dal fatto che gli Stati sono comunque tenuti ad interpretare l'art. 4(c) secondo "buona fede"⁵⁸. Tale tipo d'interpretazione implicherebbe, nello specifico (in ciò limitando le opzioni realmente a disposizione degli Stati in materia), che i Trattati vadano intesi in conformità all'intenzione delle Parti contraenti al momento della loro stipula, e in maniera tale da non rendere comunque le disposizioni del Trattato del tutto prive di efficacia⁵⁹. Ciò comporterebbe (a giudizio di alcuni), nel quadro della Convenzione unica, la necessità di attuare misure di proibizione interne efficaci anche per vietare l'acquisto, il possesso (finalizzati al consumo), e l'utilizzo in sé e per sé, di ogni sostanza illecita⁶⁰, visto che la limitazione degli usi delle sostanze regolamentate a fini medici e scientifici dovrebbe ritenersi essenziale per il raggiungimento degli scopi che le Parti si erano poste al momento della sua sottoscri-

Schwarzenegger-Stempkowski (eds.), *Legalisation and Decriminalisation of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Berlin, 2023, 31.

⁵⁶ Cfr. ROOM-MCKAY, *Roadmaps for Reforming the UN Drug Conventions*, Oxford, 2012, 6; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 444 s. In senso dubitativo si esprime peraltro, AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*.

⁵⁷ Cfr. ZITT, *Should I Stay or Should I Go*, cit., 531.

⁵⁸ Cfr. DÖRR, *Art. 31 VCLW*, in Dörr-Schmalenbach (eds.), in *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*², Berlin-Heidelberg, 2018, Rn. 5.

⁵⁹ Cfr. REINHOLD, *Good Faith in International Law*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 2013, 61.

⁶⁰ Così STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 21 s.; BEWLEY TAYLOR-JELSMA, *The Limits of Latitude*, cit., 17; NOLL, *International Treaties*, cit., 41 ss.; THOUMI, *Policy Options. The international drug control regime's straight jacket: are there any policy options?*, in *Trends in Organized Crime*, 13(1), 2010, 81; WALSH-JELSMA, *Regulating Drugs: Resolving Conflicts with the UN Drug Control Treaty System*, in *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(3), 2019, 267 s.; LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 439 s.; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 332; KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 31.

zione⁶¹. Si tratta, ad ogni modo, anche in questo caso, di un'interpretazione tutt'altro che sicura e immune da profili di criticità, in quanto è evidente che il principale interesse della Convenzione sia, sia sempre stato e non possa che essere, quello di contrastare il “traffico” di stupefacenti (v. *infra*, § 4.4.3, su come si dovrebbe leggere il termine).

Passando invece ad esaminare le due più recenti Convenzioni di Vienna, si può osservare come: a) la prima (quella del 1971, sulle sostanze psicotrope)⁶², pur difettando per la verità di un obbligo espresso di prevedere all'interno delle varie legislazioni nazionali fattispecie incriminatrici, affermi pur sempre, all'art. 22(1)(a) (rubricato “Norme penali”) che, «[f]erme restando le proprie norme costituzionali, ciascuna Parte *considererà come infrazione punibile* qualunque atto, commesso intenzionalmente, che infranga una legge o un regolamento adottato in esecuzione dei *propri obblighi*, derivanti dalla presente Convenzione, e *adotterà le misure necessarie* affinché le infrazioni gravi siano debitamente sanzionate, ad esempio con una pena detentiva o altra pena di privazione della libertà»⁶³; b) la seconda (del 1988), invece, in maniera ancor più netta, si spinga sino al punto di obbligare formalmente gli Stati «ad attribuire il carattere di reato» ad una serie piuttosto estesa di condotte analiticamente individuate (v. il suo art. 3)⁶⁴, imponendo così veri e propri obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati aderenti, da adempire però - ancora una volta, in base all'art. 3(2) - «fatti salvi i propri principi costituzionali e i concetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico» (sulle implicazioni derivanti dall'esistenza di tale eccezione in entrambe le Convenzioni, pur con le differenze lessicali che le caratterizzano, si v. *amplius infra*, §4.4.2)⁶⁵.

⁶¹ Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 440; LEINWAND, *The International Law of Treaties*, cit., 418.

⁶² Sulla quale si v. BOISTER, *The Suppression of Illicit Drugs Through International Law*, I, Nottingham, 1998, 55; THOUMI, *Policy Options*, cit., 78.

⁶³ Essendo rivolte principalmente agli Stati produttori, anziché a quelli coltivatori, e trattando le significative differenze di pericolosità delle sostanze regolamentate (gli artt. 5 e 7 tracciano una distinzione delle droghe in diverse “tabelle”, ordinate in base alla loro nocività), le misure di controllo della Convenzione in parola sono forse nel complesso meno severe di quelle della Convenzione unica. Tuttavia, la Convenzione utilizza pur sempre il diritto penale quale strumento per perseguire i suoi obiettivi [come rileva STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 22 ss.].

⁶⁴ Cfr. SÁNCHEZ AVILÉS, *El cannabis en las convenciones*, cit., 277 s.

⁶⁵ Come riporta SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, cit., 216, ove l'osservazione che tra tali obblighi «spiccano gli obblighi di distruzione delle coltivazioni illecite di piante contenenti sostanze stupefacenti

Per quanto riguarda la prima Convenzione di Vienna del 1971 si pone quindi preliminarmente la questione se l'art. 22, in combinato disposto con i suoi artt. 5 e 7, imponga anche la criminalizzazione dell'acquisto e del possesso di droghe votato a finalità di autoconsumo (nonché del consumo in sé e per sé considerato). Punto, questo, su cui nemmeno gli Stati sono riusciti a trovare un vero accordo nel procedere alla stesura del Trattato.

Per quanto la formulazione dell'art. 22(1)(a) non precluda una tale interpretazione⁶⁶, visto che né l'art. 5 né l'art. 7 distinguono tra l'acquisto o il possesso finalizzati al traffico o al consumo, e che entrambi prendono in considerazione persino l'“uso” di sostanze regolamentate, le evidenti assonanze con la precedente Convenzione, in particolar modo per quanto riguarda i suoi scopi, paiono suggerire che tale obbligo di sanzionare il consumatore non possa ritenersi ravvisabile neppure tra le “maglie” di questo ulteriore testo⁶⁷: un punto su cui ormai tanto gli studiosi quanto le NU concordano, ritenendo che l'art. 22(1)(a) si applichi esclusivamente alle condotte indirizzate al narcotraffico⁶⁸.

Pertanto, gli Stati non sembrano affatto tenuti a criminalizzare i consumatori di sostanze stupefacenti e psicotrope: anche in base alla Convenzione del 1971 sembra, insomma, che si possa ritenere (con incertezze soprattutto sulla possibilità di approdare ad una legalizzazione *tout court*: ma sul punto ci intratterremo *infra*) che una decriminalizzazione o una depenalizzazione delle condotte prodromiche all'autoconsumo ben potrebbe ritenersi compatibile con il rispetto degli obblighi internazionali⁶⁹.

o psicotrope - come il papavero da oppio, l'arbusto di coca e la pianta di cannabis - e l'adozione di misure appropriate per impedirne la coltivazione sul territorio nazionale».

⁶⁶ Così ritiene STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 24. Ritiene che la questione sia controversa AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*.

⁶⁷ Cfr. BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286; BOISTER, *The Suppression of Illicit Drugs*, cit., 97 s.; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 331, 333; ALBRECHT, *Internationales Betäubungsmittelrecht*, cit., 680.

⁶⁸ Cfr. BOISTER, *The Suppression of Illicit Drugs*, cit., 97 ss., 99 ss.; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 333. Peraltro, proprio dal fatto che si parli di “traffico” (dunque un qualcosa di fundamentalmente illegale), si potrebbe ricavare la conclusione che sia invece ammissibile una legalizzazione (con licenze statali), come quella che aveva prospettato la Germania [cfr. KHAN-LANDWEHR, “Legalize It!?” - *Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law*, in *EuCrim*, 1, 2023, 96]. Sul punto v. *amplius infra* (§§ 4 ss.), quanto verrà detto con riferimento alle possibilità di superare interpretativamente gli obblighi di matrice europea e internazionale.

⁶⁹ Cfr. BOISTER, *The Suppression of Illicit Drugs*, cit., 98; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 332; FEILDING, *Cannabis and the Psychedelics: Reviewing the UN Drug Conventions*, in Labate-Cavnar (eds.),

Più chiara e venata da un impianto maggiormente repressivo, parrebbe essere, però, come detto, la Convenzione di Vienna del 1988, che nell'imporre obblighi di criminalizzazione relativi ad una vasta congerie di condotte relative al lato dell'offerta, sembra a giudizio dei più vincolare gli Stati contraenti - v. il citato art. 3(2) - anche ad «attribuire la natura di reato [...] alla detenzione ed all'acquisto di sostanze stupefacenti e psicotrope, alla coltivazione di stupefacenti destinati al consumo personale in violazione delle disposizioni della Convenzione del 1961 così come emendata oppure della Convenzione del 1971».

A differenza delle Convenzioni in precedenza citate, la Convenzione del 1988, in poche parole, potrebbe, a giudizio della maggior parte degli interpreti, demandare la criminalizzazione anche dell'acquisto e del possesso di droga, altresì ove si tratti di condotte destinate a mere finalità di autoconsumo⁷⁰.

Nonostante la formulazione apparentemente più univoca della disposizione, parte della dottrina e vari Stati sembrerebbero peraltro oggi essere dell'idea che essa non demanderebbe affatto, in realtà, la criminalizzazione delle condotte poste in essere dai meri consumatori, interpretando anche tale Convenzione come un Trattato che si occupa prevalentemente (per non dire soltanto) del lato dell'offerta, ed è dunque volto a reprimere essenzialmente le sole condotte votate al *traffico*⁷¹. Tale prospettazione è peraltro ancora oggi contestata dalle NU e da altri interpreti, che mettono in dubbio la validità di una consimile lettura⁷², ritenendo che essa finisca per ignorare non soltanto la formulazione inequivoca e lo scopo della disposizione, ma anche il contesto politico in cui essa è stata adottata: l'art. 3(2) della Convenzione sul traffico è stato introdotto - si dice - per meglio includere gli interessi degli Stati produttori, cioè i Paesi in via di sviluppo, che altrimenti avrebbero dovuto sostenere la maggior parte degli sforzi volti alla prevenzione della diffusione degli stupe-

Prohibition, Religious Freedom, cit., 198.

⁷⁰ Cfr. PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit., 139; BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286; ALBRECHT, *Internationales Betäubungsmittelrecht*, cit., 680; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 332.

⁷¹ Cfr. WOLTRING, *Examining existing drug policies. The 1988 UN Convention. Help or hindrance*, in *Criminology Australia*, 1(5), 1990, 19; ALBRECHT, *Internationales Betäubungsmittelrecht*, cit., 663; sul punto si v. *amplius* KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 331.

⁷² Così STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 26

facenti nel mondo, e per evitare così che gli Stati consumatori, ossia i Paesi più sviluppati dell'Europa e dell'America del Nord, potessero al contrario astenersi dall'introdurre misure in materia o introdurne soltanto di parziali⁷³.

Da questo punto di vista risulta quindi difficile capire *prima facie* se la Convenzione del 1988 richieda o meno la criminalizzazione di tutte le condotte relative alle sostanze stupefacenti illecite, ivi incluse quelle relative all'acquisto e al possesso per uso personale, con la sola eccezione del consumo (che tuttavia dipende pur sempre dal previo possesso e acquisto)⁷⁴, ovvero consenta in qualche misura di pervenire a una decriminalizzazione (o persino a forme più accentuate di legalizzazione)⁷⁵.

Alla luce delle norme che si sono sin qui sinteticamente passate in rassegna – che, come visto, potrebbero (almeno accedendo a certe letture) ritenersi suscettibili d'interessare ogni tipologia di condotta, quale che ne sia la finalità, ivi inclusa la coltivazione su piccola scala per uso personale di *cannabis* (artt. 36, co. 1 della Convenzione unica, che, come visto, non è del tutto chiaro sul punto, e art. 3, co. 2 della Convenzione del 1988), e, secondo alcune inter-

⁷³ Cfr. BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 393; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 334; PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit. 135; ALBRECHT, *Internationales Betäubungsmittelrecht*, cit., 681; SPROULE-ST. DENIS, *The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step*, in *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 2019, 269.

⁷⁴ In questo senso, si v. PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit., 138; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 334.

⁷⁵ L'*International Narcotics Control Board* (INCN), l'organo che vigila sulle convenzioni delle NU in materia di droga, sembra in realtà al più riconoscere la possibilità di una depenalizzazione (nel senso di non punire, punire con sanzioni non detentive o attenuare la risposta penale, ferma restando la formale criminalizzazione) per il possesso o l'acquisto di piccole quantità di droga a fini di consumo personale. In tal senso cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 444; STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 27. Nel senso che la Convenzione ammetta soltanto una forma di "depenalizzazione", si pronunciava da noi già PALAZZO, *Consumo*, cit. 29, il quale rilevava che nell'«articolatissimo sistema repressivo della Convenzione, occorre distinguere tra i reati di produzione e traffico e quelli ad essi connessi (art. 3. § 1), da un lato, e i reati di detenzione e acquisto di stupefacenti destinati al consumo personale (art. 3. § 2), dall'altro». Con riferimento al primo gruppo, sostiene l'illustre A., «la Convenzione autorizza l'adozione di misure terapeutiche o riabilitative in funzione di regola *complementare* rispetto alla sanzione penale: salvo, peraltro, che si tratti di ipotesi di "natura minore", nelle quali è pertanto possibile adottare tali misure in funzione totalmente *sostitutiva* della sanzione penale». Per quanto riguarda invece i reati del secondo gruppo «la Convenzione contiene una disposizione specifica (art. 3. § 4 lett. d), ove si dice espressamente che le misure terapeutiche o riabilitative possono essere previste sia in sostituzione della sanzione penale sia in aggiunta ad essa. Per l'idea che la Convenzione, interessandosi essenzialmente del "traffico" (attività di per sé *illicita*), ammetterebbe invece persino la possibilità di una legalizzazione (tramite licenze statali), si v. KHAN-LANDWEHR, *"Legalize It!?"*, cit., 96 (sul punto torneremo in dettaglio *infra*, § 4.4.3).

pretazioni, persino il possesso (anche ove destinato a finalità di autoconsumo) - non stupisce che «la legalizzazione o la depenalizzazione» della stragrande maggioranza di condotte relative al ciclo della droga sia stata ritenuta dai più «un'opzione» incompatibile con gli obblighi internazionali⁷⁶.

Se così fosse, sensato o meno che lo si volesse se del caso ritenere, il proibizionismo rimarrebbe allora, come già osservato (ed è in effetti ciò che ha sostenuto l'opinione ancora oggi del tutto prevalente, sposata altresì da alcuni organismi di controllo ufficiali), l'unica soluzione che le Convenzioni internazionali ammetterebbero e concederebbero per gli Stati firmatari⁷⁷. Dubbi, ove ne siano, residuerebbero solo attorno al trattamento da riservare al consumatore in proprio (anche per alcune attività prodromiche), là dove comunque le fonti internazionali parrebbero propendere vieppiù per la necessità di una qualche forma d'intervento, anche se si tratta di ricorrere solo a trattamenti riabilitativi e sanzioni amministrative, e non già a forme di repressione penale *tout court*.

Se e come questa idea potrebbe eventualmente condividersi o superarsi è un tema che, come avvertito sin dal principio, è stato già più volte problematizzato dalla letteratura straniera e che verrà esaminato ampiamente più avanti anche da noi (v. §§ 4 ss.). Adesso è invece il caso di passare brevemente in rassegna anche le disposizioni pertinenti del diritto UE, che potrebbero (a giudizio dell'opinione comune) operare in senso altrettanto limitativo - per gli Stati

⁷⁶ Come rilevato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 96.

⁷⁷ Per VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 95, «l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni è quello di vietare completamente la circolazione di sostanze stupefacenti per scopi diversi da quelli medici o scientifici», sicché la legalizzazione sembra essere difficile da conciliare con tale obiettivo. Il proibizionismo sembra dunque essere l'unica strada ammessa, sia pur declinato - specifica l'art. 14 della Convenzione di Vienna del 1988 - nel dovuto *rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo* e tenendo in debito conto gli usi leciti tradizionali, quando tali usi sono attestati dalla storia, nonché della protezione dell'ambiente [cfr. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, cit., 216]. Cfr. da ultimo, in tal senso, il Rapporto dell'*International Narcotics Control Board* (INCB) del 2021, § 224, § 819 («qualsiasi misura che consenta l'uso di cannabis per scopi non medici viola l'obbligo legale che incombe alle parti»), § 902 («... preoccupazione per la legalizzazione dell'uso di cannabis per scopi non medici e non scientifici in diverse giurisdizioni...»), nonché i pareri dell'INCB sugli approcci di depenalizzazione/regolamentazione a livello nazionale, attuati ad es. dagli USA (§ 222), dal Lussemburgo (§ 256), dai Paesi Bassi (§ 266), dal Canada (v. il rapporto sulla conformità del disegno di legge C-45 emesso in data 13 aprile 2018) e dall'Uruguay, secondo cui tali approcci sarebbero incompatibili con l'art. 4 della Convenzione unica e addirittura tali da minare il «rispetto dell'ordine internazionale». Sul punto cfr. Anche KRETT, *Illegal Drug and Marijuana Law*, Durham, 2019, 978 s.; e BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 287 s.

membri – sulle scelte realmente effettuabili per quanti fossero intenzionati ad abbandonare l'attuale modello proibizionistico.

3.2. *I vincoli (all'apparenza) promananti dal diritto UE.* Sebbene le Convenzioni in materia di stupefacenti costituiscono già, a giudizio dei più, un sistema di controllo delle droghe alquanto rigoroso e dettagliato (da ritenersi oltretutto applicabile anche entro i confini dell'area Schengen), in effetti, la lotta contro gli stupefacenti è stata fatta altresì oggetto (come già anticipato) di una normazione *ad hoc* di matrice europea, strettamente connessa a quella internazionale: l'Unione è invero Parte della Convenzione del 1988 (per le sue aree di competenza) e gli strumenti dalla stessa predisposti hanno avuto, tra le altre cose, anche lo scopo di integrare le Convenzioni delle NU sugli stupefacenti nell'area Schengen⁷⁸, facendo del contrasto alla diffusione di tali sostanze una delle colonne portanti della politica criminale e sanitaria dell'Unione⁷⁹. L'*acquis* di Schengen, che ha previsto l'abolizione dei controlli alle frontiere interne degli Stati contraenti al fine di completare il mercato interno, ha rappresentato, del resto, anche il primo quadro comune per la cooperazione transnazionale nel settore della lotta al traffico illecito di sostanze stupefacenti. Come conseguenza della creazione dell'UE (trattati di Maastricht del 1993, di Amsterdam del 1997-1999, di Lisbona del 2007), la base giuridica per l'azione dell'Unione nel campo della criminalizzazione del traffico illecito di stupefacenti si trova oggi contenuta nell'articolo 83 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE). Nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (cap. 4 TFUE), il Parlamento europeo e il Consiglio possono pertanto adottare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori della criminalità particolarmente grave [ivi incluso il traffico di stupefa-

⁷⁸ Come rilevano VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 101 ss., il motivo dell'adozione di strumenti aggiuntivi da parte dell'UE è che gli Stati membri (inizialmente i firmatari dell'Accordo di Schengen e poi i membri dell'UE) hanno ritenuto che le misure contenute in questi strumenti fossero necessarie per compensare gli effetti negativi dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne dell'Unione.

⁷⁹ Come ricordato da GANDINI, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti*, cit., 304, rilevando anche come il fenomeno venisse «preso in considerazione sotto un duplice profilo» (ordine pubblico e salute pubblica), così facendo acquisire «natura orizzontale» alla «materia, che» apparteneva «tanto all'ambito dell'Unione europea quanto all'ambito della Comunità europea», dunque sia «alla politica criminale» nell'ambito del c.d. terzo pilastro, sia alla «politica socio-sanitaria», nell'ambito del primo pilastro.

centi] che presentano una dimensione transfrontaliera derivante dalla natura o dall’impatto di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comune» (art. 83, § 1, TFUE).

A tal fine, sono stati approntati anche due ulteriori strumenti (già menzionati), che acquistano particolare rilievo al fine di stabilire quali siano i vincoli incombenti sugli Stati membri in materia di stupefacenti: l’azione comune del 1996 e la decisione-quadro del 2004 sul traffico illecito di stupefacenti (2004/757/GAI, così come modificata dalla Direttiva 2017/2103 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 novembre 2017, nonché dalla Direttiva delegata 2019/369 della Commissione, del 13 dicembre 2018 e, da ultimo, dalla direttiva delegata 2020/1687 della Commissione, del 2 settembre 2020).

Partendo dall’esame dei vincoli apparentemente derivanti dall’*acquis* di Schengen, il suo art. 71(1) stabilisce che «le Parti contraenti si impegnano, relativamente alla cessione diretta o indiretta di stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la *cannabis*, nonché alla detenzione di detti prodotti e sostanze allo scopo di cederli o di esportarli, ad adottare, conformemente alle vigenti convenzioni delle NU, tutte le misure necessarie a prevenire e a reprimere il traffico illecito degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope»⁸⁰. Il relativo art. 71(2) aggiunge poi che «le Parti contraenti si impegnano a prevenire e a reprimere, mediante provvedimenti amministrativi e penali, l’esportazione illecita di stupefacenti e di sostanze psicotrope, compresa la *cannabis*, nonché la cessione, la fornitura e la consegna di detti prodotti e sostanze, fatte salve le disposizioni pertinenti degli articoli 74, 75 e 76»⁸¹.

Da questa duplice disposizione si ricava da parte di molti l’esistenza di veri e propri *obblighi di criminalizzazione* (sull’esistenza di obblighi *procedurali* residuano più dubbi)⁸², relativi alle condotte finalizzate alla cessione, facendo

⁸⁰ Come si osserva da parte di VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 105, nel parlare di “repressione”, la versione italiana (come quella francese e inglese) sembra deporre per l’impiego di misure di carattere penale (differentemente il termine impiegato nella versione tedesca - *Unterbindung* - appare molto più generico).

⁸¹ Curiosamente, come rileva, HOFMANN, *The Regulation of Cannabis*, cit., 57, curiosamente «vi sono due riferimenti espliciti alla *cannabis*». Ciò è «degnò di nota perché la maggior parte delle convenzioni parla solo di stupefacenti in termini generali e poi specifica in una tabella allegata quali sostanze sono incluse». In questo caso, tuttavia, è parso «importante per le parti contraenti sottolineare esplicitamente che anche, e soprattutto, il commercio di *cannabis*» dovesse restare «vietato».

⁸² Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 109, i quali ritengono peraltro

salva, per le condotte votate al consumo personale di alcuni stupefacenti, l'applicabilità delle pertinenti disposizioni delle Convenzioni delle NU⁸³.

Un qualche spazio per derogare espressamente a tali obblighi viene peraltro concesso dall'Atto finale della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen, il quale prevede che, «se una Parte contraente deroga al principio di cui all'articolo 71, § 2, *nel quadro della sua politica nazionale di prevenzione e di trattamento della tossicodipendenza*, tutte le Parti contraenti prendono le misure amministrative e penali necessarie per prevenire e reprimere l'importazione e l'esportazione illegali di stupefacenti e di sostanze psicotrope in particolare verso il territorio delle altre Parti contraenti». Pertanto, «se uno Stato si astiene dall'applicazione amministrativa e penale per quanto riguarda la prevenzione e il trattamento della dipendenza, è anche tenuto ad adottare tutte le misure amministrative e penali necessarie per combattere l'importazione e l'esportazione illecita»⁸⁴.

L'azione comune del 1996 (96/750/JHA del 17 dicembre 1996), invece, che pur è sembrata ad alcuni in qualche misura spingersi oltre l'*acquis* di Schengen, sembrerebbe assumere un ruolo viepiù sussidiario rispetto al diritto in-

che, anche se la Convenzione che implementa l'accordo di Schengen non contiene disposizioni espresse su obblighi procedurali, si deve ritenere che essi potrebbero forse derivare implicitamente dall'obbligo generale di cui all'articolo 71(5): «[p]er quanto riguarda la lotta contro la domanda illecita di stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la *cannabis*, le Parti contraenti si adopereranno con ogni mezzo per prevenire e lottare contro gli effetti negativi della domanda illecita»; «[c]iascuna Parte contraente è responsabile delle misure adottate a tal fine». Da quest'ultima disposizione essi ricavano altresì l'obbligo di contrastare le attività di coltivazione, non applicandosi al § 5, l'eccezione prevista dall'Atto finale (di cui si dirà *infra* nel corpo del testo).

⁸³ Come rilevano VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 107, quanto alla *cannabis*, «l'accordo di Schengen non contiene disposizioni specifiche sulla coltivazione di *cannabis* e l'articolo 71(2), dell'accordo di attuazione di Schengen non comporta l'obbligo di criminalizzare il possesso di tale sostanza in quanto tale: tale obbligo si applica solo al possesso di *cannabis* a scopo di vendita (articolo 71, § 1, dell'accordo di attuazione Schengen)». Le Convenzioni delle NU continuano quindi a regolare tutti gli altri casi di possesso di *cannabis*.

⁸⁴ Come osservano VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 107 s., rilevando che «può sostenersi che i Paesi Bassi, con la loro politica dei *coffee shop*, agiscono in accordo con la Dichiarazione congiunta, a patto che vengano adottate tutte le misure ragionevolmente possibili per impedire che» la droga «acquistata, fornita o consegnata nel contesto della prevenzione o del trattamento della dipendenza» che si attua nel Paese «possa travalicare il confine entrando in altri Stati contraenti». Sui dubbi che possono ravvisarsi attorno alla delimitazione più precisa del concetto di «prevenzione e trattamento» delle dipendenze e sull'idea che in qualche misura la legalizzazione stessa potrebbe ritenersi in qualche maniera una misura atta a favorire tale trattamento e prevenzione (sia pur da una prospettiva scettica sull'assunto della possibilità di prevenire le dipendenze tramite legalizzazione), cfr. HOFMANN, *The Regulation of Cannabis*, cit., 58 ss.

ternazionale (come chiarito già dal *Preambolo* e dal suo art. 10) e mira soprattutto ad armonizzare le normative dei vari Stati membri dell'UE⁸⁵.

Da un lato, l'azione comune esprime soprattutto, infatti, la necessità di un approccio integrato nella lotta contro la droga (dipendenza e traffico), come chiarito dai suoi artt. 1 e 2. L'azione comune sul traffico illecito di stupefacenti mira, insomma, a creare impegni per gli Stati membri dell'UE essenzialmente in materia di armonizzazione delle legislazioni nazionali e delle prassi delle forze di polizia, dei servizi doganali e delle autorità giudiziarie al fine di prevenire e combattere il traffico illecito di stupefacenti nell'Unione.

Sotto altro profilo, poi, essa mantiene viepiù un rapporto di ancillarità rispetto alla normativa internazionale. Il punto fondamentale, invero, è che gli Stati membri ottemperino agli obblighi assunti «a norma delle convenzioni delle Nazioni Unite del 1961, 1971 e 1988» e che esaminino «i mezzi per rendere più efficace il rispetto di dette convenzioni, in particolare aiutando i paesi terzi a mettere in atto i loro obblighi» (questa affermazione, contenuta nel *Preambolo*, trova un *pendant* anche nell'art. 7, ove si stabilisce che «gli Stati membri vigilano affinché possano essere rispettati in modo rigoroso ed effettivo gli *obblighi loro derivanti* dalle *convenzioni* delle Nazioni Unite sugli stupefacenti e le sostanze psicotrope del 1961, del 1971 e del 1988»).

All'interno dell'azione unica è peraltro dubbio se possano o meno scorgersi veri e propri ostacoli ad un'adozione di regimi di legalizzazione o decriminalizzazione o ancora tolleranza *in action* in materia di droghe: a) l'art. 3 stabilisce che «gli Stati membri si impegnano a lottare contro i *flussi illeciti* intracomunitari di prodotti stupefacenti e di sostanze psicotrope, ivi compreso il “turismo della droga”, ma così facendo sembra in gran parte legare la repressione del narcoturismo con l'illiceità del flusso a monte; b) l'art. 9 pone un obbligo di criminalizzazione (l'unico dell'azione unica), «qualora l'atto sia stato compiuto intenzionalmente», per il «fatto di incitare o indurre pubblicamente dei terzi, con qualsiasi mezzo, all'uso o alla produzione *illecita* di prodotti

⁸⁵ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 113 s. L'art. 10 chiarisce in particolare che «[l]a presente azione comune non osta a che uno Stato membro, nel rispetto dei suoi impegni internazionali, mantenga o introduca nel suo territorio le eventuali misure supplementari che ritenga adeguate per combattere la tossicodipendenza e prevenire e contrastare il traffico illecito di droga».

stupefacenti», la cui vincolatività viene però pur sempre ancorata a tratti di illiceità delle condotte e subordinata al rispetto, da parte degli Stati membri, comunque, «dei rispettivi principi costituzionali e dei fondamenti dei rispettivi ordinamenti giuridici»⁸⁶; c) l'art. 4 impone agli «Stati membri» di provvedere «affinché nell'ambito dei rispettivi ordinamenti giuridici le sanzioni applicabili ai reati gravi in materia di traffico di droga rientrino tra le pene più severe tra quelle comminate per reati di analoga gravità» (enfasi in corsivo aggiunta)⁸⁷.

In base all'art. 8 dell'azione comune, infine, gli Stati membri sembrano tenuti ad «adottare le misure più opportune per lottare contro la coltivazione illecita delle piante contenenti principi attivi con proprietà stupefacenti». L'art. 8 dell'azione comune non specifica quali misure gli Stati debbano adottare, limitandosi ad affermare che queste debbano essere «le più opportune» (corsivi aggiunti). Ciò significa che gli Stati membri avrebbero comunque una certa discrezionalità nella scelta delle misure da adottare, anche se queste dovrebbero risultare comunque opportune (dunque utili) per contrastare la coltivazione illecita di stupefacenti (altrimenti difficilmente potrebbero essere ritenute tali). Che da questa previsione possa discendere una impossibilità o perlomeno delle difficoltà nell'adottare regimi alternativi a quello proibizionista

⁸⁶ Per VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 114, «ciò conferma che l'azione comune è volta principalmente a integrare, piuttosto che a ripetere, l'approccio restrittivo dell'*acquis* di Schengen e, in particolare, delle convenzioni delle Nazioni Unite in materia di stupefacenti».

⁸⁷ Per VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 115, tale previsione rappresenta «un primo passo nella legislazione dell'UE in materia di droga verso l'introduzione di sanzioni minime per i reati connessi alla droga, che trova riscontro nella decisione quadro del 2004». Che questa previsione possa imporre un divieto di legalizzazione e/o depenalizzazione (in concreto) è però tutto da dimostrare. Al di là del fatto che essa si riferisca al traffico (vedremo *infra*, § 4.4.3, cosa ciò comporti), il termine «comminate» suggerisce che l'obbligo sia destinato, comunque, in primo luogo, al legislatore nazionale e ciò trova conferma in qualche misura «anche nel testo francese («*les sanctions applicables*»), tedesco («*im Rahmen ihrer Rechtsordnungen die Sanktionen [...] zu den strengsten Strafen [...] gehören*») e spagnolo («*las sanciones aplicables*»). La formulazione del testo inglese, «*ensure that [...] the penalties imposed [...] are among the most severe*» (ove si parla di un'imposizione effettiva, e non solo di un'applicabilità astratta), offre un'indicazione leggermente più forte nel senso che gli Stati dovrebbero provvedere affinché siano effettivamente imposte (applicate) le sanzioni più severe. A nostro avviso (ma alla stessa conclusione pervengono i due interpreti poc'anzi citati), tuttavia, «ciò non è sufficiente per presumere, in assenza di prove in tal senso nelle versioni olandese, tedesca, francese e spagnola, che le sanzioni non debbano essere semplicemente comminate, ma debbano anche essere effettivamente applicate».

(come da alcuni sostenuto)⁸⁸ è peraltro alquanto dubbio (stante il ripetuto riferimento alle Convezioni, come pure il reiterato impiego dell'aggettivo qualificativo "illecito", accostato alle più disparate condotte da contrastare in base ai dettami dell'azione comune).

Gli obblighi più rilevanti in ambito UE, ad ogni modo sono quelli che derivano dalla decisione-quadro 2004/757/GAI del Consiglio, la quale non ha cessato di aver effetto - sulla scorta del principio di continuità stabilito espressamente dall'art. 9 del Prot. n. 36 allegato al TUE - neppure dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, nel superare la suddivisione in Pilastrici, ha fatto anche scomparire le decisioni-quadro (per il futuro) dal sistema delle fonti di produzione del diritto UE⁸⁹. Tale decisione fissa invero norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico di stupefacenti⁹⁰, basandosi sostanzialmente sull'*acquis* di Schengen, sull'azione comune del 1996 e sulle Convenzioni delle NU. Scopo della predetta decisione-quadro è armonizzare le disposizioni del diritto penale sostanziale (reati e sanzioni) dei vari Stati, in modo da rendere possibile un approccio più efficace nella lotta al traffico di stupefacenti in tutta l'UE, sulla scorta del convincimento, espresso a più riprese dalle istituzioni ufficiali, che il diffondersi del consumo di stupefacenti rappresenti una minaccia per la salute, per la sicurezza e per la qualità della vita dei cittadini europei, nonché per la stabilità stessa (sociale, politica ed economica) dell'Unione⁹¹.

In quest'ottica la decisione-quadro sembra porre diversi obblighi di crimina-

⁸⁸ Per l'idea che «consentire tale coltivazione di *cannabis*, ad esempio legalizzandola o regolamentandola in qualsiasi modo o tollerandola come questione di politica, sarebbe in contrasto con tale obbligo»; in breve, che l'azione comune costituisca un ostacolo a tale obiettivo», si v. comunque VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 115.

⁸⁹ Cfr. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2019, 292; MAIELLO, *I riflessi*, cit., 57 ss. Le decisioni-quadro conservano vigore «fintantoché non saranno sostituite da atti adottati in applicazione dei nuovi Trattati». Cfr. in proposito anche TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2021, 43 ss.

⁹⁰ Cfr. BOGENSBERGER, *Art 83 TFEU*, in Kellerbauer-Klamert-Tomkin (eds.) *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, Rn. 17.

⁹¹ Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 92; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 234 ss. (il quale ritiene che le richieste sanzionatorie promananti dalla decisione-quadro siano commisurate alla dannosità alla salute delle condotte ivi indicate, sia pur ricordando come anche la legislazione europea non manchi di far richiamo ad interessi ulteriori, come «l'economia legale, la stabilità e la sicurezza degli Stati membri»).

lizzazione relativamente ad una varietà di condotte (art. 2), quali: produzione, estrazione, vendita al dettaglio, distribuzione, trasporto, importazione, esportazione, trasferimento e coltivazione di stupefacenti, nonché fabbricazione, trasporto o distribuzione dei c.d. “precursori”⁹². Soltanto le condotte “esclusivamente” e direttamente di consumo (eventualmente anche laddove svolte congiuntamente all’interno di *Social Club*) sembrerebbero in qualche misura potersi sottrarre a questo obbligo di criminalizzazione, ai sensi dell’art. 2(2)⁹³. Vari dubbi vengono espressi dalla dottrina prevalente, invece, in merito a tutte le altre attività prodromiche al predetto consumo. I menzionati obblighi di criminalizzazione delineati dalla decisione-quadro parrebbero, a giudizio della maggior parte degli interpreti, impedire di prevenire a una vera e propria legalizzazione delle attività di coltivazione, fornitura e traffico, anche di droghe leggere (come la *cannabis*), altresì nei casi in cui si tratti di attività destinate ad una (sia pur regolamentata e autorizzata) distribuzione a fini di consumo personale (ma sulla condivisibilità o meno di questa lettura, si v. sempre *infra*, § 4.4.3)⁹⁴.

Di conseguenza, da parte dei più si ritiene che non vi sia spazio per approdare a forme estese di legalizzazione o peggio ancora ad una vera e propria liberalizzazione. Non è tuttavia chiaro se tale lettura possa ritenersi davvero condivisibile (cfr. amplius *infra*, § 4.4.3), né se la decisione-quadro imponga, oltre ai menzionati obblighi di criminalizzazione, altresì obblighi procedurali, e neppure quale debba ritenersi essere il grado di reale vincolatività di tale atto

⁹² Cfr. amplius WEISER, *Angeleichung von Strafvorschriften zur grenzüberschreitenden (organisierten) Kriminalität*, in Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2021, 469 ss.

⁹³ In tal senso si v. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 198, 201. Sul punto (su cui comunque si potrebbe dibattere), cfr. Anche WEISER, *Angeleichung von Strafvorschriften*, cit., 471; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlin-New York, 2021, 282 ss.; GANDINI, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti*, cit., 325. Da noi, per l’osservazione che la condivisione della droga con altri soggetti della stessa cerchia sociale al fine di un’assunzione di gruppo sarebbe una condotta connotata da un profilo di «socialità che» darebbe «al consumo personale di stupefacenti una dimensione collettiva, ma non necessariamente diffusiva», cfr. MARESCA, *L’uso personale di stupefacenti e le aporie del sistema penale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2014, 8. Sui tentativi in Spagna di legittimare i *Cannabis Social Club*, ritenendo le condotte ivi e da questi realizzate atipiche (facendo leva su parallelismi con il consumo condiviso), si v. (in senso peraltro critico, patrocinando la necessità di una riforma legislativa), FERNÁNDEZ BAUTISTA, *Los clubes sociales de cannabis. Antijuridicidad e imputación personal*, Valencia, 2021, 46 ss., 66 ss., 125 ss.

⁹⁴ Dal momento che tale legalizzazione - si dice - esulerebbe dalla finalità di autoconsumo [così, in particolare, VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 201].

normativo per il sistema penale italiano.

Mettendo per il momento in *standby* l'esame relativo alla condivisibilità del primo punto evocato, per quanto più specificamente attiene all'esistenza di obblighi procedurali, si può rilevare come la giurisprudenza della CGUE sembri per la verità ritenere che essi sussistano relativamente a tutte le attività per le quali il diritto UE impone obblighi di criminalizzazione. Gli obblighi procedurali non ricorrerebbero dunque, secondo la prospettazione della dottrina prevalente, in linea di massima, solo per le attività di coltivazione e detenzione per uso personale (forse) e per il consumo in sé (anche se trattasi di attività svolte all'interno di *Social Club*, poiché dovrebbero ritenersi pur sempre attività riconducibili alla clausola degli "atti destinati al consumo")⁹⁵.

Relativamente alla vincolatività per l'Italia della decisione-quadro, invece, bisogna osservare come la stessa – che per espressa previsione transitoria (v. il già citato art. 9, Prot. n. 36 dell'all. al TUE) è da ritenere sprovvista di effetti diretti – non sia mai stata formalmente recepita dal nostro legislatore⁹⁶. Gli obblighi derivanti dalla decisione-quadro sembrerebbero dunque poter acquisire per il nostro Paese un rilievo solo "indiretto", derivante: a) dalla sua potenziale vincolatività dal punto di vista ermeneutico, atteso l'obbligo di interpretazione conforme alla lettera e allo scopo delle fonti sovranazionali che può ritenersi oramai gravante sui giudici italiani anche quando gli stessi si confrontino con tale tipologia di atti normativi (tale obbligo interpretativo è stato infatti esteso – con il limite del necessario rispetto dei principi generali del diritto interno – anche a tali fonti non *self-executing* dalla pronuncia della CGUE, 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03)⁹⁷; b) dall'eventuale attribuibilità al-

⁹⁵ Per un'ampia discussione in merito cfr. HOFMANN, *Cannabis-Legalisierung light in Deutschland Triumph der Vernunft?*, in www.verfassungsblog.de, 26 aprile 2023, *passim*.

⁹⁶ Come osservano GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali*, cit., 290; RUGA RIVA, *Il ruolo della decisione-quadro nell'interpretazione del diritto interno e nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esempio della legislazione antidroga*, in Sgubbi-Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 125 ss. Come ricorda TOREILLO, *Produzione e traffico*, cit., 42, l'unica «sua traccia è rinvenibile nella legge comunitaria del 2009 – legge 4 giugno 2010, n. 96 –, che all'art. 52 delega il Governo ad adottare entro dodici mesi i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per l'attuazione di alcune decisioni quadro, tra le quali quella in argomento».

⁹⁷ Cfr. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Derecho penal europeo*, Valencia 2020, 61 ss.; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Milano, 2005, cap. I, § 2 (ricordando come il vincolo dell'interpretazione conforme sia andato incontro ad una progressiva espansione: dalle direttive non trasposte, alle norme

la decisione-quadro in parola (ove gli obblighi da essa derivanti dovessero ritenersi muniti dei requisiti di precisione e vincolatività richiesti, come tendenzialmente si è reputato sinora per quelli in esame) del ruolo di parametro interposto, nei giudizi di costituzionalità, ex artt. 11 e 117, co. 1 Cost., relativi alla disciplina interna⁹⁸.

dei Trattati, fino al diritto UE nella sua interezza); BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, in *Sist. pen.*, 3 febbraio 2023, 8 ss., 21; MANES-SGUBBI, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, *passim*; FRONZA, *Primacy, Duty of Loyalty and Interpretation*, in Ambos-Rackow (eds), *The Cambridge Companion*, cit., 94 ss.; DONINI, *Diritto penale*, I, Milano, 2024, 932 ss. Qui il vero nodo problematico sarebbe stabilire quali limiti incontri l'obbligo d'interpretazione conforme (a qualsiasi norma UE, tanto *self-executing* quanto *not self-executing*), e se esso possa esplicarsi anche *in malam partem*. Sul punto si fronteggiano (almeno) tre diversi orientamenti: a) uno che esclude in radice, rispetto a ogni fonte UE, l'interpretazione conforme della fattispecie penale e l'implementazione dei suoi elementi normativi con effetti sfavorevoli [cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 64; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2012, 1 ss., 11, 34; VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 169; BELFIORE, *Giudice nazionale e Corti europee: disapplicazioni illiberali e conformazioni in malam partem*, in *disCrimen*, 1° settembre 2021, 18]; b) uno che ammette l'interpretazione conforme *in malam partem* con riferimento a qualsiasi fonte UE, sempreché tali effetti non siano dovuti ad operazioni a carattere più o meno larvatamente analogico e si mantengano entro i confini di un'interpretazione estensiva endotestuale [cfr. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso-Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, § 6.1; SALCUNI, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *Arch. giur.*, 2011, 37; MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1139; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Milano, 2023, 64 s.; DONINI, *Diritto penale*, cit., 936 s.] c) uno che, nei limiti ora descritti, accetta l'interpretazione conforme della fattispecie penale e/o l'implementazione dei suoi elementi normativi con effetti di sfavore, ma soltanto relativamente alle fonti UE *self-executing* [cfr. SOTIS-BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011, 8, n. 23 (con un *revirement* rispetto a posizioni precedenti); GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, 294 ss., 302 ss.; BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE*, cit., 48 s.]. All'evidenza, è solo aderendo all'orientamento estensivo (lett. b) che si potrebbero ritenere derivanti dalla decisione-quadro del 2004 anche obblighi d'interpretazione conforme (estensiva, non analogica) *in malam partem* (quelli *in bonam partem* sono pacificamente ammessi).

⁹⁸ Cfr. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale, La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in Manes-Napoleoni (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 295 ss. e 324 ss., il quale rammenta come affinché «la fonte richiamata quale «parametro interposto» possa condurre alla diagnosi di incostituzionalità è, ovviamente, necessario che l'antinomia con la norma interna - oltre che insanabile in via interpretativa - sia «chiara ed evidente»: e ciò può dirsi solo quanto il contenuto dell'obbligo sovranazionale non lasci particolari «margini di apprezzamento» allo Stato, come invece accade quanto lo stesso si limiti - sono casi molto frequenti -

Il rilievo indiretto menzionato, in ogni caso, a voler seguire certe prospettazioni dottrinali e della Corte cost. (sia pur da questa spesso espresse tramite dei meri *obiter dicta*), nella materia degli stupefacenti potrebbe comunque rivelarsi già molto significativo, e comunque più che sufficiente ad impedire un valido passaggio (o un ritorno) ad una situazione di legalizzazione o decriminalizzazione in materia. Secondo diversi interpreti, invero, l'insistenza di un obbligo punitivo comunitario su un dato campo di materia sembrerebbe delineare uno scenario in cui l'eventuale scelta di pervenire ad una decriminalizzazione (se non altro ove tale scelta si trovi a far seguito ad un previo e spontaneo adempimento da parte dello Stato, come in questo caso) si esporrebbe ad una possibile censura d'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.

Certo, una simile prospettiva, che senz'altro può determinare una notevole contrazione del «diritto di non punire» di ciascun sistema (sia pur a fronte di obblighi eurounitari di tutela penale *puntuali e specifici*) e una non meno significativa «compressione della discrezionalità politico-criminale del legislatore» (ossia di quella medesima discrezionalità che la nostra Consulta ha tanto gelosamente inteso custodire in varie occasioni, prospettandola quale limite pressoché invalicabile all'esplicarsi del proprio potere d'intervento), facendo entrare dalla «finestra» quegli obblighi di tutela penale di fonte costituzionale che la dottrina italiana ha sempre cercato di tenere alla «porta», lascia trasparire scenari piuttosto «foschi» per l'abbandono del proibizionismo, nonché l'emergere di un «diritto penale a senso unico» (in materia di stupefacenti, come altrove) che non potrebbe che apparire criticabile sotto molteplici punti di vista⁹⁹. Si tratta, però, indubbiamente, di uno scenario che va tenuto in con-

ad esigere che una determinata risposta sanzionatoria sia «adeguata», «proporzionata», «dissuasiva» o «effettiva». L'A. ritiene, peraltro, con specifico riferimento all'art. 4 della decisione-quadro del 2004, che il criterio del «minimo del massimo» ivi adottato, consenta comunque un ampio margine alla discrezionalità dei singoli Stati, tale da escludere la sussistenza di un obbligo tanto preciso ed incondizionato da poter condurre, *ex se*, alla declaratoria di incostituzionalità, potendo, piuttosto, quella disposizione fungere soltanto da ausilio in sede di controllo di ragionevolezza delle opzioni repressive adottate dal legislatore italiano.

⁹⁹ Si v. in proposito le critiche in generale espresse da interpreti (tutti contrari all'idea che conformemente alla riserva di legge, si possa vietare l'inadempimento statale sopravvenuto): SOTIS, *Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material*, in Zapatero e al. (Dir.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, 2007,

siderazione qualora si vogliano valutare *funditus* le possibilità di superare i vincoli derivanti dal diritto UE in fatto di stupefacenti, poiché se si riconoscesse davvero l'esistenza di insuperabili vincoli in materia (ma è questo il punto che, come si vedrà *infra*, appare più discutibile) e si negasse al Parlamento nazionale la facoltà di tornare conseguentemente sui propri passi una volta che egli (come in questo caso) abbia già provveduto a criminalizzare (conclusione anch'essa perlomeno discutibile), impedendogli di rimuovere le norme ritenute attuative degli obblighi europei asseritamente già adempiuti (pena l'incostituzionalità della legge di depenalizzazione e/o di decriminalizzazione)¹⁰⁰, l'auspicato processo di riduzione dell'area del diritto penale in fat-

114 ss.; ID., *Il diritto senza codice*, cit., 168 s., 320 s.; ID., *Il Trattato di Lisbona*, cit., 1157 s.; PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penale*, in *disCrimen*, 9 gennaio 2019, 29 ss.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 120; SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in Grasso-Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, 2007, 327 ss., spec. 332. Tra l'altro, qualora realmente si riconoscesse la possibilità della Corte cost. di sindacare le norme che rimuovendo limiti alla libertà dei cittadini, eliminino un adempimento precedente alle indicazioni dell'UE, il passo che potrebbe portare a riconoscere anche la possibilità per la Consulta d'intervenire direttamente sui mancati adempimenti *ab origine* alle norme sovranazionali, con creazione da parte della Corte di nuove norme incriminatrici attuative degli obblighi sovranazionali, sarebbe probabilmente breve [cfr. le riflessioni critiche svolte a tal proposito da LASCURAIN SÁNCHEZ, *¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, in *InDret*, 2012, 28, il quale osserva che nell'uno come nell'altro caso l'effetto sarebbe dopotutto il medesimo: la validità nel sistema di una legge che nessuno (tranne l'UE) vuole]. Non c'è da stupirsi, dunque, se già ora vi siano interpreti che arrivano a prospettare che il controllo della Corte possa estendersi anche a casi di parziale inattuazione *ab origine* e di totale inattuazione, se la carenza può essere colmata attraverso un intervento inequivocabilmente riconducibile ai parametri di riferimento determinati, oppure se ci si trova di fronte ad una ipotesi - che per il momento appare vieppiù teorica - di un obbligo di criminalizzazione totalmente ed esaustivamente 'preconfezionato' in termini di contenuto a livello sovranazionale [NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità*, in Manes-Napoleoni (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, 2019, 545 ss.; in prospettiva *de iure condendo* (per una futuribile riforma orientata in tal senso), cfr. anche ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 558].

¹⁰⁰ Secondo la prospettazione di vari interpreti, come ad es. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, 2011, 2678 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 113, 122 s. Quest'ultimo A., in particolare, limitando la soluzione agli obblighi UE, senza estenderla a quelli derivanti dalla C.E.D.U., sostiene che «pur non potendosi intervenire a fronte di un eventuale inadempimento *tout court* dell'obbligo comunitario, nell'ipotesi di ("spontanea") attuazione e di successivo inadempimento [...] si potrebbe forse riconoscere alla (prima) legge interna correttamente attuativa del precipuo obbligo comunitario di tutela penale un "potere di resistenza" alle modifiche successive» (poiché in tal caso sarebbe «venuto meno il "controlmite" della riserva di legge a seguito della trasposizione statale, che ha esercitato una competenza ormai "condivisa"

to di stupefacenti rimarrebbe inescapabile solo da atti normativi dell'Unione stessa¹⁰¹ o, nelle prospettazioni di quanti riconoscono un carattere sostanzialmente ancillare del diritto UE rispetto a quello internazionale in materia di stupefacenti, solo previo superamento dei vincoli derivanti dalle Convenzioni delle NU.

4. *Scenari per il superamento del proibizionismo.* Anche se varie difficoltà per abbandonare il regime proibizionista sembrano quindi emergere da una prima lettura delle Convenzioni internazionali e dalle disposizioni della pertinente normativa UE (come visto “di lotta” al fenomeno delle droghe), alcuni Stati (europei e non solo) hanno negli anni già intrapreso passi decisivi nella direzione di un netto superamento di tale regime, cercando di individuare degli *escamotage* giustificativi volti ad aggirare le “strette” imposte dal reticolo di obblighi internazionali (ed eventualmente anche europei) su di essi gravanti¹⁰².

Negli ultimi tempi, invero, è emersa una generale “frattura” nel consenso internazionale sin qui registratosi attorno al modello proibizionista, una “rivoluzione silenziosa” che ha preso col tempo sempre più corpo, spingendo un numero via via crescente di ordinamenti (europei ed extraeuropei)¹⁰³ – sulla

con la Unione europea»).

¹⁰¹ Per l'idea che, nonostante siano stati sin qui rari i casi di normative dell'Unione orientate ad una contrazione dell'area del penalmente rilevante, non è da escludere che possano innescarsi processi di erosione ispirati a logiche deflative, simili a quelle seguite a livello nazionale, anche nell'ambito UE, si v. peraltro BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea*, cit., 69 s.

¹⁰² Le prime avvisaglie di questa tendenza erano già state messe in luce da CORLEONE-ZUFFA, *Verso un cambio di paradigma. Nel mondo, forse anche in Italia*, in Aa. Vv., *Dopo la guerra alla droga. Un piano per la regolamentazione legale delle droghe*, Roma, 2011, 11 ss., oltre un decennio fa.

¹⁰³ Cfr. Il quadro di sintesi relativo alle droghe leggere riportato da KHAN-LANDWEHR, *“Legalize It!?”*, cit., 93 ss.: a) nel 2013, l'Uruguay è diventato il primo Paese al mondo a legalizzare l'uso ricreativo di *cannabis* per adulti per i suoi cittadini e residenti; b) nel 2015, la Giamaica ha introdotto un modello di depenalizzazione del consumo di *cannabis* per sottrarre i consumatori al sistema giudiziario penale; c) nel 2017 ha fatto seguito il Canada, che ha permesso ai suoi cittadini e residenti di acquistare cannabis di qualità controllata attraverso catene di approvvigionamento legali, sviluppando anche servizi completi di riduzione del danno; d) nel 2018, la Corte costituzionale del Sudafrica ha stabilito che l'uso e il possesso di *cannabis* e la coltivazione di piante di *cannabis* da parte di un adulto per il consumo personale in privato non costituiscono più reati; e) allo stesso modo, in Messico, la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale la criminalizzazione del consumo di *cannabis*; f) nel 2019, la Thailandia è stata il primo Paese della regione a legalizzare gli usi medici della *cannabis*, prima di eliminarla completamente dalla legge sugli stupefacenti nel 2022; g) nel 2019, la Nuova Zelanda ha introdotto un

scorta di considerazioni di vario tenore (tra cui le emergenti preoccupazioni per i costi della fallimentare “crociata” contro gli stupefacenti, la necessità di assumere un maggior impegno a favore della tutela delle libertà individuali dei singoli, nonché la rinnovata consapevolezza della molteplicità di danni che il proibizionismo ha sin qui prodotto proprio per quei beni che si volevano in teoria tutelare mediante il ricorso al medesimo) – a procedere verso forme più accentuate di *legalizzazione* (o quantomeno di *decriminalizzazione* o depenalizzazione *in action*), con riferimento a tutte o ad almeno ad una parte delle sostanze stupefacenti oggi esistenti¹⁰⁴.

modello di depenalizzazione che consente la discrezionalità delle forze dell'ordine nei confronti del consumo e del possesso personale di droga (una stretta maggioranza ha però respinto l'adozione di un modello di legalizzazione della *cannabis* per adulti tramite referendum nel 2020); h) nel 2021, la Svizzera ha approvato una cornice normativa che consente una vendita regolamentata della *cannabis*, e ciò ha permesso a cantoni, comuni, università e altre organizzazioni di condurre studi pilota per acquisire conoscenze scientifiche su approcci alternativi alla proibizione dell'uso non medico della *cannabis*; i) negli Stati Uniti, l'uso e la vendita di *cannabis* continuano a essere illegali a livello federale, ma ad oggi 21 giurisdizioni (18 Stati, due territori e il Distretto di Columbia) hanno legalizzato l'uso di *cannabis* per scopi ricreativi (nel 2022, l'amministrazione Biden aveva peraltro annunciato una revisione dello *status* della *cannabis*, che poteva portare a una regolamentazione federale delle vendite per uso ricreativo); j) il Portogallo è stato il primo Paese dell'UE a depenalizzare l'uso di tutte le droghe (tuttavia, a causa delle pressioni esercitate dalle tre Convenzioni delle NU, il consumo di *cannabis* rimane illecito amministrativo); k) I Paesi Bassi hanno da tempo una politica che tollera la vendita di *cannabis* per uso personale nei *coffee shop*, i quali dal 1970 possono vendere piccole quantità di cannabis per consumo personale e nel 2020, i Paesi Bassi hanno introdotto la produzione legale di *cannabis* come progetto pilota sperimentale in dieci città (la coltivazione e la vendita di cannabis non sono mai state formalmente consentite e i *coffee shop* sono a lungo stati costretti a procurarsi la cannabis da fonti illegali); l) nel 2021, il Lussemburgo ha annunciato la legalizzazione del consumo e della coltivazione di *cannabis* per adulti (per un massimo di quattro piante) in ambito domestico; m) nello stesso anno, Malta ha approvato una legge sull'“uso responsabile della *cannabis*”, la quale permette agli adulti di possedere fino a 7 g di sostanza, di coltivare in casa fino a quattro piante e di conservare fino a 50 g di prodotto essiccato, nonché di formare organizzazioni senza scopo di lucro allo scopo di coltivare cannabis esclusivamente per i membri dell'organizzazione nel quadro di un approccio di riduzione del rischio e del danno. A questi Stati viene oggi ad aggiungersi la Germania, che, dopo anni di adesione convinta al proibizionismo ha rivisto alla radice le posizioni precedentemente assunte [cfr. su tale cambio di atteggiamento HOFMANN, *The 'total-legalization' of cannabis in Germany: Legal challenges and the EU free market conundrum*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 31(2), 2023, 173], sia pur non essendo riuscita infine ad adottare la politica di generale legalizzazione cui voleva inizialmente approdare [si v. *amplius* DIEBEL, *Die Ampel auf Grün. Was lange währt, wird endlich gut? Das Cannabisgesetz ab dem 1. April 2024*, in *www.verfassungsblog.de*, 31 marzo 2024 *passim*; HOFMANN, *Cannabis-Legalisierung light*, cit., *passim*; la disciplina tedesca attuale è oggi analizzata da KRUMM, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem KCanG und dem MedCanG*, in Krumm-Ostmeyer (Hrsg.), *Betäubungsmittelstrafrecht. Mit Cannabisstrafrecht*, Baden-Baden, 2024, 133 ss.].

¹⁰⁴ Cfr. MALLEA, *The War on Drugs*, cit., 122 ss.; BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286; ID., *International Drug Control. Consensus Fractured*, Cambridge, 2012, 36 ss., 152 ss., 279 ss.

È dunque opportuno saggiare le argomentazioni sin qui addotte per legittimare politiche differenti rispetto al proibizionismo (rivelatosi, come detto, inutile, quando non addirittura controproducente)¹⁰⁵ da parte della letteratura di quegli Stati che già hanno mostrato, con una certa evidenza, di non volersi più attenere agli impegni presi (da ultimo si v. il caso emblematico della Germania), al fine di vagliare se tali ordinamenti si stiano ponendo davvero al di fuori del sistema internazionale (ed eventualmente anche del diritto UE)¹⁰⁶, come da alcuni paventato, oppure se non sia forse stata almeno in parte imprecisa e affrettata la valutazione espressa da quanti hanno sin qui opinato in favore dell'impossibilità radicale di allontanarsi dal proibizionismo, senza per questo venir meno al rispetto dei propri impegni pattizi.

Prima di accingerci a valutare più nel dettaglio le varie argomentazioni impiegate o in ogni caso prospettabili per superare le "strette" derivanti dalla normativa UE e internazionale, alcune precisazioni ci sembrano peraltro d'uopo: l'Italia (come ogni Stato membro dell'UE) pare soggetta ad un duplice vincolo in materia, in quanto tenuta al rispetto bensì degli obblighi derivanti dalle Convenzioni internazionali, ma ormai anche di quelli di matrice UE. E ciò impone verosimilmente di valutare la cogenza di entrambe le categorie di obblighi menzionati.

Ciò chiarito, sembrano tuttavia i vincoli internazionali (e la necessità di un loro superamento) ad acquisire un peso specifico maggiore per il profilo che ci interessa valutare in questo scritto. È vero, in effetti, che da parte di vari commentatori si è anzi ritenuto che a porre i problemi maggiori per un possi-

Non è dunque probabilmente più attuale il rilievo a suo tempo espresso da PAGLIARO, *La droga e il diritto penale europeo (1973)*, in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, IV, Milano, 2009, 561, in merito al fatto che «abolire le incriminazioni per le attività inerenti alla droga» sarebbe un'idea «così astratta e distaccata dalla realtà delle Convenzioni etico-politico-religiose della maggior parte degli europei, da non avere alcuna possibilità pratica di essere tradotta nella legislazione» concreta di un qualsivoglia Paese.

¹⁰⁵ Cfr. ad es. BASSIOUNI, *Riflessioni critiche sugli organismi preposti al controllo internazionale di droghe*, in de Cataldo Neuburger (a cura di), *Il sistema droga. La costruzione sociale della tossicodipendenza*, Padova, 1993, 223, 227; BRANDOLI-RONCONI, *Città, droghe, sicurezza. Uno sguardo europeo tra penalizzazione e welfare*, Milano, 2007, 56 s.; ROMANO-BOTTOLI, *La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo*, cit., 28 s., 43 s.

¹⁰⁶ È da rammentare come l'adozione della citata decisione-quadro da parte dell'UE sia stata in qualche misura sollecitata anche dalle prime avvisaglie di allontanamento dal regime imposto loro, da parte di alcuni Stati: cfr. CHATWIN, *Drug policy developments within the European Union: The destabilizing effects of Dutch and Swedish drug policies*, in *The British Journal of Criminology*, 43(3), 2003, 567 ss.

bile superamento del proibizionismo sarebbero in verità i vincoli europei, ben più che quelli internazionali, stante la maggior cogenza degli strumenti *la-to sensu* “sanzionatori” disponibili per gli organi dell’UE (ciò che potrebbe far persino pensare che sia sufficiente parlare dei vincoli europei, senza interessarsi troppo di quelli internazionali, posto che l’insuperabilità dei primi comporterebbe comunque l’impossibilità di abbandonare il regime proibizionista per gli Stati membri dell’UE, come l’Italia), ma tale valutazione pare imprecisa. È indubbio che gli obblighi derivanti dalla Convenzioni (i quali, a dispetto degli enfatici proclami dell’INCB, non essendo ancora assurti al rango di veri e propri obblighi inderogabili *erga omnes*, e neppure hanno ad oggi acquisito la natura di norme perentorie di *ius cogens*)¹⁰⁷, difettino di meccanismi applicativi davvero stringenti (la CND in particolare non ne prevede nessuno), i quali invece si riscontrano proprio in seno all’Unione. Così come è certo che, se a livello internazionale, oltre a rilasciare dichiarazioni e *report*, il massimo che l’INCB potrebbe pensare di fare per cercare di dissuadere uno Stato dall’adottare una politica di legalizzazione, sarebbe raccomandare alle Parti contraenti d’imporre un embargo sui farmaci diretti verso il Paese di riferimento (ossia un qualcosa che non è mai accaduto e che molti ritengono improbabile che possa accadere anche in futuro)¹⁰⁸, l’UE risulti invece in gra-

¹⁰⁷ In un rapporto indirizzato al Canada si è affermato, in effetti, che l’obbligo generale imposto dai trattati delle NU sul controllo degli stupefacenti di limitare le droghe “esclusivamente a scopi medici e scientifici” (Convenzione unica delle NU sugli stupefacenti del 1961, art. 4, lett. c), sarebbe ormai assunto al rango di «norma perentoria» di diritto internazionale (*ius cogens*), «di natura assoluta», in quanto tale «inderogabile da uno Stato parte», al pari del divieto di tortura e della proibizione del genocidio [cfr. WALSH-JELSMAN, *In bid to intimidate Canada on cannabis regulation, INCB is reckless and wrong*, in www.tni.org, 7 maggio 2018]. Questa idea è però palesemente errata. Le Convenzioni sulle droghe sono in qualche modo integrate nel sistema internazionale, ma non al punto tale da costituire un regime dal carattere “assoluto”, come, ad es., quello creato dalla Convenzione sul genocidio del 1949. Di certo esse non sono ancora divenute *ius cogens*, né sono considerabili parte integrante del diritto internazionale consuetudinario. Inoltre, non è plausibile sostenere che gli obblighi da esse derivanti siano dei veri e propri obblighi *erga omnes*, che la comunità internazionale nel suo complesso sarebbe tenuta a rispettare, come nel caso delle Convenzioni sui diritti umani. In effetti, qualsiasi paragone con Convenzioni relative alla materia dei diritti umani non potrebbe che apparire mistificatorio e infondato, non esistendo alcuna pratica statale che possa prestarsi a supportare anche solo in parte l’interpretazione che vorrebbe le Convenzioni sulle droghe dotate della stessa *natura assoluta* delle Convenzioni sui diritti umani.

¹⁰⁸ Che questo sia lo strumento più incisivo a disposizione dell’INCB è osservato da HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 324. L’INCB è dunque sprovvisto, in ogni caso, del potere di irrogare vere e proprie sanzioni agli Stati dei quali può semplicemente criticare le politiche sulle droghe.

do di ricorrere a meccanismi – almeno sulla carta – molto più incisivi per scoraggiare l’adozione di scelte legalizzatrici (v. la procedura d’infrazione di cui agli artt. 258 e 259 TFUE)¹⁰⁹.

Tutti questi rilievi non risultano sufficienti però – crediamo – a giustificare l’eventuale scelta (che qualcuno potrebbe al contrario pensare di assumere) di disinteressarsi del tutto dell’esame della coerenza degli obblighi internazionali e delle possibilità di approdare ad un superamento degli stessi, stante la nostra appartenenza, comunque, all’UE. Considerato il ruolo e l’importanza assunta del reticolo di obblighi internazionali per l’Unione stessa (obblighi che a giudizio di alcuni esperti assumerebbero per vero tratti di vera e propria “preminenza” rispetto a quelli posti dall’UE)¹¹⁰, è invero necessario continuare a dedicare uno spazio prioritario nei discorsi degli interpreti proprio all’esame degli *escamotage* giustificativi adottati (o adducibili) per sottrarsi al rispetto delle barriere poste dalle Convenzioni delle NU (da cui potrebbe peraltro discendere, *par ricochet*, nella prospettazione di almeno alcuni interpreti, anche il superamento automatico dei vincoli europei).

È con questo spirito che, nel prosieguo della nostra trattazione, un’analisi precipua si darà prioritariamente a questi ultimi vincoli, ben più che agli *escamotage* che potrebbero se del caso prestarsi a favorire altresì un superamento dei limiti posti dall’UE ai propri membri (i quali, per ragioni di completezza, verranno comunque in larga misura menzionati ed esaminati nel prosieguo del testo).

4.1. *Una modifica in senso restrittivo delle Convenzioni e degli atti dell’UE.*

¹⁰⁹ Come osservato da KHAN-LANDWEHR, “*Legalize It!?*”, cit., 94. Ritiene peraltro improbabile che una procedura d’infrazione possa venir attivata a livello europeo, AMBOS, *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht*, in www.verfassungsblog.de, 25 luglio 2022. Diversamente cfr. invece HOFMANN, *Welche Probleme das Cannabiskontrollgesetz lösen muss. Deutschlands Cannabis-Dilemma Teil 2*, in www.verfassungsblog.de, 15 luglio 2022, *passim*.

¹¹⁰ L’idea che il diritto UE segua essenzialmente il diritto internazionale (sicché qualora si riuscisse a superare il proibizionismo derivante dalle Convenzioni, il reticolo di obblighi europei, che alla Convenzioni fanno in larga misura riferimento, passerebbe del tutto in secondo piano), è stata sottolineata a più riprese da parte di AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*, ID., *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*. In aperta polemica con tale A., si v. peraltro la posizione di HOFMANN, *Welche Probleme*, cit., *passim*, e ID., *The “total-legalization”*, cit., 182, il quale ritiene che la normativa UE non possa ritenersi una mera “appendice” di quella internazionale.

La prima soluzione che si è affacciata in materia, onde trovare un qualche margine di manovra per raggiungere una legalizzazione di almeno alcune sostanze stupefacenti, è stata all'evidenza quella di pervenire ad una modifica delle pertinenti Convenzioni delle NU. Sulla carta, si tratta di una strada plausibile (posto che l'art. 47 della Convenzione unica e l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1988 prevedono procedure per operare emendamenti), e che ha già dato avvio ad iniziative di alcuni Stati orientate in tal senso¹¹¹. Esistono però alcuni ostacoli che sembrano rendere tale opzione non del tutto convincente nella sua concreta percorribilità, perlomeno in termini ragionevoli.

Tra i 193 attuali Stati delle NU, 186 sono quelli che aderiscono alla Convenzione unica (nella sua forma emendata nel 1972), 184 quelli che aderiscono alla Convenzione di Vienna del 1971 e 191 quelli attualmente vincolati al rispetto della Convenzione di Vienna del 1988¹¹². Il mantenimento della rete di divieti in materia ha sino ad oggi trovato dunque un'ampia condivisione a livello internazionale (nonostante l'emersione di una "frattura" nel consenso internazionale abbia iniziato, come già detto *supra*, a materializzarsi nel tempo). Emendare tali Convenzioni vorrebbe dire, perciò, mettere d'accordo un numero di Stati considerevole su un assetto di tutela alternativo, aprendo un lungo processo diplomatico che, qualora dovesse riuscire a concludersi con l'ottenimento del necessario consenso per apportare le dovute modifiche, richiederebbe comunque un numero cospicuo di anni per poter essere portato proficuamente a compimento¹¹³.

¹¹¹ Si v. ad es. l'iniziativa globale per la riforma della politica sulle droghe, la quale punta a realizzare una riforma del sistema internazionale di controllo degli stupefacenti. L'organizzazione non governativa in questione sostiene innanzitutto che le tre Convenzioni delle NU «mantengono un sistema rigido e proibizionista di controllo delle droghe» e che «la legislazione delle Convenzioni» abbia di fatto «limitato in modo significativo gli sforzi di vari Paesi verso la sperimentazione di metodi alternativi di controllo delle droghe, come la depenalizzazione dell'uso e del possesso». La predetta organizzazione propone perciò tre soluzioni per modificare le Convenzioni delle NU. Le tre alternative ipotizzate cercano di mantenere le regole e la struttura delle attuali Convenzioni per quanto riguarda la cooperazione internazionale e i controlli del mercato internazionale, offrendo allo stesso tempo maggiori possibilità ai governi nazionali di introdurre nuove leggi sulle droghe per i loro territori [*The Global Initiative for Drug Policy Reform, Rewriting the UN Drug Conventions*, reperibile al sito <https://www.beckleyfoundation.org>].

¹¹² Cfr. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 12, nt. 9

¹¹³ Per un tale rilievo cfr. BEWLEY TAYLOR, *Towards revision of the UN drug control conventions. The*

Considerando il ritmo con cui di regola avvengono simili cambiamenti sistemici all'interno delle NU e del diritto internazionale in genere, sembra dunque implausibile che si possa pensare di assistere in tempi brevi ad un mutamento formale di regime nel controllo internazionale degli stupefacenti¹¹⁴.

Per quanto specularmente riguarda il reticolo di obblighi UE, esiste senz'altro la possibilità di modificare la decisione-quadro (il più rilevante atto normativo in materia): possibilità di cui la Commissione si era peraltro già avvalsa nel presentare una direttiva di modifica della decisione-quadro 2004/757/GAI¹¹⁵. Inoltre, l'articolo 141 della Convenzione d'implementazione dell'accordo di Schengen (CAAS) specifica quali siano le condizioni per la sua modifica, stabilendo che, «a richiesta di una Parte», le altre «Parti contraenti riesaminano le disposizioni della [...] Convenzione per stabilire se, a loro parere, una data circostanza costituisca un *cambiamento fondamentale delle condizioni esistenti* al momento dell'entrata in vigore della» medesima. Il menzionato «cambiamento fondamentale», in grado di far scattare l'esigenza di una revisione, potrebbe essere di tre tipi: a) da un lato, potrebbe aversi una modifica degli accordi internazionali (o una loro diffusa revisione interpretativa); b) dall'altro, l'adozione da parte di molti Stati membri dell'UE di politiche di legalizzazione (specie se si tratta di Stati rilevanti per lo scacchiere europeo,

logic and dilemmas of Like-Minded Groups, in *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 19, 2012, 1-16; ID., *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 289; ROOM-MCKAY, *Roadmaps*, cit., 10; VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 140. È stata la stessa *Global Initiative for Drug Policy Reform* cui si è fatto cenno nelle nt. precedenti, del resto, a ritenere improbabile il raggiungimento di un consenso sufficiente tra gli Stati firmatari per far ottenere una modifica essenziale delle Convenzioni. Chi volesse puntare a modificare le Convenzioni sugli stupefacenti s'imbarchierebbe quindi, con ogni probabilità, in un'impresa lunga e difficoltosa, per la quale non ci sarebbe oltretutto alcuna garanzia di successo.

¹¹⁴ Per una tale constatazione cfr. BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 289.

¹¹⁵ Ci si riferisce: a) alla proposta di Direttiva in materia di *Illicit drug trafficking* avanzata dalla Commissione europea e volta a modificare, per quanto riguarda la definizione degli «stupefacenti», la decisione-quadro 2004/757/GAI (la direttiva, lasciando intatto l'impianto della decisione-quadro era volta soprattutto ad estendere l'ambito d'applicazione della stessa a nuove sostanze psicotrope); b) nonché alla proposta di regolamento (Bruxelles, 17.9.2013 COM 2013 618 *final*), volto a sostituire la decisione-quadro 2005/387/GAI, definendo condizioni uniformi relative alle restrizioni di mercato concernenti le nuove sostanze psicotrope [per un'analisi dei contenuti di tali proposte, v. *amplius* GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali*, cit., 294 ss.; MANCANO, *Stupefacenti e diritto dell'Unione europea: la proposta di direttiva penale in materia di drug trafficking*, in Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale*, cit., 255 ss.; KERT-LEHRER, *Content and Impact of Approximation - The case of Drug Trafficking*, in Galli-Weyembergh (eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*, Bruxelles, 2014, 169 ss.].

come la Germania) potrebbe rendere gli stupefacenti (legali) una nuova “merce” nell’area Schengen, e ciò potrebbe esercitare una pressione notevole sull’UE, spingendola a fornire in futuro, in qualche maniera, una soluzione legalizzatrice uniforme, nonché a rivedere la CAAS e la decisione-quadro del 2004¹¹⁶; c) infine, l’adozione di progetti di sperimentazione volti ad una legalizzazione potrebbero dimostrare empiricamente, prove alla mano, che il proibizionismo non ha più alcuna ragion d’essere¹¹⁷. In tutti e tre i casi, però, data la natura del diritto UE (e, almeno nella prima opzione prospettata, se prima non si superano anche gli obblighi derivanti dalle Convenzioni delle NU sugli stupefacenti), l’idea che si possa pervenire con successo ad una modifica della decisione-quadro e/o della CAAS da parte dell’Unione, tale da

¹¹⁶ È quanto ritiene ad es. THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung führt über Luxemburg*, in www.verfassungsblog.de, 29 agosto 2022. Sul punto, si v. però anche AMBOS, *Neun Seiten Substanzlosigkeit. Die Stellungnahme des „Fachbereich Europa“ des Bundestags zu EU-Recht und Cannabis-Legalisierung*, 13 settembre 2022, ricordando come nel caso *Josemanns* [sul quale v., in senso critico, WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, 40; WENNERÅS, *The Justification and Proportionality of Certain Administrative, Regulatory and Political Concerns*, in Andenas-Bekkedal-Pantaleo (eds), *The Reach of Free Movement*, The Hague, 2017, 165] la CGUE, in considerazione della *politica di tolleranza* olandese puramente *de facto*, avesse potuto presumere che il regime di divieto fosse rimasto in piedi e che le disposizioni sul mercato interno non dovessero in tal caso applicarsi [come rileva DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, 146, la soluzione è stata spiegata dalla Corte rilevando come «la commercializzazione di stupefacenti» fosse di fatto rimasta «vietata *in tutti gli Stati membri*, in applicazione del diritto internazionale e di quello dell’Unione, fatta eccezione per un commercio rigorosamente controllato di tali prodotti o sostanze in vista del loro uso per scopi medici e scientifici» (corsivo aggiunto)]. Se una maggioranza di Stati o un singolo rilevante Stato decidessero però di legalizzare, le cose potrebbero andare diversamente? Si potrebbe magari ritenere che negando l’accesso a tali sostanze legali, si instaurerebbe, in effetti, un’indebita disparità di trattamento tra i cittadini europei appartenenti allo Stato o agli Stati che hanno legalizzato e i cittadini di Stati terzi, in linea di massima non del tutto compatibile col diritto europeo (v. artt. 34 e 56 TFUE, ex. artt. 28 e 49 TCE)? La sostanza stupefacente dovrebbe, se così fosse, essere trattata – al di là delle considerazioni che potrebbero portare ad ostracizzarla da parte di alcuni Stati ad una stregua morale – come ogni altro prodotto legale nel mercato interno europeo e quindi partecipare delle medesime libertà fondamentali riconosciute ad ogni altra merce [sulle interazioni tra stigma morale, diversità culturali e libertà di circolazione delle merci in ambito UE, cfr. *amplius* DOUKAS, *Morality, Free Movement and Judicial Restraint at the European Court of Justice*, in Koutrakos-Shuibhne-Syrpis (eds), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford-Portland, 2016, 145 ss., 147 ss.; KURZER, *Markets and Moral Regulation Cultural Change in the European Union*, 2001, 141 ss.; DE WITTE, *Sex, Drugs and EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 50(6), 2013, 1562-1565]. Quale potrebbe essere il reale impatto di una scelta legalizzatrice adottata da uno o più sistemi, volta a creare un nugolo di mercati legali nazionali entro l’area *Schengen*, è un problema peraltro assai complesso [cfr. HOFMANN, *The “total-legalization”*, cit., 191 ss.], cui non sarà qui possibile dedicare il dovuto approfondimento.

¹¹⁷ Come prospetta HOFMANN, *Welche Probleme*, cit., *passim*

consentire agli Stati di pervenire ad una legalizzazione, sembra uno scenario non molto verosimile per l'immediato futuro (ma al più valutabile come soluzione di lungo termine)¹¹⁸.

Quella della modifica degli atti normativi europei è insomma una strada che si potrebbe casomai pensare di percorrere più seriamente e convintamente (e non si sa, anche qui, con quali risultati e tempistiche) solo: a) o dopo che si sia già approdati ad una revisione degli accordi internazionali rilevanti in materia o, in ogni caso, ove si sia riusciti a trovare dei validi *escamotage* giustificativi per superare – *de iure condito* – l'idea che dalle Convenzioni discendano dei vincoli insuperabili per gli Stati contraenti; b) ovvero dopo che si sia comunque già proceduto, da parte di un numero considerevole di Stati europei, ad adottare – in un modo o nell'altro – delle politiche di legalizzazione interne.

4.2. *La modifica dello status di alcune sostanze negli elenchi.* Un'altra opzione suggerita da alcuni interpreti è stata quella di modificare lo *status* di alcune delle sostanze stupefacenti (come ad es. la *cannabis*) nell'ambito del regime convenzionale, modificando gli elenchi contenuti nella Convenzione unica. Ciò che potrebbe comportare il trasferimento di talune sostanze in altro elenco o l'eliminazione radicale di esse dagli elenchi che le contengono. L'art. 3 della Convenzione unica prevede in effetti una procedura *ad hoc* per trasferire gli stupefacenti da una lista all'altra o per cancellarli del tutto dall'elenco in cui esse si trovano.

Per quanto si tratti di una soluzione plausibile in linea teorica, però, essa sembrerebbe presentare alcuni ostacoli difficilmente sormontabili. Da un lato, sebbene sia in generale verosimilmente più facile trasferire solo certe sostanze in un elenco meno restrittivo, o eliminarle del tutto, piuttosto che modificare le Convenzioni *tout court*, anche un ritocco marginale degli elenchi andrebbe quasi sicuramente incontro alle stesse difficoltà con cui ci si confronterebbe qualora di cercasse di pervenire a modifiche di più ampio respi-

¹¹⁸ Scettici in particolare sulla sua realizzabilità *tout court*: THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*, ritenendo «improbabile che una soluzione europea di tale portata abbia successo», in quanto i «processi decisionali europei sono troppo macchinosi e le convinzioni di base sono troppo diverse» per poter portare da qualche parte; HOFMANN, *Cannabis-Legalisierung light*, cit., *passim*

ro. Una tale variazione richiederebbe invero pur sempre una decisione a maggioranza in seno alla Commissione sugli stupefacenti (CND), al momento alquanto difficile da raggiungere¹¹⁹. Non c'è da stupirsi, dunque, se nessuno Stato abbia sino ad oggi cercato d'imbarcarsi in questo tentativo di trasferire certe sostanze (neppure la *Cannabis*, che è quella che ha sempre destato meno preoccupazioni) in elenchi meno restrittivi, ovvero di procedere ad una loro cancellazione dagli stessi, facendo ricorso all'accennata procedura¹²⁰.

Oltre che poco plausibile, il mero trasferimento di certe sostanze da un elenco all'altro si rivelerebbe oltretutto anche un rimedio assai poco decisivo: prendendo ad es. proprio la *cannabis*, si è osservato correttamente che se la stessa «venisse trasferita dall'elenco I all'elenco II e cancellata dall'elenco IV» (cancellazione che tra l'altro è stata già operata nel 2020, da parte della CND, senza che per questo venisse meno la posizione proibizionistica in merito al suo utilizzo non medico o scientifico)¹²¹, «quasi tutti gli obblighi che attualmente si applicano» a tale sostanza «rimarrebbero» comunque «in vigore»¹²².

L'unica strada plausibile parrebbe dunque quella di una *completa rimozione* delle sostanze che si ritiene sia necessario sottoporre a legalizzazione dai vari elenchi che le contengono: in «tal caso, tutte le disposizioni che si applicano in generale agli stupefacenti nella Convenzione unica [...] e nella Convenzione sul traffico» degli stupefacenti «non si applicherebbero più», eliminando «una serie di ostacoli importanti» in materia «per» l'adozione di «una regolamentazione» non più proibizionistica¹²³.

Anche in tal caso, però, una serie di disposizioni pertinenti della Convenzione resterebbero in vigore. In primo luogo, continuerebbe ad applicarsi senz'altro l'art. 22 della Convenzione unica, il quale prevede che «[q]uando la situazione nel Paese o in un territorio di una Parte è tale che la proibizione della coltivazione del papavero da oppio, dell'albero della coca e della pianta di canapa è, a suo avviso, la misura più adatta al fine di proteggere la salute pubblica ed evitare che gli stupefacenti siano deviati verso il traffico illecito, la

¹¹⁹ Cfr. ROOM-MCKAY, *Roadmaps*, cit., 11.

¹²⁰ Come osservato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 142.

¹²¹ Si v. AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., nt. 14.

¹²² Come osservato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 142.

¹²³ Si v. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 143.

Parte interessata ne» può vietare «la coltivazione».

Non sarebbe però tanto questa disposizione di per sé a creare problemi per un'eventuale futura legalizzazione, non prevedendo la medesima alcun obbligo, qualora gli Stati siano dell'idea che la tolleranza basata su politiche di liberalizzazione e/o altre forme di regolamentazione rappresenti la misura *più adatta* al fine di contrastare la criminalità organizzate e ridurre la nocività delle droghe, in modo da assicurare tutela alla salute pubblica (sull'interpretazione di questa disposizione si v. meglio *infra*)¹²⁴. E neppure creerebbe problemi la permanente validità accordata all'art. 28 della Convenzione unica, che implicherebbe solo l'istituzione di un'agenzia governativa nazionale avente funzioni di controllo e concessione di licenze per l'attività di coltivazione di certe sostanze.

Problematica sarebbe, piuttosto, la permanente applicabilità (ad onta della cancellazione di questa o quell'altra sostanza dal relativo elenco) degli obblighi derivanti da talune disposizioni contenute nella Convenzione di Vienna del 1988 (v. in part. gli artt. 3 e 14)¹²⁵.

4.3. *La contestazione delle Convenzioni delle NU, con abbandono e successiva (eventuale) riadesione con riserva.* Altre possibilità per “sfuggire” agli obblighi internazionali potrebbero essere: a) quella di sottoporre a contestazione la Convenzione unica e le Convenzioni di Vienna del 1971 e del 1988, per abbandonarle e poi, in seguito, se del caso riaderirvi con riserve relative ad almeno alcune sostanze (ad es. la *cannabis*)¹²⁶; b) e/o quella di sfruttare una delle riserve contrattualmente già previste dalle Convenzioni del 1961 e del 1971.

La “riserva”, quale dichiarazione unilaterale che una Parte contraente fa al momento della sua adesione ad un Trattato (che le consente di modificare o

¹²⁴ Come osservato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 143.

¹²⁵ Sul punto, per riflessioni più approfondite con riferimento alla coltivazione di *Cannabis* ad uso ricreativo, cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 144-146.

¹²⁶ Si v. ARP, *Denunciation Followed by Re-accession with Reservations to a Treaty: A Critical Appraisal of Contemporary State Practice*, in *Netherlands International Law Review*, 1(2), 2014, 141-165; ROOM, *Reform by subtraction: The path of denunciation of international drug treaties and reaccession with reservations*, in *The International Journal of Drug Policy*, 23(5), 2012, 401-406; BEWLEY TAYLOR, *Challenging the UN drug control*, cit., 171-179.

escludere l'applicabilità di specifiche disposizioni dell'accordo nei suoi confronti, alterando così i propri obblighi e diritti soltanto)¹²⁷, sembra, in linea di principio, un'opzione valida per consentire una politica sulle droghe più liberale di quella attualmente praticata dalla maggior parte degli ordinamenti del mondo¹²⁸. Tuttavia, poiché quasi tutti gli Stati sono già da annoverare tra gli Stati firmatari delle Convenzioni (v. *supra*), questo processo, nella maggior parte dei casi, richiederebbe la denuncia del Trattato i cui obblighi dovrebbero essere modificati (poiché le riserve vanno effettuate al momento dell'adesione, tranne ove si tratti di riserve contrattualmente previste, le quali possono farsi valere anche a seguito della ratifica)¹²⁹.

Ora, sia la Convenzione unica che la Convenzione di Vienna del 1971 contemplano espressamente la possibilità di effettuare delle riserve, tra l'altro senza la necessità di ottenere alcun consenso da parte degli altri Stati contraenti¹³⁰. Queste riserve, tuttavia, non sembrano atte a garantire per il futuro un permanente e generalizzato mutamento di politica penale in materia di stupefacenti (e di certo non sarebbero invocabili dall'Italia e dalla maggior parte degli altri Stati europei).

Per quanto riguarda la Convenzione unica del 1961, le riserve di cui all'art. 49(1) e (2)(a) sono sempre state concepite come riserve transitorie (destinate a perdere vigore, cioè, entro 25 anni dall'entrata in vigore della Convenzione stessa: il che significa che la Convenzione ha escluso la validità di ogni riserva che dovesse risultare formalizzata dopo il 1989)¹³¹. Non si potrebbero dunque ad oggi verosimilmente più sollevare delle riserve senza incorrere in una violazione dell'art. 19, lett. b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei tratta-

¹²⁷ Cfr. EDWARDS JR., *Reservations to Treaties*, in *Michigan Journal of International Law*, 10(2), 1989, 363; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 451 s.; CANNIZZARO, *Diritto internazionale*⁶, Torino, 2023, 170 ss.

¹²⁸ Come ritiene ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 402. Come rileva in generale CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 171, «[l']importanza delle riserve nelle dinamiche normative internazionali non va» infatti, al giorno d'oggi, in alcun modo «sottovalutata».

¹²⁹ Cfr. sempre ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 402; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 452.

¹³⁰ Cfr. ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 402. Per un'analisi storica delle riserve poste e dell'adesione a queste Convenzioni, si v. ESCOHOTADO, *Historia general de las drogas*⁶, cit., 915 ss.

¹³¹ Cfr. BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 399.

ti¹³².

Ciò precisato, molti Stati, come l'Italia, non sarebbero comunque stati in grado di ricorrere validamente alla possibilità di riservarsi che era stata loro offerta dalla Convenzione di New York, non potendo vantare all'interno dei loro territori quella rispondenza a tradizioni locali dell'uso voluttuario di sostanze stupefacenti che l'articolo 41(2)(a), di tale Convenzione postulava (e postula) quale requisito indefettibile per ritenere validamente formulata la riserva in questione. Per tale motivo, ci sembra in verità del tutto implausibile pensare che si possa ricorrere alla riserva contrattuale che la Convenzione del 1971, ai sensi dell'art. 32(4), ha sempre consentito di formulare agli Stati per le piante selvatiche presenti nei rispettivi territori (rientranti nella Tabella I), qualora il loro utilizzo rispondesse ad usi tradizionali o magico-religiosi locali¹³³.

Di conseguenza, visto che le riserve previste contrattualmente sembrano possedere scarsa utilità nell'ottica di una giustificazione di una politica sulle droghe antiproibizionistica (in Italia come in altri sistemi che non possono vantare alcun "uso tradizionale"), sarebbe solo alle riserve non-contrattuali che ci si dovrebbe se del caso rifare. Tuttavia, posto che, come abbiamo già accennato, quasi tutti gli Stati aderiscono alle Convenzioni delle NU e che le riserve non-contrattualmente previste possono formularsi esclusivamente al momento dell'adesione iniziale ad un Trattato, tale strada implicherebbe necessariamente, come premessa ineludibile, una fuoriuscita dalle Convenzioni, se del caso tramite contestazione (possibilità ammessa espressamente dall'art. 46 della Convenzione unica, purché abbia luogo ad almeno due anni dalla sua entrata in vigore)¹³⁴, seguita da una successiva (eventuale, ma verosimilmente

¹³² Anche la riserva sollevata dalla Bolivia per la coltivazione di foglie di coca, pur tendenzialmente rispondente ad una tradizione locale, assume dunque una dubbia legittimità [cfr. BEWLEY TAYLOR-JELSMA, *The Limits of Latitude*, cit., 16; BEWLEY-TAYLOR, *The Contemporary International Drug Control System: A History of the UNGASS Decade*, in J. Collins (ed.), *Governing the Global Drug Wars*, London, 2012, 54].

¹³³ È peraltro da notare che sia la Convenzione unica che la Convenzione del 1971 consentono di formulare "altre riserve", le quali non sono soggette ad un limite temporale. Le stesse non sembrano però poter assumere interesse in questa sede, in quanto non risultano collegate ad alcuna disposizione che consenta la liberalizzazione della politica nazionale in materia di droghe: v. art. 50(2) della Convenzione unica; art. 32(2) Convenzione del 1971.

¹³⁴ Come rilevano VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 147

opportuna) riadesione¹³⁵.

L'abbandono radicale e definitivo del sistema internazionale di controllo delle droghe sembra, d'altro canto, una soluzione ben poco conveniente e non propriamente auspicabile, in quanto suscettibile di produrre seri contraccolpi per la reputazione internazionale del Paese che su tale strada decidesse d'imbarcarsi (una scelta che lo destinerebbe con molta probabilità all'isolamento internazionale, come pure a pesanti pressioni da parte degli altri Stati, nonché al rischio – sia pur quest'ultimo a dire il vero assai remoto – di incorrere nell'applicazione della misura di *extrema ratio* prevista dall'art. 14)¹³⁶, senza peraltro determinare necessariamente (secondo molti, ma il punto è più discutibile) una liberazione contestuale da ogni possibile vincolo di carattere sovranazionale esistente in materia (almeno se si tratta di Stati membri dell'UE, che resterebbero secondo vari interpreti pur sempre e permanentemente assoggettati agli obblighi di matrice eurolunitaria)¹³⁷.

Più ragionevole sarebbe dunque – a giudizio dei più – pensare di “uscire” dal sistema convenzionale solo per poi riaderirvi¹³⁸: come si evince dall'art. 40(3) della Convenzione unica, non vi sono ostacoli alla possibilità di riaderire a ta-

¹³⁵ È questo l'*escamotage* al quale in Germania vari interpreti hanno immediatamente pensato per l'adozione di una politica più liberale in materia di stupefacenti [cfr. *amplius* AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*; HOFMANN, *Deutschlands Cannabis-Dilemma*, in *ZIS*, 2, 2022, *passim*], sulla scorta di quanto era già accaduto per la masticazione di foglie di coca in Bolivia [cfr. JELSMAN, *Lifting the ban on coca chewing: Bolivia's proposal to amend the 1961 Single Convention*, in *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 11, 1, 2011; HOFMANN, *The Regulation of Cannabis in Europe, Of Highs and Laws*, London, 2025, 46 ss.]. Si tratta comunque di una procedura non priva di “rischi”, in quanto ai sensi dell'articolo 50(3), della Convenzione unica, uno Stato parte può, in determinate circostanze, ottenere successivamente una riserva in fase di riadesione, ma la stessa è possibile solo se non più di un terzo degli Stati firmatari (ossia 61 su 183) si oppone alla riserva entro 12 mesi [come rileva ID., *The Regulation of Cannabis*, cit., 46 ss.].

¹³⁶ Cfr. BEWLEY TAYLOR, *Towards revision of the UN drug control conventions. The logic and dilemmas of Like-Minded Groups*, in *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 19, 2012, 3; ARP, *Denunciation followed by Re-accession*, cit., 144 s.; HOHNERLEIN, *Treaty rigidity and domestic democracy: Functions of and constitutional limits to democratic self-binding*, in *Leiden Journal of International Law*, 35(3), 2022, 600; ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 402. Ritengono che tale rischio sarebbe comunque piuttosto remoto KHAN-LANDWEHR, “*Legalize It!?*”, cit., 94.

¹³⁷ Tale punto è sostenuto – con riferimento alla situazione olandese – in particolare da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 146. Come si è già osservato, peraltro, non tutti condividono tale posizione, essendovi anche vari interpreti (v. la già citata posizione di Ambos) che ritengono che, se si ritengono superabili le “strette” del diritto internazionale, il diritto UE perderebbe di rilievo, “cadendo” da sé.

¹³⁸ Cfr. AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., nt. 52

le Convenzione dopo averla “denunciata” ex art. 46, né vi sarebbero impedimenti alla possibilità di formulare nuove riserve a fronte di una riadesione; lo stesso dicasi, oltretutto, per le Convenzioni di Vienna del 1971 e del 1988, le quali, non contenendo limitazioni esplicite ad eventuali riserve da formulare, sottostanno alle normali regole del diritto internazionale sancite dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e dalla c.d. “Guida alle riserve e ai commenti” della *International Law Commission* (che permettono l’uscita e il rientro in una Convenzione per apporre una riserva: soluzione che a volte è stata criticata, in quanto permetterebbe agli Stati di scegliere le disposizioni cui sottostare anche dopo aver stipulato l’accordo, ma che indubbiamente viene pacificamente ritenuta percorribile nel quadro del diritto internazionale)¹³⁹. Anche tale idea sembra tuttavia andare incontro ad alcuni possibili problemi, sia se si volesse fare riferimento alla Convenzione unica, sia se si preferisse guardare alle altre due Convenzioni citate.

Affinché una riserva non prevista contrattualmente possa assumere valore, la stessa dovrebbe infatti in ogni caso risultare compatibile con l’oggetto e lo scopo della Convenzione cui si vorrebbe accedere (o meglio, come in questo caso, riaccedere) con riserva, ai sensi dell’art. 19(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁴⁰. Tenendo presente che lo scopo principale di tutte le convenzioni delle NU sulle droghe si ritiene da molti che sia quello di combattere le droghe e di limitarle ai soli usi leciti (all’apparenza solo quelli medici e scientifici), la legalizzazione completa degli usi tanto ricreativi quanto tradizionali di ogni sostanza regolamentata potrebbe, all’evidenza, esser ritenuta da molti non compatibile con lo scopo perseguito da tali Convenzioni.

Meno dubbi potrebbero casomai aversi solo qualora la legalizzazione venisse limitata a sostanze selezionate (in particolar modo quelle che si ritiene presentino di per sé un pericolo piuttosto limitato per la salute individuale dei consumatori)¹⁴¹. È comunque da rilevare che, per quanto il numero richiesto di

¹³⁹ Cfr. HELFER, *Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design*, in *Yale Journal of Law*, 31, 2006, 372 s.; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 452 s.

¹⁴⁰ Cfr. ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 404; CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 174 ss., 177 s.

¹⁴¹ Ritiene che una «tale riserva non sarebbe del tutto contraria allo scopo del trattato», ad es. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 45. Similmente, sembrano considerare una simile soluzione plausibile: BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 289; SPROULE-ST. DENIS, *The UN Drug Trafficking*, cit., 291; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 400. Opposizioni fondate

veti per bloccare simili iniziative non sia sino ad ora riuscito a dissuadere nessuno Stato dall'imbarcarsi in un'impresa del genere (v. il caso della Bolivia)¹⁴², l'INCB parrebbe ad oggi comunque considerare anche tali più limitate riserve come una minaccia per il sistema internazionale di controllo degli stupefacenti¹⁴³.

Anche questa opzione, dunque, potrebbe rivelarsi non del tutto immune da criticità, rischiando di generare una perdita di reputazione internazionale per lo Stato interessato non meno significativa di quella che conseguirebbe da una fuoriuscita dal sistema, non seguita da alcuna successiva riadesione¹⁴⁴.

Vi è però (almeno per quanto riguarda gli Stati membri dell'UE) un altro dato da considerare attentamente. L'UE ha ratificato le Convenzioni delle NU senza riserve e la condivisione delle competenze a livello europeo potrebbe rappresentare un ostacolo per la validità di iniziative unilaterali assunte da parte dei singoli Stati membri: molti non credono che una denuncia con successiva riadesione con riserva potrebbe risolvere ogni problema e ritenersi validamente formulata ai sensi del diritto UE¹⁴⁵. Se si potrebbe magari anche pensare di adottare una siffatta soluzione per quanto riguarda la Convenzione unica (che comunque sarebbe secondo alcuni interpreti quella più difficile da superare ricorrendo ad altri stratagemmi)¹⁴⁶, ratificata dagli Stati senza l'UE, lo stesso non potrebbe invece dirsi per eventuali riserve formulate nei riguardi

sull'assenza di una tale compatibilità, però, si sono già registrate con riferimento alle riserve formulate dal Vietnam nei confronti degli obblighi di estradizione della Convenzione unica (art. 36, § 2) e della Convenzione sul traffico illecito (art. 6), da parte di Svezia, Finlandia, Austria, Francia e Germania e - non esplicitamente - Regno Unito e Stati Uniti. Si tratta di un profilo di rilievo, visto che l'obbligo di estradizione sembra essere assai meno centrale in queste Convenzioni di quelli concernenti la repressione delle attività di produzione e commercio degli stupefacenti in genere. D'altronde, l'extradizione è soltanto uno dei vari strumenti che vengono impiegati allo scopo di assicurare un contrasto efficace alla diffusione degli stupefacenti.

¹⁴² Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 454; nel caso della Bolivia ci sono stati solo 15 veti [cfr. BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 400].

¹⁴³ Cfr. il report dell'INCB del 2012, 37 ss.; ROOM, *Reform by subtraction*, cit., 405; ZITT, *Should I Stay or Should I Go*, cit., 543.

¹⁴⁴ Cfr. ARP, *Denunciation followed by Re-accession*, cit., 155; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 453.

¹⁴⁵ Come rileva THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*.

¹⁴⁶ Come osserva RATH, *Entkriminalisierung von Cannabis. Umsetzung ungeklärt. Die Ampel will Cannabis legalisieren. Doch Deutschland hat zwei UN-Abkommen ratifiziert, die den Anbau, Verkauf und Besitz von Gras verbieten*, in *www.taz.de*, 30 maggio 2022, *passim*, solo per quanto riguarda questa Convenzione sarebbe probabilmente assolutamente necessario ricorrere a questa opzione.

della Convenzione di Vienna del 1988, le quali rischierebbero invero di rivelarsi affette da invalidità (per gli Stati membri dell'UE), alla luce della ratifica della Convenzione in parola da parte dell'Unione stessa¹⁴⁷. È forte, dunque, il sospetto che ormai, avendo l'UE implementato le Convenzioni delle NU, la stessa sia divenuta (almeno per gli Stati membri) l'unico attore abilitato a formulare validamente delle riserve nei confronti delle Convenzioni internazionali, e dunque a rivedere la cogenza dei vincoli da tali Convenzioni derivanti¹⁴⁸.

Passando dalle Convenzioni internazionali alla normativa UE, bisogna invece rilevare come questa opzione (quella di formulare riserve, magari previa contestazione) non si riveli possibile né per l'accordo di Schengen né per la sua Convenzione attuativa. L'accordo di Schengen non contiene invero disposizioni relative a possibili riserve o denunce, e lo stesso dicasi – in base all'art.

¹⁴⁷ È quel che ritiene in particolare THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*, con riferimento alla situazione tedesca, instaurando un parallelismo con quel che è accaduto per l'Irlanda in materia di *copyright* – ove la CGUE ha respinto bruscamente il tentativo dell'Irlanda di limitare la remunerazione degli artisti di Paesi terzi attraverso misure nazionali, ritenendo che misure nazionali unilaterali non potessero modificare l'interpretazione uniforme del diritto dell'UE (§§ 46-74), e che l'UE dovesse comunque agire in conformità con il diritto internazionale (§§ 86-90) –, ritenendo che la ratifica congiunta da parte dell'UE renda la Convenzione del 1988 un «accordo misto» in cui ciascuna Parte contraente «non» potrebbe più «fare come vuole» (di certo per quanto riguarda importazione ed esportazione da Paesi terzi, essendo il commercio estero di competenza esclusiva dell'UE, ma verosimilmente anche per quanto riguarda le competenze miste). Ritiene peraltro RATH, *Entkriminalisierung von Cannabis*, cit., *passim*, sempre con riferimento alla situazione tedesca, che non è detto che occorra procedere ad una simile contestazione e riadesione con riserva per la Convenzione del 1988, prevedendo la stessa l'obbligatorietà delle sue previsioni solo se vi è compatibilità con le *caratteristiche di base dell'ordinamento* giuridico nazionale di riferimento (condizione che non si darebbe più al giorno d'oggi): v. meglio *infra*, quanto verrà detto nel § 4.4.2 su tale linea interpretativa.

¹⁴⁸ Perlomeno è quel che sembra ritenere sempre THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*, adducendo (ma in gran parte criticando) anche alcuni argomenti («dietrologie» nella prospettazione dell'A.) che potrebbero servire a superare questo problema. Anche AMBOS, *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*, peraltro, riconosce che gli Stati UE rimarrebbero vincolati dalla Convenzione del 1988 tramite l'Unione (nel senso di un'estesa «fedeltà all'Unione») [sul punto v. altresì MÖGELE, *Art. 216 TFUE*, in R. Streinz (Hrsg.) *EUV/AEUV*, München, 2018, Rn. 51, che fa riferimento all'art. 216 § 2 TFUE come un «supplemento al dovere di lealtà degli Stati membri nei confronti dell'Unione»] anche qualora decidessero di ritirarsi dalla Convenzione e/o di riaccedervi con riserve [cfr. SCHMALENBACH, *Art. 216 TFUE*, in C. Calliess e M. Ruffert (Hrsg.), *EUV-AEUV*, München, 2022, Rn. 7]. L'A. ritiene peraltro che si tratti di una soluzione di *extrema ratio*, da percorrere unicamente qualora la Convenzione non dovesse lasciare spazio alcuno ad interpretazioni compatibili con una legalizzazione (mentre così non sarebbe di certo per la Convenzione del 1988) e per esercitare «pressione», nel frattempo, nell'ambito dei negoziati con gli organismi di controllo internazionali (tendenzialmente proibizionisti).

137 - per la Convenzione attuativa di tale accordo (anch'essa non contempla la possibilità di riserve, all'infuori di quella di cui all'art. 60, che non è però pertinente per ciò che è di nostro interesse in questa sede). Né è prevista da tale ultima Convenzione attuativa una disposizione relativa alla possibilità di operare delle vere e proprie contestazioni. In considerazione della natura di tali accordi, la denuncia o il ritiro non sembrano dunque essere delle possibilità concrete per i membri dell'UE (fintanto che desiderino rimanere nell'Unione).

4.4. *Il ricorso alle “clausole di salvezza” contenute negli atti normativi dell'UE e nelle Convenzioni internazionali.* Altre strade puntano invece i riflettori soprattutto sulla possibilità di sfruttare talune clausole di “salvezza” che risultano ad oggi contenute nelle varie Convenzioni e negli atti normativi UE, cercando di fornire interpretazioni delle stesse che legittimino l'eventuale adozione da parte degli Stati di scelte di riforma legalizzatrici (o comunque non più proibizionistiche).

4.4.1. *La protezione della salute pubblica e l'eccezione relativa ad un utilizzo finalizzato a “scopi medici” e/o “scientifici”.* L'art. 22 della Convenzione unica stabilisce che, se uno Stato parte dovesse ritenere che il divieto di coltivazione della *cannabis*, della coca o del papavero da oppio costituisca il *modo più appropriato* per tutelare la salute e il benessere della collettività, questa strada andrebbe per forza di cose perseguita dalla Parte contraente. Parallelamente, l'art. 4(c) della medesima Convenzione unica, nonché gli artt. 5(2) e 7(a) della Convenzione del 1971, e l'art. 3(2) della Convenzione del 1988 (che alle norme ora citate si rifà per definire gli usi leciti delle sostanze stupefacenti), obbligano le Parti contraenti a limitare l'uso delle sostanze regolamentate a scopi esclusivamente “medici e scientifici”. L'eccezione degli “scopi medici e scientifici” della Convenzione unica si applica inoltre anche alla decisione-quadro del 2004, nell'ambito dell'UE¹⁴⁹.

Pertanto, è opportuno chiedersi se sia possibile interpretare tutte queste varie disposizioni, che fanno uso di termini analoghi (da intendere in maniera ve-

¹⁴⁹ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 133 s.

rosimilmente uniforme in tutte e tre le Convenzioni, come pure nella decisione-quadro del 2004) in maniera da ritenere l'acquisto, il possesso e il commercio leciti, in quanto rispondenti ad una finalità medica e/o scientifica, interpretando questi due termini in maniera diversa da come sono stati di solito interpretati e in modo tale da consentire una legalizzazione di almeno alcune sostanze stupefacenti¹⁵⁰.

Le Convenzioni, del resto, non danno una definizione di questi vari concetti, che devono pertanto esser fatti oggetto d'interpretazione e potrebbero conseguentemente esser rilette, in mancanza di una prassi generale e uniforme, in senso ben più estensivo di quanto usualmente si è ritenuto fosse possibile¹⁵¹. Anche perché, ad oggi, non sembra esservi alcuna disposizione che vieti categoricamente di impiegare tali disposizioni per pervenire ad un esito di legalizzazione¹⁵². Per saggiare se vi sia o meno una tale possibilità di estensione in via ermeneutica delle maglie di queste clausole di salvezza occorre peraltro – crediamo – esaminare separatamente: a) dapprima la clausola dell'utilizzo “medico”; b) e in seguito quella dell'uso a scopo “scientifico”. Trattasi, infatti, di due termini sostanzialmente diversi nel loro contenuto e per i quali risulterebbe oltremodo complesso condurre un discorso unitario.

Per quanto riguarda l'idea di un utilizzo “*medico*”, il trattamento delle condizioni di salute del paziente rappresenta indubbiamente il punto di partenza per pervenire ad un'esatta perimetrazione di tale concetto¹⁵³, per cui le NU riconoscono giustamente che anche scopi veterinari e odontoiatrici, nonché le pratiche mediche tradizionali non occidentali, possano ritenersi incluse nei vari significati lessicali del termine, così permettendo ad es. di fornire ai tossi-

¹⁵⁰ Cfr. FULTZ-PAGE-PANNU-QUICK, *Reconciling Canada's Legalization of Non-Medical Cannabis with the UN Drug Control Treaties*, Ottawa, 2017, 11; LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 440.

¹⁵¹ Cfr., con varietà di opinioni, COLLINS, *Rethinking 'flexibilities' in the international drug control system – Potential, precedents and models for reforms*, in *International Journal of Drug Policy*, 2018, 108 s., 113; THOUMI, *Re-examining the 'Medical and Scientific' Basis for Interpreting the Drug Treaties: Does The 'Regime' Have Any Clothes?*, in The London School of Economics and Political Science (ed.), *After the Drug Wars. Report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*, 2016, 20-23; LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 441, 448; BEWLEY TAYLOR, *Harm reduction and the global drug control regime: contemporary problems and future prospects*, in *Drug and Alcohol Review*, 4, 2009, 484; FULTZ-PAGE-PANNU-QUICK, *Reconciling Canada's Legalization*, cit., 11.

¹⁵² Cfr. THOUMI, *Re-examining the 'Medical and Scientific' Basis*, cit., 20; LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 448.

¹⁵³ Cfr. FULTZ-PAGE-PANNU-QUICK, *Reconciling Canada's Legalization*, cit., 11.

codipendenti incurabili una dose necessaria per la sopravvivenza, oppure di giustificare una distribuzione limitata di droghe anche nel corso delle crisi di astinenza sotto il controllo medico¹⁵⁴.

Si potrebbe però arrivare a sostenere che, poiché un fattore rilevante (forse dirimente) di rischio per la salute pubblica legato al consumo di stupefacenti - nel quadro di un sistema proibizionistico - risiede proprio nell'incertezza dell'origine e della composizione dei prodotti che si trovano sul mercato¹⁵⁵, e la salute pubblica (e di conseguenza individuale) dei consumatori sarebbe di certo meglio protetta da una forma di legalizzazione, in cui si venissero a sottoporre produzione e commercio a regolamentazione e controlli "qualitativi" stringenti, tale soluzione potrebbe passare per la porta dell'art. 22 della Convenzione unica o delle altre disposizioni citate (in cui si fa pur sempre riferimento ad un utilizzo lecito di sostanze stupefacenti a scopo "medico").

All'evidenza, però, l'idea di poter trattare le sostanze legalizzate come sostanze destinate ad un uso (precauzionalmente) "medico", ai sensi dei citati artt. 4(c), 5(2), 7(a) e 3(2), rischia di risolversi in un ampliamento eccessivo del concetto in questione, che da molti potrebbe avvertirsi come contrario alle regole che presiedono ad una corretta interpretazione dei Trattati. Non sembra quindi che ci si confronti con un'interpretazione che potrebbe esser pienamente condivisa da tutti e che potrebbe ritenersi del tutto immune da profili di criticità.

Non maggiori consensi incontrerebbero peraltro anche quanti volessero invece far leva sull'art. 22. Il ragionamento alla base dell'idea che l'art. 22 possa prestarsi a favorire una legalizzazione riposa, in effetti, su un'interpretazione da molti ritenuta implausibile di tale disposizione della Convenzione unica, facendo così crollare dalle fondamenta la validità di una siffatta prospettiva ermeneutica. È vero che la disposizione richiede un divieto pressoché totale di coltivazione delle sostanze indicate dalla Convenzione soltanto se tale divieto è ritenuto necessario per proteggere «la salute e il benessere pubblico» (in tal caso il veto si estenderebbe anche all'uso medico e scientifico). La mancanza del presupposto in questione (cioè della necessità di tutelare la sa-

¹⁵⁴ Si v. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 39.

¹⁵⁵ Cfr. AA. VV., *Drug Policy and the Public Good*, Oxford, 2018, 102.

lute pubblica) non sembra però far venir meno la proibizione in sé, ma soltanto la necessità di un *divieto totale* (relativo cioè anche ad usi non voluttuari): «il semplice fatto che una parte non debba attuare il divieto di cui all'articolo 22 della Convenzione unica non la esime», dunque, dal rispetto «degli obblighi derivanti da tutte le altre disposizioni della Convenzione». Pertanto, l'art. 22 non sembrerebbe poter offrire «alcuna possibilità di giustificare la legalizzazione, la tolleranza politica e/o altre forme di regolamentazione»¹⁵⁶.

Se però, da un dubbio tentativo di interpretare estensivamente i termini contenuti nella clausola contenuta nell'art. 22, si passasse invece ad osservare se vi siano delle possibilità – considerato che una politica di legalizzazione delle droghe (a cominciare dalla *cannabis*) avrebbe secondo molti interpreti dei tangibili benefici per la salute pubblica – di utilizzare l'interpretazione evolutiva delle Convenzioni come “strumenti viventi”¹⁵⁷, si potrebbe forse avere miglior fortuna.

Anche tale strada non ha peraltro mancato di sollevare alcune perplessità nelle prospettazioni degli interpreti che si sono sino ad oggi maggiormente occupati del tema. Innanzitutto, l'interpretazione evolutiva è stata sinora applicata nella prassi bensì a norme di diritto internazionale, ma solo a disposizioni aperte, generali e/o vagamente formulate (per lo più contenute in trattati in materia di diritti umani). In questo caso, non saremmo invece di fronte a un'interpretazione che si potrebbe se del caso fondare su agganci letterali offerti dalla Convenzione o sulla genericità ed equivocità dei termini ivi impiegati, quanto, piuttosto, ci staremmo rapportando ad un'interpretazione non facilmente conciliabile con il tenore letterale dell'art. 22 e che pare anzi, secondo molti, andare espressamente contro l'intenzione degli Stati contraenti di mantenere l'eccezione ivi prevista il più possibile ristretta nella sua concreta portata applicativa¹⁵⁸.

È inoltre da osservare: a) che l'interpretazione della clausola di cui all'art. 22

¹⁵⁶ Come conclusivamente osservato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 150 s.

¹⁵⁷ Su tale interpretazione, si v. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 187 ss.

¹⁵⁸ Va però segnalato, come fatto da CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 189, che l'interpretazione evolutiva «appare tuttavia quella che meglio si armonizza con la concezione obiettivista che ha ispirato il sistema convenzionale e con il carattere assai ridotto assegnato invece alla volontà delle parti».

proposta è in realtà stata sin qui prospettata soltanto da uno o più Stati, e non già da un'organizzazione internazionale specificamente individuata (punto che assume un particolare rilievo nel caso della Convenzione unica, che prevede organismi ufficiali di supervisione, tra cui l'*International Narcotics Control Board*, che hanno sino ad oggi categoricamente respinto simili letture estensive dell'art. 22); b) che la Convenzione prevede specifici meccanismi per gli Stati che vogliano in qualche misura sottrarsi al rispetto degli obblighi derivanti dalla stessa (come la già menzionata possibilità di trasferire sostanze da un elenco all'altro); c) che la medesima vedrebbe evidentemente minata la sua forza vincolante qualora si lasciasse ai singoli Stati la possibilità di procedere a modifiche unilaterali (anche in via interpretativa) dei vincoli assunti; c) che, pertanto, a giudizio di vari interpreti, lo Stato che dovesse nonostante tutto «procedere con una tale interpretazione, ignorerebbe il testo, il sistema, l'oggetto, lo scopo e l'orientamento della Convenzione, trovandosi anche a dover fare i conti» con le opposte idee sin qui espresse dall'*International Narcotics Control Board*³⁹.

L'art. 22, come le altre disposizioni che abbiamo citato, peraltro, non contengono solo un riferimento agli scopi “medici”, ma anche a quelli “scientifici”; è quindi opportuno chiedersi se il riferimento a questo diverso “salvacondotto” consentirebbe (meglio di quanto non permetta di fare il ricorso al primo) di pervenire ad una legalizzazione, prospettando la creazione di uno spazio per il libero e legalizzato consumo (ad es. come quello che ha luogo nei *cannabis social club* in alcuni Paesi o che avveniva un tempo nelle fumerie d'oppio), prospettandolo come una sorta di “esperimento scientifico”.

Nonostante alcuni ritengano plausibile una simile operazione ermeneutica

³⁹ Cfr. in tal senso BEWLEY TAYLOR-JELSMA, *The Limits of Latitude*, cit., 2012, 15, i quali, pur cercando di interpretare le Convenzioni nel modo più liberale possibile, concludono che un'interpretazione così ampia dell'eccezione non potrebbe ad oggi esser condivisa. Similmente, anche ROOM-REUTER, *How well do international drug conventions protect public health?*, in *The Lancet*, 7 gennaio 2012, 84-91, ritengono che, seppur le Convenzioni delle NU sugli stupefacenti dovrebbero affrontare gli interessi della salute pubblica assai meglio di quanto non facciano oggi, ciò non sarebbe affatto possibile con le Convenzioni attuali, a causa, tra l'altro, della natura limitata dell'eccezione per l'uso medico delle droghe (necessariamente da modificare). Anche tali interpreti non scorgono insomma vie d'uscita attraverso l'eccezione degli “scopi medici o scientifici”. Stullo stesso solco, si pongono poi oggi, più ampiamente, le riflessioni di VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 152 s.

(che ha trovato ad oggi anche un qualche *endorsement* da parte di taluni Stati)¹⁶⁰, per la verità, anche da questo diverso angolo visuale, sembra che non vi siano molti spazi per ritenere condivisibile una tale conclusione interpretativa¹⁶¹, almeno non se si vuol tener fede alle regole che indubbiamente presiedono all'interpretazione dei trattati, e in particolar modo prestare ossequio all'obbligo d'interpretazione secondo "buona fede"¹⁶².

L'idea che si possa davvero far entrare surrettiziamente la legalizzazione (cacciata dalla porta) dalla "finestra" degli scopi "medici o scientifici" rischierebbe in effetti di rivelarsi un'operazione in larga misura implausibile, fondata su una «interpretazione» che «è insostenibile», o che comunque vanta a proprio favore argomenti assai «deboli» o perlomeno «basati su una metodologia interpretativa assente, difettosa o incompleta»¹⁶³.

¹⁶⁰ Ritiene ad es. HOFMANN, *Welche Probleme*, cit., *passim*, che questa sarebbe la strada migliore anche per la Germania, sulla scorta di quanto accaduto in certi comuni olandesi, anche al fine di portare semmai poi delle valide argomentazioni (ossia i risultati di queste sperimentazioni) all'attenzione della Commissione europea, al fine di procedere ad una modifica della legislazione europea *tout court*.

¹⁶¹ Come rilevato da VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 154.

¹⁶² Come ricorda CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 184, «[l]a regola generale, contenuta nell'art. 31, par. 1, dispone che un trattato debba essere interpretato in buona fede, secondo il significato ordinario da attribuire ai suoi termini e nel loro contesto, nonché alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Sul tema che ci riguarda, cfr. i rilievi critici di LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 436 ss., che scorgono in questa lettura un'interpretazione indubbiamente contraria a "buona fede", in quanto ai «fini dell'interpretazione dei trattati, il significato ordinario di un termine non è il modo in cui un individuo o un dizionario» potrebbe averlo «definito, ma piuttosto il modo in cui quel termine è stato generalmente inteso e applicato dagli Stati e da altre autorità internazionali e giuridiche». A giudizio dei due, ad «oggi non» sarebbe «possibile trovare un solo esempio in cui il termine "scopi medici e scientifici" sia stato inteso come comprensivo di esperimenti di politica sociale nei mercati legali. In nessuna parte dei lavori preparatori gli Stati hanno sostenuto che gli "scopi medici e scientifici" dovevano intendersi anche come una possibilità di sperimentazione politica con la regolamentazione legale. Né alcuno degli oltre 180 Paesi che hanno ratificato le Convenzioni in materia ha espresso una riserva dichiarando di intendere il termine "scopi medici e scientifici" nel modo indicato». Peraltro, per l'idea che invece, a condizione che «il quesito oggetto di ricerca venga formulato correttamente» e che «la ricerca risulti finalizzata a produrre risultati tangibili e non a perseguire principalmente obiettivi commerciali» («cosa che» l'A. ritiene possa «essere ottenuta solo da imprese che siano almeno limitate geograficamente e temporalmente»), la «clausola dell'uso scientifico» ben potrebbe consentire «la legalizzazione delle droghe e l'istituzione di mercati regolamentati», si v. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 40 (la quale dunque ritiene soltanto che «questa eccezione non» potrebbe ritenersi «una soluzione adeguata a lungo termine per una politica più liberale sulle droghe»).

¹⁶³ Per questa critica radicale si v. il citato scritto di LINES-BARRETT, *Cannabis Reform*, cit., 436 ss. Analogamente critica anche KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 32 (ravvisando in tale lettura una violazione dell'interpretazione secondo "buona fede", di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati).

4.4.2. *Il limite dei “principi costituzionali” e dei “concetti fondamentali” nel quadro delle Convenzioni internazionali.* L’art. 36(1)(a) della Convenzione unica e l’art. 22(1)(a) della Convenzione di Vienna del 1971, subordinano l’obbligo degli Stati di procedere alla criminalizzazione dei comportamenti relativi al lato dell’offerta in materia di traffico di stupefacenti alle “limitazioni costituzionali” ricavabili dalla legislazione di ciascuna Parte contraente¹⁶⁴. In maniera analoga, l’art. 3(2) della Convenzione di Vienna del 1988, subordina l’impegno a criminalizzare i comportamenti legati all’offerta e alla domanda ai «principi costituzionali» operanti in ciascuno Stato, nonché ai «concetti fondamentali del sistema giuridico» di riferimento.

Anche queste disposizioni sono a ben vedere annoverabili tra le clausole di “salvezza” atte a consentire una più facile trasposizione (e adattamento) dei contenuti delle convenzioni internazionali sulle droghe nella legislazione domestica dei singoli Stati¹⁶⁵.

Tuttavia, né le Convenzioni né la letteratura di settore hanno definito sino ad oggi, almeno non in maniera chiara e univoca, i requisiti richiesti per invocare una delle predette clausole. Il tentativo di determinare che spazi esse effettivamente offrano agli Stati per superare le “strette” del reticolo di vincoli derivanti dagli atti internazionali richiede dunque un certo sforzo interpretativo¹⁶⁶.

Innanzitutto, bisogna partire dalle prime due Convenzioni. Con riferimento ad esse si può constatare come ivi si faccia riferimento, più che a principi nazionali che potrebbero impedire allo Stato di adempiere all’obbligo di criminalizzare, all’esistenza di “*limitazioni costituzionali*”. Sebbene la dottrina non definisca il termine, né lo distingua dai “principi”, essa sembra ritenere che un conflitto (sopravvenuto, dal momento che, stando al commento ufficiale, al momento della sua pubblicazione, le NU non erano a conoscenza di alcun ostacolo costituzionale che impedisse di criminalizzare le attività legate al traf-

¹⁶⁴ Cfr. AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*.

¹⁶⁵ Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 442 s. Come ricorda AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*, gli accordi non sono autoesecutivi e garantiscono ampio margine di manovra agli Stati.

¹⁶⁶ Qualche tentativo di chiarire il punto ci sembra sia stato esperito da STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 28 ss.

fico di stupefacenti)¹⁶⁷ con *qualsiasi disposizione* costituzionale applicabile, senza la necessità di ulteriori requisiti (ad es. basati sull'importanza del principio o della regola di riferimento), potrebbe ritenersi sufficiente a far scattare l'applicabilità delle clausole di salvezza menzionate¹⁶⁸. Si tratta di un'interpretazione abbastanza convincente, poiché ogni norma costituzionale che dovesse entrare in conflitto con l'obbligo di criminalizzare le condotte previste in materia di stupefacenti potrebbe, all'evidenza, porre uno sbarramento significativo al riconoscimento della validità di un obbligo di tal fatta. Di conseguenza, ogni norma costituzionale potrebbe ritenersi astrattamente idonea a consentire una depenalizzazione, decriminalizzazione o legalizzazione nel quadro di tali Convenzioni¹⁶⁹.

Passando invece ad esaminare la formulazione della clausola di salvaguardia nella Convenzione del 1988, bisogna senz'altro partire dal constatare come: a) non solo essa sia applicabile solo ai reati relativi al consumo e ad alcune fattispecie prodromiche, ex artt. 3(1)(c) e (b)¹⁷⁰; b) ma si discosti terminologicamente anche da quelle previste dai due trattati precedenti, poc'anzi menzionati, richiedendo l'esistenza di un *principio* di ordine costituzionale che sia collidente con la criminalizzazione, o una frizione con i «concetti fondamentali del sistema giuridico» di riferimento, onde farne scattare l'applicazione. Le NU stesse riconoscono che tale ultima clausola possa costituire quantomeno una valida base per la depenalizzazione di alcuni reati che coinvolgono i consumatori¹⁷¹, la quale è stata però anche già più volte invocata come plausibile fondamento per i tentativi di legalizzazione esperiti in materia da taluni Stati¹⁷².

¹⁶⁷ Lo rammenta KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 36.

¹⁶⁸ Cfr. FULTZ-PAGE-PANNU-QUICK, *Reconciling Canada's Legalization*, cit., 10; PARDO, *Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analysis of Colorado, Washington, and Uruguay*, in *International Journal of Drug Policy*, 25(4), 2014, 728. Tant'è che KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 36, rileva come si potrebbe far valere persino (in linea teorica, ma sul punto v. *infra*) il diritto costituzionale alla libertà d'iniziativa economica.

¹⁶⁹ Da questo punto di vista, si v. le considerazioni di AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*, che conseguentemente ritiene che vi sarebbe un contrasto tra un tale obbligo di criminalizzazione e le norme costituzionali del sistema tedesco.

¹⁷⁰ Cfr. AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*, il quale osserva come ivi si debbano includere anche tutte le condotte prodromiche al consumo, quali l'acquisto, la coltivazione (produzione) e la detenzione.

¹⁷¹ Di questa opinione BOISTER, *Penal aspects*, cit., 125; BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286.

¹⁷² Cfr. BEWLEY TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 286 s.; per la Germania si v. AMBOS, *Zur*

L'esatto contenuto di questa clausola di salvaguardia resta ancora oggi in gran parte equivoco, lasciando dei margini interpretativi rilevanti. I *principi* differiscono indubbiamente dalle *regole*. Un principio rappresenta una linea guida più ampia e astratta di valori che informa l'introduzione e l'applicazione delle regole giuridiche, fornendo un quadro per il ragionamento giuridico¹⁷³. D'altra parte, le regole presentano invece direttive ben più precise e cogenti, cui spesso si accompagna l'indicazione di conseguenze sanzionatorie per il caso di una loro violazione¹⁷⁴.

Ora, sebbene il Commentario delle NU non si occupi di esaminare la diversa terminologia impiegata rispetto alle prime due convenzioni, visto lo scopo della Convenzione del 1988, sembra plausibile ritenere che la clausola di salvaguardia ivi contemplata possa (o persino debba) intendersi in maniera più restrittiva, applicandosi soltanto ai *principi* e non già alle eventuali regole costituzionali che non siano assurte al rango di veri e propri principi. Di conseguenza, sotto l'egida di questa clausola, soltanto un diretto contrasto con i *principi* costituzionali del singolo Stato potrebbe rappresentare una valida base giuridica per una possibile legalizzazione¹⁷⁵. Ciò, ovviamente, a meno che non ci si confronti con «concetti fondamentali del sistema giuridico» di riferimento (ossia taluni principi eventualmente estrapolabili anche da fonti sub-costituzionali)¹⁷⁶.

völkerrechtlichen, cit., *passim*, e in senso più dubitativo THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*.

¹⁷³ Cfr. ÁVILA, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht, 2007, 40; JACKSON, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfield e A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 60 ss.; DONINI, *Diritto penale*, cit., 478 ss.

¹⁷⁴ Cfr. ÁVILA, *Theory of Legal Principles*, cit., 40; JACKSON, *Comparative Constitutional Law*, cit., 60 ss.; DONINI, *Diritto penale*, cit., 478 ss.

¹⁷⁵ Così STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 30. Di altro avviso, peraltro, BOISTER, *Penal aspects*, cit., 125, pur senza offrire motivazioni perspicue sul perché di questa sua opinione.

¹⁷⁶ Il ragionamento alla base dell'introduzione di tale secondo inciso è paragonabile (se non identico) a quello che soggiace al riferimento ai principi costituzionali [cfr. STEWART, *Internationalizing The War on Drugs*, cit., 393; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 393]. L'allineamento della motivazione per l'introduzione di questa clausola di salvaguardia con quella dei "principi costituzionali" implica dunque che, nel contesto di tale Convenzione, principi e concetti dovrebbero essere considerati come sinonimi [sebbene non lo dicano esplicitamente, BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 13 sembrano essere di questa opinione; in forma più netta si v. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 37]. La differenza rispetto ai principi costituzionali, quindi, starebbe solo nella fonte giuridica: i concetti (principi) fondamentali potrebbero derivare (nei sistemi di *common law*) anche dal diritto statutario, dai precedenti giudiziari e persino

È lecito dunque chiedersi se possano riscontrarsi dei *principi costituzionali*, ovvero dei *concetti fondamentali* (anche di fonte sub-costituzionale) in grado di far scattare l'operatività di tale clausola¹⁷⁷. Per quanto riguarda l'esistenza di *concetti fondamentali* contrastanti con la criminalizzazione, alcuni Stati, grazie alle precisazioni offerte al momento della ratifica delle Convenzioni, avrebbero oggi senz'altro gioco facile nell'addurre prove di una loro (sopravvenuta) venuta ad esistenza. Per quanto riguarda l'Italia la situazione sembra più problematica, dovendo se del caso spiegarsi perché tali concetti fondamentali – ove esistenti – non siano stati adottati al tempo della ratifica dei trattati¹⁷⁸.

Anche se si volesse ritenere di dubbia divisibilità l'idea che si possano “arruolare” dei concetti (principi) fondamentali di fonte sub-costituzionale non fatti valere al momento della ratifica, potrebbe però di certo farsi sicuro riferimento all'esistenza di *principi costituzionali*, anche se esistenti e non fatti valere al tempo dell'adesione alle Convenzioni (essendo i principi costituzionali per loro natura più esposti a naturali evoluzioni nel corso del tempo, potreb-

dalla prassi, e troverebbero (in quelli di *civil law*) la loro base in ogni livello della gerarchia delle fonti, anche in fonti sub-costituzionali. Sicché, una dichiarazione di incompatibilità con un principio non costituzionale, ma pur sempre *fondamentale*, potrebbe consentire la decriminalizzazione delle condotte finalizzate al consumo personale [in tal senso, cfr. BOITEUX-CHEMICHAROU PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 13; BOISTER, *Penal Aspects*, cit., 125 s.; le NU, tuttavia, non sono d'accordo con questo approccio: si v. il Report dell'INCB del 1994, 52]. Solo un'incompatibilità con una norma purchessia (ritenuta in quanto tale non espressiva di un principio fondamentale) potrebbe dunque ritenersi – in tale prospettiva – insufficiente a far scattare l'applicabilità di questa clausola.

¹⁷⁷ Risponde in senso affermativo, con riferimento al sistema giuridico tedesco, AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*. Si tratta ovviamente di un giudizio che impone di guardare alle specificità del singolo sistema, e impedisce di raggiungere risposte universalmente valide e generalizzanti [cfr. KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 36].

¹⁷⁸ È da ricordare come nel 1993, al momento della ratifica della Convenzione del 1988, la Germania avesse rilasciato una dichiarazione interpretativa sull'art. 3(2), affermando che «i concetti fondamentali dell'ordinamento giuridico» indicati da quell'articolo «potessero essere soggetti a mutamenti» nel tempo. Ciò potrebbe verosimilmente valere anche per noi. Di certo, però, il fatto che la Germania abbia esplicitato questo carattere mutevole dei concetti fondamentali cui l'art. 3(2) fa riferimento, le ha dato gioco più facile per sostenere che nel frattempo quello di “riduzione del danno” fosse divenuto un concetto base del proprio sistema giuridico, e che la legalizzazione potesse dunque ormai ritenersi fondata sulla riduzione del danno e sulla protezione della salute, citando evidenze circa il fatto che il proibizionismo non ha sinora portato a una riduzione del consumo di droghe (al contrario, il consumo di droghe è in costante aumento) e che le sostanze trafficate in regime di proibizione stanno divenendo ogni giorno sempre più pericolose per la salute collettiva e individuale (proprio a causa del regime proibizionistico instaurato) [cfr. KHAN-LANDWEHR, “Legalize It!?”], cit., 91 (nt. 29); per analoghi rilievi in Italia, si v. peraltro già CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, cit., 61 s.].

be senz'altro invocarsi un loro sopravvenuto affinamento o mutamento interpretativo-concettuale)¹⁷⁹. A tal uopo, potrebbero oggi arruolarsi (giusto per limitarci a qualche esemplificazione): il principio di *proporzionalità*, ovvero quelli di *effettività*, *sussidiarietà* o *extrema ratio*¹⁸⁰, nonché quello di *offensività* e (secondo alcuni, ma in realtà tali riferimenti paiono più “problematici”, o comunque assai meno utili) la *libertà di autodeterminazione dei singoli*¹⁸¹ e/o la *libertà d'iniziativa economica*¹⁸².

Partendo dal c.d. principio di *proporzionalità* (in senso lato, attinente alle scelte di criminalizzazione)¹⁸³, dal momento che esso sottende come noto un bilanciamento aperto e in larga misura dipendente da valutazioni assiologiche, non è agevole dire se lo stesso avrebbe o meno la capacità di rendere la san-

¹⁷⁹ Cfr. DONINI, *Diritto penale*, I, cit., 479.

¹⁸⁰ Principio «accreditato di fondamento costituzionale», per GRANDI, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. Grasso, L. Picotti e R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, Milano, 2011, 409. Per aperture a favore della costituzionalizzazione di tale principio, si v. anche CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, 44 ss. L'opinione della prevalente dottrina è peraltro sempre stata di segno contrario [per tutti si v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*⁶, I, Milano, 2004, 23 (per il quale, con una posizione espressiva della *communis opinio* in materia, si tratterebbe di meri canoni materiali di politica criminale)].

¹⁸¹ Cfr. GABOARDI, *La disciplina penale in materia*, cit., 117, che, con riferimento specifico alla sola *coltivazione destinata al consumo personale*, osserva come gli obblighi internazionali «impongono sì la punibilità anche delle condotte finalizzate all'autoconsumo, ma conteng[an]o una riserva di compatibilità di tale disciplina con i principi costituzionali e con i concetti fondamentali dei singoli ordinamenti nazionali», la quale «deve ritenersi nel caso dell'Italia del tutto assente, sotto il duplice profilo della violazione del principio di offensività e della libertà di autodeterminazione del singolo». Il limite del ricorso alla libertà di autodeterminazione (indubbiamente costituzionalizzata: artt. 2, 12 e 32 Cost.) è però evidente, consentendo tale aggancio, invero, di delegittimare al più solo la criminalizzazione di condotte poste in essere dal singolo per finalità di autoconsumo.

¹⁸² Si v. KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 36, facendo riferimento alla prospettiva Svizzera. Nel nostro ordinamento tale libertà trova riconoscimento nell'art. 41 Cost., ove si prevede in effetti che «[l]iniziativa economica privata è libera». Il fatto che la stessa «[n]on» possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», e soprattutto che la «legge» possa anche determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali», sono dati che ci fanno tuttavia propendere per la tendenziale infruttuosità del riferimento a tale principio (almeno all'interno del nostro sistema).

¹⁸³ Sul fondamento costituzionale (perlomeno implicito) di questo “principio” cfr. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 103 ss. Guardando alle pronunce della Consulta, sembrerebbe perciò che almeno il principio di proporzionalità venga oggi per lo più ritenuto implicitamente costituzionalizzato, in quanto variamente ricavabile dagli artt. 3 e/o 27, co. 3 Cost., nonché (secondo altre sentenze) dagli artt. 25, co. 2 Cost. (offensività) e 27, co. 1 Cost. (personalità della responsabilità penale)

zionabilità del consumo ed eventualmente di ogni altra condotta connessa e prodromica allo stesso irrefutabilmente illegittima.

Ricorrendo a tale principio, il problema potrebbe in effetti trovare soluzioni differenti a seconda della “sensibilità” di chi si trovi chiamato ad operare il richiesto bilanciamento, come pure della sanzione che in concreto si ritenesse di dover/poter impiegare (visto il rapporto tra mezzi-fini che la proporzionalità inevitabilmente sottende)¹⁸⁴.

Certo, la ravvisabilità in materia di un «rapporto di arbitraria sproporzione nell’etichettatura di» solo alcune «sostanze psicoattive come lecite» (alcolici e tabacco) e nel trattamento proibizionistico riservato invece al consumo e alla commercializzazione di *cannabis*, oppio, ecc., sulla sola base del potenziale nocivo intrinseco di queste sostanze (in realtà comune anche alle prime, se non persino maggiore in queste), sembrerebbe deporre contro l’idea che pos-

¹⁸⁴ Così, vi è chi [ad es. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 320], «anche a voler concedere qualche spazio al bene giuridico della salute pubblica o privata, applicando [...] il test di proporzionalità», ritiene «che un tale bene, fra l’altro messo in pericolo solo molto raramente dal consumo della *marijuana*, bilanciato con la libertà di autodeterminazione, dovrebbe agevolmente soccombere», rendendo la criminalizzazione di tutte o quasi le droghe “leggere” in contrasto col principio in parola. Altri sottolineano, però, anche come il «giudizio di proporzionalità non ruoti [...] attorno all’irragionevolezza in sé del divieto, quanto piuttosto sulle sanzioni ricollegate al divieto legislativo», e che, perciò, «non appare sostenibile la tesi di un’illegittimità in sé del bilanciamento legislativo sottostante ad un chiaro divieto di consumo di stupefacenti accompagnato da misure» non penali «e che escluda in radice qualsiasi diritto del soggetto consumatore a non veder ostacolato l’approvvigionamento delle sostanze stupefacenti attraverso, ad esempio, la criminalizzazione di tutte le condotte di vendita»: così RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 219 ss., per il quale «[n]on è detto [...] che il diritto all’autodeterminazione personale debba avere preminenza assoluta rispetto alle finalità legislative [...], al punto tale da inibire qualsiasi azione o misura pubblica volta a perseguirle» (l’A. argomenta peraltro comunque a favore di un’impossibilità di ritenere conciliabile con tale principio la criminalizzazione in materia, ma per altre ragioni). Per alcune riflessioni relative all’irragionevolezza della normativa italiana sotto il profilo della proporzione sanzionatoria delle fattispecie previste dal T.U.S. (che avendo la conformazione di reati di pericolo dovrebbero presentare delle cornici di pena inferiori a quelle comminate per i corrispondenti illeciti di danno a tutela dell’integrità fisica contemplati dal codice penale; mentre così non è), si v. GABOARDI, *La disciplina penale*, cit., 105 ss. Per un raffronto tra le pene previste per gli uni e per gli altri, si v. VALLINI, *La riforma della disciplina degli stupefacenti: momenti di incoerenza, profili di incostituzionalità, opportunità ermeneutiche*, in C. Piemontese (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti: un’analisi sul campo*, Pisa, 2010, 16 s.; MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 107 s. Per l’idea che «[i]l principio di proporzionalità offra agli Stati vari punti di collegamento che consentono una decriminalizzazione, attraverso l’adeguamento della legislazione nazionale, e una depenalizzazione, astenendosi dal perseguire i casi minori di acquisto o possesso di droghe per consumo personale», si v. poi in chiave comparata anche STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 34.

sa aversi una criminalizzazione delle une, senza anche quella delle altre, che sia considerabile conforme a canoni di ragionevolezza¹⁸⁵. Anche in questo caso, peraltro, il ricorso a tale principio non parrebbe senz'altro risolutivo, dal momento che il problema potrebbe risolversi anche scegliendo (per vero, almeno a nostro avviso, molto problematicamente, se non si vuol sposare un'ottica paternalistica e moralista indubbiamente assai "spinta") di sottoporre a sanzione altresì tutte le altre sostanze (dannose) che attualmente risultano essere invece lecite¹⁸⁶.

Qualche possibilità in più di delegittimare con certezza il regime attuale di criminalizzazione si avrebbe (ove ne venisse opportunamente riconosciuto il rilievo costituzionale, perlomeno implicito, all'interno del nostro sistema),

¹⁸⁵ Così HAMILTON, *Drogas*, cit., 265; sul punto cfr. però in termini chiarissimi anche KÖHLER, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, in *ZStW*, 1, 1992, 3 ss.; KINZIG, *Auf dem Weg zu einer Entkriminalisierung*, cit., 285; FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*⁶⁰, München, 2019, § 52, Rn. 13a, «[u]na società che criminalizza il 5% dei suoi membri per il consumo di sostanze stupefacenti, mentre allo stesso tempo un altro 30% della popolazione beve o fuma fino alla morte, in modo legale e sovvenzionato dallo Stato, si comporta chiaramente in modo irrazionale» (la citazione è sparita nelle edizioni successive). Il punto è colto da noi da RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 220, il quale riconosce che la «decisione di sanzionare il consumo di stupefacenti dai modesti effetti in termini di dannosità – si pensi alla *cannabis* – è tanto più difendibile in un ordinamento che decida di sanzionare» anche «il consumo di ben più dannose sostanze, come l'alcool o il tabacco, e che mostri così una propensione assiologica per una tutela paternalistica diffusa dei propri cittadini», di quanto non lo sia in un sistema che voglia invece criminalizzare soltanto gli stupefacenti, ma lasciando i propri cittadini liberi di assumere altre sostanze dannose per la propria salute. Per la contrarietà di tale scelta all'art. 3 Cost., peraltro, si pronunciavano già CASCINI, *Stupefacenti e repressione penale*, cit., 57 s.; GABOARDI, *La disciplina penale*, cit., 100-105; VALLINI, *La riforma*, cit., 16 ss. *Contra*, invece, nel senso che «la tolleranza giuridica nei confronti del consumo diffuso di alcolici» (culturalmente più facilmente accettata in Occidente) «non» abbia «alcun valore positivo che, alla luce del principio di uguaglianza, possa essere rivendicato anche per altre sostanze inebrianti "comparabili"», e rappresenti pertanto nient'altro che una capitolazione della ragione giuridica di fronte alle debolezze dell'uomo», da accettare, in quanto tale, limitatamente agli alcolici, «fino a nuovo ordine, come segno di una necessaria imperfezione del diritto», si v. l'opinione minoritaria di DUTTGE, „*Streitobjekt Cannabis*“: *Anforderungen an eine rationale Gesetzgebung*, in Duttge-Holm Hadulla-Müller-Steuer (Hrsg.), *Verantwortungsvoller Umgang mit Cannabis Medizinische, juristische und psychosoziale Perspektiven*, Göttingen, 2017, 200.

¹⁸⁶ Basti rammentare come la voce di qualche nostro interprete, si sia levata, in modo parallelo e con eguale forza stigmatizzante, sia contro il fenomeno del consumo di droghe sia contro quello dell'abuso di alcol [cfr. MANTOVANI, *Alcolismo: «male oscuro» della vita e della libertà*, in *Giust. pen.*, 1, 2014, 212 ss.]. Da rammentare, poi, che gli alcolici, che in occidente sono stati sempre tollerati meglio delle droghe (tranne in alcuni periodi di "proibizionismo"), non vanno ancora oggi esenti da regimi di proibizione in altri Paesi del mondo (si v. Arabia Saudita, Kuwait, Iran, Sudan e Mauritania), dove il loro consumo è ancora oggi criminalizzato e, ove ripetuto nel tempo, può persino arrivare ad essere punito con pene draconiane e persino con la pena di morte.

perciò, guardando ai principi di *necessarietà*, *sussidiarietà*, *extrema ratio*, e/o volendo) di *effettività*, ossia a quella vasta congerie di direttrici di contenimento dell'area del penalmente rilevante che si sono negli anni impiegate in dottrina e che mirano tutte, in buona sostanza, a rimarcare in vario modo come il diritto penale (quale ramo che più è in grado di comprimere la libertà dei cittadini) dovrebbe poter intervenire soltanto qualora: a) non solo non vi sia alcuna possibilità di perseguire altrimenti lo scopo avuto di mira (ricorrendo agli strumenti approntati da parte degli altri rami del diritto); b) ma la criminalizzazione stessa appaia, in positivo, realmente necessaria, imprescindibile, per il raggiungimento dello scopo che ci si è in astratto prefisso (secondo condivisibili prospettazioni, si tratterebbe di un profilo da apprezzare anche tramite valutazioni empiriche, messe in secondo piano, invece, nel quadro delle valutazioni assiologiche che il principio di proporzionalità implica)¹⁸⁷.

Sembra evidente che, in considerazione dell'inutilità ormai più che conclamata (e dimostrata anzi *per tabulas*) del regime proibizionista, nonché alla luce della sua *vis* tendenzialmente persino criminogena e della sua acclarata pericolosità/dannosità per la salute individuale e collettiva, non ci sarebbe possibilità alcuna di conciliare ad oggi il rispetto di tali fondamentali direttrici di contenimento del diritto penale (ove elevate al rango di veri e propri principi costituzionali) con la criminalizzazione che ancora oggi si registra in materia, la quale appare sovrabbondante, inutile, finanche del tutto controproducente¹⁸⁸.

Proprio il principio di sussidiarietà/*extrema ratio* potrebbe forse servire anche ad escludere che dal diritto UE possano discendere obblighi di mantenimento della criminalizzazione attuale (che la giurisprudenza costituzionale dovrebbe peritarsi se del caso di salvaguardare, con pronunce caducatorie delle leggi di depenalizzazione se del caso approvate), visto che «l'idea dell'*ultima*

¹⁸⁷ Cfr. DONINI, *Diritto penale*, I, cit., 552-555, 961 ss.

¹⁸⁸ Cfr. HAMILTON, *Drogas*, cit., 264 ss., il quale ritiene che l'intervento del diritto penale, proprio in quanto in grado di arrecare alla salute pubblica molti più danni di quelli che esso vorrebbe prevenire, sia idoneo a dar luogo ad una violazione del principio di sussidiarietà/necessarietà. In maniera analoga, con riferimento al principio di "effettività", si v. già le considerazioni di PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 438 ss. In senso critico sull'idea che legislazione in materia di droghe possa continuare a "chiudere gli occhi" sulla «realtà sociale», si v. più in generale in Germania anche BÖLLINGER, *Grenzenloses symbolisches Strafrecht - Zum Cannabis-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, in *KJ*, 27, 1994, 405 ss., 414.

ratio» deve pur sempre «guidare l'applicazione delle sanzioni penali, anche quando» a venire «in rilievo» siano «interessi comunitari». Una decriminalizzazione, tramite ricorso a modelli di tutela diversi dal diritto penale (inclusa la legalizzazione), potrebbe ritenersi di certo giustificabile, dunque, «sempre che la scelta del legislatore nazionale» risulti «fondata su una valutazione approfondita», in cui si «tenga in adeguata considerazione anche l'interesse europeo in gioco»¹⁸⁹.

Un ruolo di rilievo potrebbe infine esser chiamato a giocare, altresì, il principio di *offensività*, ammesso però che se ne riconosca la costituzionalizzazione, quantomeno implicita (guardando agli artt. 27, co. 3, 17, co. 1, e 3 Cost.)¹⁹⁰, e che il bene giuridico di riferimento venga individuato nella *salute pubblica*, riletta peraltro in un senso molto meno distante da quello in cui essa è stata assunta in altri settori dell'ordinamento sino ad oggi.

Non sarebbe infatti postulabile una radicale violazione di tale principio per ogni condotta inerente al mercato della droga laddove si assumesse come bene giuridico di riferimento la salute pubblica nel senso usuale (di una salute “imposta al pubblico”), giacché inoffensive sarebbero a quel punto solo le condotte che interessano, in proprio, il consumatore “consapevole”, il quale dovrebbe essere libero di detenere, coltivare, produrre, ecc., a fini di autoconsumo (il massimo che si potrebbe fare in tale ottica, perciò, sarebbe postulare il contrasto con il principio di offensività delle condotte prive di connotati di diffusività, suscettibili di rimanere confinate entro la cerchia di un autoconsumo libero e consapevole, da parte di una o più persone adulte)¹⁹¹.

A voler guardare alla salute pubblica in un'accezione non troppo dissimile da

¹⁸⁹ Cfr. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 201 ss.; VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: ignoti nulla cupido?*, in Sieber-Dannecker-Kindhäuser-Vogel-Walter (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 1383.

¹⁹⁰ Si v. i riferimenti essenziali dei favorevoli e contrari, contenuti nel manuale di DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 120.

¹⁹¹ Cfr. JUNGBLUT, *Drogenrecht*, cit., 282; WOHLERS-WENT, *Die pseudopaternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen. Dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande*, in von Hirsch-Neumann-Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 295; STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 32.

quella che è stata data a tale bene in altri settori dell'ordinamento, ossia in un'accezione che sia stata debitamente depurata da alcuni dei tratti più "illiberali" e "autoritari" assunti nella materia degli stupefacenti¹⁹², però, il risultato potrebbe verosimilmente cambiare. È infatti evidente che offensiva per tale bene (inteso in senso più liberale) sarebbe soprattutto la criminalizzazione di tutte le condotte di produzione e distribuzione (anche qualora attuate da Parte di soggetti autorizzati dallo Stato) - in poche parole il mantenimento del proibizionismo - in quanto suscettibile d'impedire già a monte e in ogni caso i controlli che la tutela di tale bene inevitabilmente demanderebbe¹⁹³. Sicché, in quest'ottica, potrebbe essere il proibizionismo in sé considerato a rivelarsi potenzialmente collidente con il menzionato principio.

4.4.3. *L'adozione di una politica di legalizzazione e la sua ventilata incompatibilità con la previsione di cui all'art. 2 della decisione-quadro 2004/757/GAI e con l'acquis di Schengen.* Anche la normativa UE non è esente da clausole che sembrano lasciare un certo spazio per argomentare in favore di soluzioni legalizzatrici. Una prima e fondamentale osservazione a questo proposito va

¹⁹² Per una rilettura del bene della "salute pubblica", quale bene che dovrebbe ritenersi qui come altrove soprattutto basato sulla fiducia nel fatto che i prodotti che circolano sul mercato, o i meccanismi attraverso i quali quegli stessi prodotti raggiungono il pubblico, seguano procedure sanitarie regolamentate e passino attraverso controlli volti ad accertare che gli stessi siano privi di rischi (o che i rischi scaturiti dai medesimi siano comunque il più possibile ricondotti entro limiti di tollerabile ragionevolezza), si v. SILVA FORNÉ, *op. cit.*, 178 ss. In senso analogo cfr. anche Díez Ripollés, *Política criminal y derecho penal. Estudios*, cit., 1086 s., il quale rileva, con riferimento alle droghe, che «trattandosi di sostanze simili a quelle considerate negli altri reati contro la salute pubblica, esse dovrebbero essere assoggettate a un trattamento penale analogo, teso a garantire il controllo amministrativo della loro produzione e vendita, nonché il controllo della loro qualità».

¹⁹³ Non tutti sono dell'idea che il bene della salute pubblica potrebbe esser inteso in tal senso anche in materia di stupefacenti [cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Lección 39ª. Tráfico de drogas (I)*, in Javier Álvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, II, Valencia, 2011, 1259 ss., la quale ritiene che «[l]a tutela della salute pubblica in un caso - farmaci e alimenti - e nell'altro - droghe - non possa essere identica, e il riferimento alla salute individuale, come sfondo della salute pubblica, non possa operare allo stesso modo, come pure il ruolo di tutti i soggetti che hanno il diritto alla salute pubblica o nei confronti dei quali lo si predica non sia lo stesso». Questa differenziazione, che trae alimento (in gran parte tautologicamente), dall'osservazione che le droghe sono (oggi) prodotti illegali, mentre altre sostanze altrettanto dannose (alcolici, tabacchi, cibi spazzatura e ad alto contenuto di zuccheri raffinati, contenenti additivi pericolosi, ecc.) no, può all'evidenza postularsi (a nostro avviso molto problematicamente) solo fino a quando si decida di voler acriticamente mantenere il regime di proibizione attuale. Non già, invece, qualora si addivenisse ad una completa legalizzazione (strada verso la quale, anzi, la stessa dovrebbe invece spingere).

fatta con riferimento allo scopo ultimo della decisione-quadro: essa è stata adottata per contrastare gli atti criminosi “nel campo del traffico illecito di droga”. Non è un caso, da questo punto di vista, che l’art. 2 della decisione-quadro faccia riferimento prevalentemente proprio ai “crimini legati al traffico”¹⁹⁴. Lo scopo ultimo della normativa (come confermato anche dal punto 3 del *Preambolo*) è infatti quello di armonizzare la normativa al fine di evitare che si abbiano “traffici” di sostanze stupefacenti (su come tale termine vada inteso, si tornerà a breve: v. *infra*) nell’area Schengen; scopo che non sarebbe di certo compromesso dall’adozione di un regime di legalizzazione a livello nazionale. Una *legalizzazione* fondata su licenze statali (come quella che si riproponeva di adottare ad es. la Germania) sarebbe, in effetti, esattamente l’opposto di una situazione di *traffico* di droga. Qualificare la coltivazione e la vendita di droghe mediante un sistema di licenze statali strettamente regolamentato come se fosse un “traffico illecito di droga” ribalterebbe il significato proprio dei termini impiegati dalla decisione-quadro.

Oltretutto, l’UE non sembra possedere una competenza generale per legiferare penalmente in materia di stupefacenti, ma soltanto per contrastare tale fenomeno (il “traffico illecito di droga”: art. 83 TFUE), che dovrebbe ovviamente restar punito anche in regime di legalizzazione¹⁹⁵.

Peraltro, anche a voler far riferimento ad obbiettivi impliciti (e ulteriori) che sono da alcuni ritenuti soggiacenti alla decisione-quadro¹⁹⁶, tale valutazione non sembrerebbe suscettibile di mutare poi molto. È vero, infatti, che, in una dichiarazione ufficiale che accompagna la decisione-quadro, il Consiglio ha sottolineato la necessità di adottare un approccio transfrontaliero coerente per contrastare altresì il *narcoturismo*, ma pur a voler far riferimento a tale finalità ulteriore, un sistema di licenze che non compromettesse la cooperazione

¹⁹⁴ Disposizione sulla quale s’intrattiene in particolar modo VAN KEMPEN, *La legalización del cannabis y el “contrariamente a derecho” de la cláusula contenida en el artículo 2 de la Decisión Marco 2004/757/JAI*, in Muñoz Sánchez-García Pérez-Cerezo Domínguez-García España (dir.), *Estudios político criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, 2023, 1476 ss.

¹⁹⁵ Sebbene la decisione-quadro del 2004 preceda l’adozione dell’art. 83 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, la sua identica formulazione dovrebbe essere letta in stretta conformità con gli attuali Trattati UE. Un’interpretazione diversa porterebbe all’insostenibile risultato di una criminalizzazione di comportamenti per i quali l’UE è oggi sprovvista di competenza penale.

¹⁹⁶ Cfr. VAN KEMPEN, *La legalización del cannabis*, cit., 1481.

transnazionale nella persecuzione dei trafficanti e non favorisse situazioni di narcoturismo, potrebbe ritenersi probabilmente legittimo¹⁹⁷.

Queste considerazioni parrebbero oltretutto confermate dall'esplicita clausola che limita l'operatività dell'art. 2(1) della decisione-quadro agli atti "commessi senza diritto"¹⁹⁸. Difficilmente si potrebbe considerare realizzata "senza diritto" una condotta tenuta sulla base di un atto legislativo che prevedesse la possibilità di rilasciare (a determinate condizioni) licenze, e dunque con un'autorizzazione posseduta dall'esercente che gli sia stata rilasciata (al ricorrere delle condizioni richieste) direttamente da parte dello Stato.

Un'interpretazione letterale rispettosa del significato dei termini impiegati potrebbe anche arrestarsi qui. Tuttavia, pare a questo punto opportuno vagliare, altresì, se questa conclusione potrebbe essere contestata dando ai termini "traffico illecito" e "senza diritto" un significato differente da quello qui proposto, ad es. riferendo tali locuzioni al regime adottato dalla normativa internazionale sul controllo delle droghe e alle finalità che essa ritiene potrebbero ritenersi effettivamente "consentite" (come più volte sottolineato, espressamente vengono menzionate solo quelle mediche e scientifiche).

A differenza della clausola del c.d. "uso personale" di cui all'art. 2(2) della decisione-quadro, la locuzione «senza diritto», contenuta nell'art. 2(1), si ritiene da parte di alcuni che non faccia esplicitamente (e necessariamente) riferimento al (solo) diritto nazionale, ma (anche) a quello internazionale. Inoltre, tutti gli Stati membri dell'UE aderiscono alle Convenzioni delle NU e l'UE stessa, come già detto, è Parte della Convenzione del 1988. Alcuni interpreti hanno quindi ricavato da questi elementi la conclusione che «gli Stati» ben potrebbero «riconoscere un "diritto" ai sensi della clausola» in parola «soltanto se» tale riconoscimento «non» risultasse comunque idoneo a determinare una violazione dei «loro obblighi internazionali»¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Lo ammette anche VAN KEMPEN, *La legalización del cannabis*, cit., 1481 s.

¹⁹⁸ Come rilevato da HOFMANN, *The Regulation of Cannabis*, cit., 58 ss., 61 ss., tale clausola è da un numero crescente di autori ritenuta un vero e proprio "game changer" in materia.

¹⁹⁹ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Internationaal recht en cannabis Een beoordeling op basis van VN-drugsverdragen en EU-drugsregelgeving van gemeentelijke en buitenlandse opvattingen pro regulering van cannabisgebruik voor recreatief gebruik*, 2014, 136; KLIP, *European criminal law: An integrative approach*, Bruxelles, 2021, 281; *contra* (nel senso che ci sembra peraltro più condivisibile), si v. invece KHAN-LANDWEHR, *"Legalize It!?"*, cit., 94 s.l., nonché gli stessi VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Cannabis*

Questa opinione, tuttavia, non sembra poter trovare alcun solido ancoraggio nel testo della decisione-quadro, ignorando del tutto, anzi: a) il fatto che la competenza dell'UE ai sensi della convenzione del 1988 è limitata vieppiù al controllo dei precursori; b) che si riconosca ormai generalmente carattere di (quantomeno parziale) autonomia al diritto UE rispetto a quello internazionale²⁰⁰. A tal proposito, bisogna notare, in effetti, che la decisione-quadro non incorpora il regime internazionale di controllo degli stupefacenti nel diritto UE; al contrario, il preambolo non menziona nemmeno in un'occasione le Convenzioni delle NU, ma le stesse vengono citate soltanto nel fornire le de-

regulation through the 'without right' clause in article 2(1) of EU framework decision 2004/757/JHA on illicit drug trafficking, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2023, 17, i quali sembrerebbero in qualche misura aver ritrattato la loro iniziale posizione. Sul punto, in tale direzione, cfr. anche WEGENER, *Völker- und europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung in Deutschland Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung*, 2023, 46.

²⁰⁰ Se si ritenesse che i rapporti tra UE e diritto internazionale siano improntati al rispetto della teoria monista [sulla quale cfr. SALVINO, *L'apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE al diritto comunitario ed a quello internazionale: un confronto tra Est ed Ovest d'Europa*, Torino, 2018, 26 ss.], allora si dovrebbe ritenere impossibile istituire un sistema di licenze per autorizzare e regolamentare la coltivazione/produzione/consumo di stupefacenti, ritenendo che una tale soluzione sarebbe, comunque, violativa delle Convenzioni internazionali (cui l'UE ha aderito). Lo stesso non potrebbe dirsi, tuttavia, seguendo la teoria dualista [EAD, *L'apertura*, cit., 41 ss.]. Anche se si violassero gli obblighi internazionali (il che sembra comunque discutibile: v. *infra*), ciò non avrebbe ripercussioni dirette sulla validità della legislazione nazionale adottata. Dopo la storica sentenza Kadi, sappiamo, peraltro, che il diritto dell'UE non segue un sistema (puramente) monista [sull'irriducibilità tanto alla logica monista che a quella dualistica della relazione fra diritto comunitario e internazionale, cfr. WESSEL, *Reconsidering the Relationship Between International and EU Law: Towards a content-based Approach?*, in Cannizzaro-Palchetti-Wessel (eds), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, 2011, 12 ss.; TIETJE, *The Status of International Law in the European Legal Order: The Case of International Treaties and Non-Binding International Instruments*, in Wouters-Nollkaemper-de Wet (eds.), *The Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States*, The Hague, 2009, 55-69; PETERS, *The Position of International Law Within The European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, 1997, 34 s.; HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses*, Alphen aan den Rijn, 2008, 185-194; JACOBS, *Direct Effect and Interpretation of International Agreements in the Recent Case Law of the European Court of Justice*, in Dashwood-Marsceau (eds), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, 2008, 13-33; KADDOUS, *Effects of International Agreements in the EU Legal Order*, in Cremona-de Witte (eds), *EU Foreign Relations Law, Constitutional Fundamentals*, Oxford, 2008, 291-312; OTT, *Multilevel Regulation Reviews by Multilevel Jurisdictions: The ECJ, the National Courts and the ECtHR*, in Follesdal-Wessel-Wouters (eds), *Multilevel Regulation and the EU: The Interplay Between Global, European and National Normative Processes*, Leiden, 2008, 346] e che un'illegittimità ai sensi del diritto internazionale in materia non dovrebbe dunque determinare automaticamente un'illegittimità anche ai sensi del diritto europeo [cfr. KHAN-LANDWEHR, *"Legalize It!?"*, cit., 94 s.].

finizioni di “stupefacenti” e “precursori” (all’art. 1)²⁰¹. È poi significativo constatare che l’UE non avrebbe comunque la competenza necessaria per rilasciare alcun tipo di autorizzazione in materia. Pertanto, la locuzione “senza diritto” non può che ritenersi riferita a licenze rilasciate da qualche altro attore istituzionale (i singoli Stati)²⁰². Ne consegue che tale clausola debba essere letta in piena autonomia rispetto a quanto si trova stabilito dalle Convenzioni internazionali, concedendo agli Stati membri un libero spazio per potersi astenere dal criminalizzare “con diritto” varie condotte relative agli stupefacenti. Anche perché qualsiasi limitazione posta a tale deroga dovrebbe essere intesa restrittivamente: in primo luogo, in quanto si parla di far uso della pena (limitando “diritti” fondamentali dei singoli cittadini UE); in secondo luogo, in quanto il TFUE circoscrive rigorosamente la competenza dell’UE al “traffico” (per sua natura illecito: come si dirà meglio *infra*); infine, perché una corretta interpretazione della clausola dovrebbe in ogni caso e indubbiamente preservarne l’effetto utile (e a voler ritenere la stessa fondata su una non contrarietà anche alle Convenzioni internazionali essa diverrebbe, viceversa, palesemente inutile, restando priva di un autonomo significato)²⁰³.

Tra l’altro, non può non notarsi come sarebbe stato assai facile per i redattori della decisione-quadro – se diversa fosse stata la loro intenzione – includere un riferimento al diritto internazionale nel “cappello introduttivo” dell’art. 2(1), in luogo della (o in aggiunta alla) locuzione “senza diritto”. I redattori avrebbero potuto far uso del termine “condotta illecita”, intesa quale “non conformità alle convenzioni internazionali per il controllo degli stupefacenti”. Per incrementare il tasso di certezza, gli stessi avrebbero altresì potuto scegliere

²⁰¹ Lo riconosce lo stesso VAN KEMPEN, *La legalización del cannabis*, cit., 1482 s. (pur muovendo da una posizione in parte dubitativa in merito alla possibilità di far ricorso ad una simile argomentazione per superare le strettoie derivanti dal diritto europeo e internazionale, soprattutto in quanto la locuzione “senza diritto” andrebbe letta a suo avviso in conformità a quanto stabiliscono le Convenzioni delle NU: punto criticabile).

²⁰² KHAN-LANDWEHR, *“Legalize It!?”*, cit., 94 s.

²⁰³ Richiedere che ogni “diritto” ai sensi di questa clausola sia altresì conforme alle Convenzioni limiterebbe il significato della clausola al solo uso medico e scientifico, poiché questi sono gli unici usi consentiti dalle Convenzioni delle NU. Pertanto, ritenere che la clausola faccia riferimento solo ad un «diritto conforme alle Convenzioni» negherebbe un significato indipendente alla clausola che vada oltre l’illegalità secondo le norme di diritto internazionale. La locuzione “senza diritto” non avrebbe, insomma, più alcun effetto utile da spiegare [cfr. KHAN-LANDWEHR, *“Legalize It!?”*, cit., 95].

re di incorporare il nucleo dell'unica limitazione *ex professo* ammessa dalle Convenzioni internazionali direttamente nel corpo della decisione-quadro, criminalizzando ogni condotta «se commessa per scopi non medici e non scientifici». Nulla di tutto questo è però accaduto, ma al contrario si è scelto di far uso della (insolita) e già menzionata locuzione «senza diritto», cui non sembra difficile attribuire un significato che vada al di là dei casi delle licenze concedibili per uso medico o scientifico.

Infatti, il significato basilare della locuzione “senza diritto” è non già “illegalmente”, ma piuttosto *senza autorizzazione*, come si evince ancor più chiaramente anche da altre versioni linguistiche dell'art. 2(1)²⁰⁴. Ciò che trova oltretutto conferma nel significato attribuito espressamente alla clausola in altri due strumenti dell'UE, che armonizzano le materie in cui viene utilizzata tale espressione (almeno nella versione inglese)²⁰⁵: sia nella direttiva 2011/92/UE che nella direttiva 2013/40/UE la locuzione “senza diritto” è riferita (anche) a qualsiasi permesso o autorizzazione rilevante ai sensi del (solo) diritto interno. Il fatto che nelle direttive 2011/92/UE e 2013/40/UE alla clausola venga attribuito un simile significato non può quindi che contraddire l'opinione di quanti ritengono che l'espressione “senza diritto” implicherebbe per forza di cose una limitazione che tenga conto dell'uso medico e scientifico di cui discorrono le Convenzioni delle NU (altrimenti, come detto, si troverebbe sicuramente un riferimento a tali usi nelle definizioni dell'art. 1 o nel preambolo della decisione-quadro). Sembra dunque più corretto leggere la clausola dell'art. 2(2) come fondata sulla necessità (e sufficienza) di un'autorizzazione nazionale (a qualunque finalità la sua concessione risulti concretamente protesa).

Per quanto riguarda la questione se la condotta *autorizzata a livello solo nazionale* potrebbe comunque continuare a ricondursi, ad onta della licenza rilasciata dallo Stato, alla locuzione “traffico illecito” (in quanto l'illiceità deriverebbe dal diritto internazionale), valgono sostanzialmente le medesime consi-

²⁰⁴ In francese, si v. la locuzione «*ne peuvent être légitimés*»; in tedesco cfr. l'espressione «*ohne entsprechende Berechtigung*» (dove il termine «*Berechtigung*» sembra indicare un'autorizzazione positiva piuttosto che una illegalità ai sensi del diritto internazionale).

²⁰⁵ In altre versioni linguistiche, i termini utilizzati nella decisione-quadro del 2004 e nei due strumenti ora citati non sono perfettamente identici (ad es., in francese «*sans droit*»; in tedesco «*unrechtmäßig*» e «*unbefugt*»).

derazioni. Se il diritto cui fa riferimento la clausola “senza diritto” è quello nazionale, nessuna situazione di traffico verrebbe a concretizzarsi. La locuzione “traffico illecito” rappresenta invero null’altro che un pleonaso: non esiste un “traffico” che possa ritenersi “lecito”. Il traffico è intrinsecamente, per sua stessa natura, un qualcosa di “illegale”. Se uno Stato decidesse dunque di regolamentare responsabilmente una o più sostanze, piuttosto che lasciarle al mercato nero (e a contare per aversi una legalizzazione “con diritto” fosse l’autorizzazione nazionale), lo stesso non parteciperebbe di certo ad alcun “traffico”²⁰⁶. Qualsivoglia interpretazione differente urterebbe contro il significato che da sempre si suole attribuire a tale termine nella lingua comune (italiana e non solo)²⁰⁷.

Le interpretazioni sin qui esposte si basano comunque sulla premessa implicita che l’esenzione prevista per il “consumo personale” di cui all’art. 2(2) non possa applicarsi *de plano* alla situazione in questione (in cui si prospetta una legalizzazione tramite licenze statali: v. *supra*, § 3.2, per gli interpreti che la pensano in questo modo). In realtà, ci sono ottime ragioni per sostenere l’esatto contrario.

L’art. 2(2) non sembra prestarsi a coprire soltanto l’uso di droghe, ma – a giudizio di alcuni, più condivisibilmente – anche tutti gli atti che necessariamente lo precedono, con dubbi relativi solo all’eventuale possibilità di includere altri soggetti (non consumatori in proprio) nel novero di quelli esentabili da pena²⁰⁸. Ora, è da rilevare che se tutte le condotte preparatorie dovrebbero

²⁰⁶ Come puntualizzano KHAN-LANDWEHR, “*Legalize It!?*”, cit., 95 s., diverso sarebbe se ci si confrontasse con uno Stato “canaglia” (ad es. uno Stato fallito, caduto sotto il controllo di un “cartello” di narcotrafficienti), impegnato attivamente in attività che sono illegali secondo le proprie leggi o comunque intento a chiudere un occhio (o entrambi) sulle attività illecite compiute entro i suoi confini (situazione, questa, che potrebbe definirsi come “traffico di Stato”) [sulla definizione di Stato “fallito”, e per una differenziazione dalle categorie attigue, si v. *amplius* ROTBERG, *Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators*, in Id. (ed.), *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, Washington D.C., 2003, I ss.].

²⁰⁷ Come rilevano KHAN-LANDWEHR, “*Legalize It!?*”, cit., 95 s., i quali osservano come tale argomentazione possa peraltro valere anche per le Convenzioni delle NU, anch’esse limitate al “traffico illecito” e non concepite per una distribuzione statale controllata.

²⁰⁸ In tal senso AMBOS, *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*, ID., *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*; KHAN-LANDWEHR, “*Legalize It!?*”, cit., 96. Come osserva da ultimo HOFMANN, *The Regulation of Cannabis*, cit., 61 ss., questa disposizione «sancisce» in effetti «la posizione probabilmente più progressista che il diritto dell’UE abbia mai assunto in materia di droga, ma allo stesso tempo potrebbe facilmente essere» ritenuta «una delle» sue «disposizioni più confuse» e difficili da interpretare,

potersi ritenere esenti da pena quantomeno ove realizzate dai consumatori in proprio (anche se privi di autorizzazioni), allora, a maggior ragione, tali condotte dovrebbero ritenersi non punibili ove realizzate dietro autorizzazione sancita da una licenza rilasciata dallo Stato.

La decisione-quadro semplicemente non aveva immaginato una situazione di questo genere. Sarebbe però del tutto illogico se la condotta regolamentata dallo Stato fosse trattata meno favorevolmente rispetto a quella (analoga) tenuta da un soggetto privo di licenza, sol perché egli è un consumatore in proprio²⁰⁹.

Per quanto infine riguarda l'*acquis* di Schengen (anche se forse meno rilevante della decisione-quadro del 2004 per il problema di cui si sta trattando)²¹⁰, esso riguarda situazioni transfrontaliere di traffico, occupandosi dell'importazione e dell'esportazione illecita di stupefacenti. Inoltre, è opportuno notare che con una dichiarazione congiunta si è modificato l'art. 71(2) della CAAS, consentendo alle parti contraenti, a determinate condizioni, di derogare ai principi ivi contenuti.

Di conseguenza, la creazione di un sistema nazionale di licenze per la legalizzazione di talune sostanze stupefacenti ad uso ricreativo per adulti non violerebbe – verosimilmente – l'*acquis*, a condizione che il modello normativo fosse volto a contribuire alla prevenzione delle dipendenze e che venissero adottate misure amministrative e penali atte a prevenire e punire il *traffico illecito transfrontaliero* di stupefacenti che dovesse residuare (e quasi sicur-

potendo agire in potenza anche «come un binario di scarto verso l'impunità», che tra l'altro, lungi dal riguardare solo la *cannabis*, verrebbe se del caso ad estendersi (che si tratti o meno di una svista involontaria) anche altre sostanze (come in particolare i derivati dell'oppio e della coca). Non stupisce che a tal fine essa sia stata sfruttata da vari Paesi (v. la Spagna), anche per sostenere e argomentare in favore della non punibilità delle condotte prodromiche realizzate ad es. da terzi (i gestori dei *Cannabis Social Club*) per favorire il consumo in proprio di altri soggetti [cfr. MARKS, *Defining 'personal consumption' in drug legislation and Spanish cannabis clubs*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 68, 2019, 193 ss.]. Lo stesso Hofmann è peraltro dell'idea che l'esenzione sia da ritenere limitata, comunque, ai soli comportamenti (prodromici) tenuti per finalità di autoconsumo (dunque direttamente dal medesimo consumatore): cfr. HOFMANN, *The Regulation of Cannabis*, cit., 61 ss., ove reputa «errata» l'idea «che chi vende o cede *cannabis* ad altri per consumo personale debba essere esente da pena», in quanto «[s]ebbene tale argomentazione abbia una certa validità, non vi è dubbio che il legislatore dell'UE non abbia voluto includere lo spacciatore nella clausola di impunità».

²⁰⁹ Per un analogo rilievo, cfr. KHAN-LANDWEHR, *"Legalize It!?"*, cit., 96, i quali ritengono che in fondo la condotta autorizzata possa ritenersi lecita già ai sensi dell'art. 2(2).

²¹⁰ Come osserva AMBOS, *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*.

mente residuerebbe) a seguito della legalizzazione attuata²¹¹.

4.5. *L'adozione di una politica di tolleranza in action per ragioni d'efficienza o di opportunità.* Un'altra soluzione che è stata frequentemente impiegata da alcuni Stati (i quali sembrerebbero aver già in qualche misura contravvenuto agli impegni presi a livello internazionale e sovranazionale), ha fatto leva sull'osservazione che le convenzioni delle NU in materia di stupefacenti e la legislazione europea, sia pur imponendo di vietare la vendita, il commercio, la produzione e il possesso degli stupefacenti, non conterrebbero espliciti obblighi procedurali, così rimettendo alla valutazione dei singoli Stati ogni decisione relativa al se, al come e al quando perseguire (ferma l'illiceità penale della condotta tenuta)²¹². L'idea, dunque, è che pur adottando un regime formalmente proibizionistico, si potrebbe ottenere una sorta di surrettizia "legalizzazione" *in action* in materia di stupefacenti, evitando di perseguire in concreto i reati previsti dalla legislazione interna per ragioni efficientistiche,

²¹¹ In tal senso, si v. KHAN-LANDWEHR, "Legalize It!?", cit., 96 e, più ampiamente, AMBOS, *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*, il quale nel dettaglio rileva che «[l]’articolo 71, § 2, della Convenzione di Schengen citato si riferisce inizialmente solo alla “esportazione illegale” di stupefacenti, che però non è affatto oggetto della cessione controllata per uso personale all’interno di un mercato nazionale. Per il resto, l’articolo 71 contiene cinque §§, i quali tutti, compreso il § 2, devono essere interpretati nel loro contesto sistematico e teleologico complessivo»: 1) «a tal proposito è particolarmente significativo che il § 1 intenda disciplinare esplicitamente il possesso di stupefacenti “a fini di cessione o esportazione” alla luce delle “convenzioni delle NU in vigore”, facendo quindi esplicito riferimento alle norme di diritto internazionale, il § 3 disciplina l’importazione illegale, il § 4 la sorveglianza dei “luoghi” del “traffico di stupefacenti” e il paragrafo 5, per quanto riguarda la “riduzione della domanda illegale” - particolarmente importante nel nostro contesto - rimanda alla “sfera di responsabilità delle singole parti contraenti”»; 2) «[s]i può quindi affermare che in primo luogo, l’articolo 71 della Convenzione di Schengen deve essere interpretato alla luce degli accordi internazionali o intende darne un’interpretazione coerente; in secondo luogo, la disposizione lascia la regolamentazione del mercato nazionale («domanda» ai sensi del § 5) agli Stati membri («sfera di responsabilità delle singole Parti contraenti»); infine, ma non meno importante, si tratta sempre di un «comportamento illecito» (in caso di esportazione, importazione, domanda), che da un lato rimanda agli accordi internazionali (cosa è illecito ai sensi di tali accordi?) e dall’altro porta a concludere che una produzione e una cessione (ai sensi del diritto internazionale) consentite per il consumo proprio - come, a mio avviso, la «cessione controllata» proposta in questo paese [ossia in Germania] - non rientrano affatto nella disposizione».

²¹² Si v. HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 324: «nessuno dei trattati internazionali sulla droga contiene disposizioni che impongano esplicitamente ai Paesi di applicare le proprie leggi in materia di droga. In altre parole, per essere in regola con la legislazione internazionale sulla droga, un paese deve solo renderla illegale. Se i governi e la polizia decidono di non applicare la legge, ciò non costituisce una violazione di alcun trattato».

di opportunità (questa, come noto, è la strada che è stata percorsa da tempo in Olanda)²¹³.

Questa opzione sembra in effetti trovare un qualche aggancio nella Convenzione del 1988. L'art. 3(6) della Convenzione stabilisce in effetti che le «Parti si sforzano di fare in modo che ogni potere giudiziario discrezionale conferito loro dalla legislazione interna e relativo all'azione penale intentata contro individui per reati determinati in conformità con il presente articolo venga esercitato in modo da valorizzare al massimo l'efficacia delle misure di individuazione e di repressione relative a detti reati tenendo debitamente conto della necessità di esercitare un effetto dissuasivo per quanto riguarda la loro esecuzione». Così facendo, secondo alcuni (con una posizione che sembra condivisibile e che non trova smentita da parte del commentario all'articolo delle NU), tale disposizione darebbe un riconoscimento formale ed esplicito alla possibilità di astenersi dal perseguire almeno alcuni reati previsti in materia facendo leva sul principio di opportunità, in quanto scopo della disposizione sarebbe quello di massimizzare i risultati dell'intervento penalistico, consentendo agli Stati di concentrarsi soltanto sui reati più gravi (anche a costo di non perseguire quelli reputati "minori")²¹⁴.

²¹³ Questa idea si basa sulla premessa che il possesso e l'acquisto per il consumo personale rimangono illegali, ma lo Stato, tuttavia, possa astenersi dal perseguire, se l'avvio dell'azione penale non è ritenuto necessario nell'interesse pubblico [cfr. SAGEL-GRANDE, *Wie mild ist die niederländische Drogenpolitik?*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 87(1), 2004, 38 ss.; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 336; SILVIS, *Enforcing Drug Laws in the Netherlands*, in Leuw-Marshall (eds.), *Between Prohibition and Legalization. The Dutch Experiment in Drug Policy*, Amsterdam-New York, 1994, 44; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 402; DLEŠTIKOVÁ, *(De)criminalisation of psychedelics in the Czech Republic - Where are we heading in drug policy and legislation?*, in *International Journal of Drug Policy*, 2022, 2]. Condizione che di fatto non si verificherebbe quasi mai a fronte di casi di consumo e piccolo spaccio, visto che le risorse dello Stato sono limitate e verrebbero meglio utilizzate ove fossero preservate per perseguire i crimini più gravi [KEMME-PFEFFER-VON ROBERTUS, *Cannabis policy Reform in Germany: Political and constitutional discourses on decriminalisation and regulation strategies*, in *Criminal Justice Issues - Journal for Criminalistics, Criminology and Security Studies*, 2018, 177; HOFMANN, *Deutschlands Cannabis-Dilemma*, cit., 194; PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit., 131; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 402]. Per approfondimenti cfr. anche VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 59 ss.

²¹⁴ Cfr. PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit., 142; e, sia pur in chiave più restrittiva, VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, I, cit., 61: a «nostro avviso, la formulazione dell'articolo 3(6) della Convenzione sul traffico illecito e il contesto in cui essa è stata adottata implicano una forte premessa per l'azione penale, dalla quale è possibile discostarsi solo nella misura in cui ciò sia reso necessario da una razionale definizione delle priorità nell'ambito della politica generale in materia di

Anche tale idea sembra prestare peraltro il fianco a possibili obiezioni. Da un lato, una soluzione procedurale non sarebbe coerente qualora si dovesse ritenere la criminalizzazione degli stupefacenti fondamentalmente “sbagliata” per ragioni più che altro connesse alla dannosità e alla *vis* criminogena che connotano il regime proibizionista²¹⁵. Si tratta poi di una strategia che, anche ove fosse ritenuta coerentemente sostenibile (in Italia, ad es., vigendo il principio di obbligatorietà dell’azione penale, a differenza di quanto accade nei Paesi Bassi, ove si applica il principio di opportunità, tale strada imporrebbe perlomeno qualche – sia pur velleitario – sforzo procedimentale iniziale), determinerebbe comunque inevitabili problemi operativi, poiché molto difficilmente in tal modo si riuscirebbe a garantire un’applicazione realmente uniforme ed equilibrata del diritto penale nazionale, mantenuto fermo “sulla carta” (come dimostrano l’esperienza olandese, ma anche già, sia pur in maniera e misura diverse, quella italiana e tedesca)²¹⁶.

Infine, sebbene il principio di opportunità dell’azione penale (per gli Stati che lo adottano, rispetto all’opposto principio di obbligatorietà) offra la possibilità di liberalizzare in parte la politica sulle droghe in un modo persino ammesso dall’INCB²¹⁷, la sua applicazione sarebbe comunque limitata dall’interpretazione delle Convenzioni secondo buona fede, che comporta l’obbligo di interpretare i Trattati in modo da non far perdere loro ogni significato²¹⁸.

Il principio di opportunità consentirebbe perciò di certo di soprassedere dalla persecuzione di condotte minori poste in essere dai consumatori, ma ben difficilmente potrebbe estendersi anche ai venditori al dettaglio (specie se non si tratta di modiche quantità di droga), contrariamente a quanto sin qui ritenuto

azione penale e dalla disponibilità di fondi pubblici, oppure se interessi più importanti relativi all’applicazione del diritto penale in materia di droga lo richiedano in singoli casi».

²¹⁵ Coglie nel segno AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., nt. 68.

²¹⁶ Critico sul punto HOFMANN, *Deutschlands Cannabis-Dilemma*, cit., 191 ss. Questo problema sarebbe comunque forse (almeno in parte) risolvibile dotandosi di criteri uniformi per stabilire l’ordine delle priorità da seguire in materia [cfr. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 36; KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 337]. Da noi, il tema dei criteri di priorità rappresenta però ancora un cantiere aperto.

²¹⁷ Si v. il *report* dell’INCB del 2004, a pagina 74.

²¹⁸ Cfr. KRAJEWSKI, *How flexible*, cit., 336; HOFMANN, *Deutschlands*, cit., 195; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 394; REINHOLD, *Good Faith*, cit., 49 ss.; HOHNERLEIN, *Treaty rigidity*, cit., 599.

dalle autorità olandesi²¹⁹. Il fornitore (privo di licenza: in quanto non siamo qui in un vero regime di legalizzazione), invero, partecipa comunque al “traffico” e la sua mancata persecuzione comporta dunque pur sempre un aumento dei “traffici illeciti” (come dimostra l’esperienza dei Paesi Bassi)²²⁰; proprio quel che le convenzioni delle NU e la decisione-quadro del 2004/757/GAI cercano da sempre di ostacolare. Dunque, un’astensione dalla persecuzione rispetto all’offerta di stupefacenti pur sempre illegale (ma semplicemente tollerata), non sarebbe agevolmente giustificabile alla luce di un’interpretazione improntata a buona fede²²¹, e di certo non potrebbe bene accordarsi con la normativa europea esistente.

4.6. *La possibilità di profilare l’esistenza di un conflitto con le obbligazioni in materia di tutela dei diritti umani.* Un’ulteriore strada per sottrarsi alle strette evidenziate potrebbe infine rintracciarsi nella postulata esistenza di un conflitto tra i vincoli internazionali di criminalizzazione ravvisabili in materia e i non meno rilevanti obblighi di tutela ravvisabili nel campo dei diritti umani cui tutti gli Stati soggiacciono. In caso di conflitto, invero, bisognerebbe per forza di cose dar precedenza agli uni o agli altri obblighi e la “bilancia” non potrebbe che pendere, crediamo, in favore dei secondi.

Sebbene l’accertamento dell’(in)esistenza di una “medesimezza di materia” sembri ostacolare l’applicabilità dell’articolo 30 della Convenzione di Vienna sull’interpretazione dei Trattati, la prevalenza delle Convenzioni sui diritti umani rispetto a quelle relative al controllo degli stupefacenti parrebbe comunque poter discendere con certezza da una serie di altri parametri normativi.

In primo luogo, la preferenza accordata ai diritti umani sembrerebbe trovare conforto guardando alle stesse Convenzioni in materia di stupefacenti, visto che: a) i lavori preparatori della Convenzione unica e della Convenzione del 1988 contengono vari riferimenti ai diritti umani; b) l’*International Narcotics*

²¹⁹ Cfr. HOFMANN, *Deutschlands*, cit., 195.

²²⁰ Cfr. GRUND-BREEKSMA, *Drug Policy in The Netherlands*, in Colson-Bergeron (eds.), *European Drug Policies. The Way of Reform*, London, 2017, 133.

²²¹ Sul punto cfr., con opinioni tra loro discordanti, STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 35 s.; PIETH, *Zur Konventionsverträglichkeit*, cit., 138 s.

Control Board (INCB) e la *Commission on Narcotic Drugs* (CND) ritengono che l'attuazione e l'esecuzione del sistema debbano condursi in conformità con le norme sui diritti umani, promuovendone il rispetto.

Il collocamento dei diritti umani in una posizione sovraordinata rispetto agli obblighi di criminalizzazione se del caso discendenti dalle Convenzioni sembra poi ricavarsi anche da talune rilevanti disposizioni che si trovano contenute nella Carta delle NU, e in particolar modo nel combinarsi degli artt. 103, 56 e 55(c).

L'art. 103 sancisce che, «in caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle NU con il presente Statuto e gli obblighi» che sono «assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale», si debba riconoscere la prevalenza degli «obblighi derivanti dal presente Statuto della Carta delle NU». In tal modo, l'art. 103 rappresenta «un esempio assai rilevante della tendenza della Carta a superare i limiti connessi alla sua natura convenzionale e a stabilire in via di fatto la sua prevalenza rispetto a qualsiasi altra norma internazionale»²²².

L'art. 56, in combinato disposto con l'art. 55(c) della Carta delle NU, obbliga poi chiaramente gli Stati a promuovere «il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per ciascun individuo, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione», così qualificando la protezione dei diritti dell'uomo come un obbligo rilevante ai sensi della Carta²²³.

Dunque, sebbene l'esatta portata dell'articolo 103 non manchi di suscitare ancora oggi vive controversie²²⁴, considerando che il concetto di «obblighi derivanti dalla Carta» deve essere interpretato in modo piuttosto ampio²²⁵ e alla

²²² Come rileva CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., 241 s., «[v]ari elementi, insomma, concorrono a delineare l'art. 103 come un meccanismo obiettivo teso ad assicurare la priorità degli obblighi della Carta rispetto ad altri obblighi internazionali»; un «meccanismo» che «sembra prefigurare quindi una prospettiva di tipo costituzionalista, tesa cioè ad imporre una forma di autorità sociale nell'ordinamento internazionale attraverso la Carta delle NU».

²²³ Cfr. BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 5.

²²⁴ Cfr. LIIVOJA, *The Scope of the Supremacy Clause of The United Nations Charter*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 57, 2008, 584 s.; KOLB, *Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply Only to Decisions or Also to Authorizations Adopted by the Security Council?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64, 2004, 21.

²²⁵ Cfr. LIIVOJA, *The Scope of the Supremacy Clause*, cit., 588 s.; KOLB, *Does Article 103 of the Charter*, cit., 21-35; PAULUS-LEIB, *Art. 103*, in Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations*, 2012, 2116, 2124 s., con riferimenti alla giurisprudenza della CIJ.

luce del preambolo e del testo delle numerose disposizioni della Carta stessa che si riferiscono ai diritti umani, come pure dell'oggetto e dello scopo della medesima, nonché della giurisprudenza della CIG al riguardo, è lecito ricavarne che tali disposizioni creino obblighi per gli Stati membri in materia di rispetto e osservanza dei diritti umani²²⁶.

Qualora si ravvisasse un conflitto tra la criminalizzazione ad oggi attuata in materia di stupefacenti (sia pur nella sua ritenuta obbligatorietà) e uno o più diritti umani fondamentali, bisognerebbe pertanto convincersi a riconoscere la necessità di accordare senz'altro prevalenza proprio alla protezione di questi ultimi, stabilendo le menzionate disposizioni che gli obblighi previsti dalla Carta (che si tratti di obblighi positivi o negativi ha poca importanza) prevalgano, in caso di conflitto, su ogni altro vincolo derivante dal diritto internazionale (e dunque anche su quelli derivanti dalle Convenzioni in materia di stupefacenti)²²⁷.

Per raggiungere una tale conclusione (fondata sulla posizione gerarchicamente inferiore dei vincoli posti dalle Convenzioni sugli stupefacenti rispetto a quelli derivanti dalla protezione accordata ai diritti umani fondamentali)²²⁸ non occorrerebbe quindi forse neppure attardarsi ad esaminare se quegli stessi diritti umani abbiano o meno raggiunto nel sistema del diritto internazionale il rango di norme di *ius cogens*²²⁹, cioè di disposizioni perentorie e inderogabili che gli Stati sarebbero tenuti a rispettare in ogni caso, anche a costo di non adeguarsi ai vincoli contrattuali su di essi gravanti (seconda opzione sul tavolo)²³⁰.

²²⁶ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis through Positive Human Rights Obligations and Inter se Treaty Modification*, in *International Community Law Review*, 20, 2018, 507.

²²⁷ Cfr. COLLINS, *Rethinking 'flexibilities'*, cit., 113; BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 6; RAFFEINER, *Wege der Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Vorrang der UN-Charta und ius cogens*, in Pernice-Müller-Peters (eds.), *Konstitutionalisierung jenseits des Staates. Zur Verfassung der Weltgemeinschaft und den Grundverträgen internationaler Organisationen*, Baden-Baden 2012, 45.

²²⁸ Cfr. *amplius* VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, II, cit., 181 ss., 198 ss., i quali ritengono correttamente che la questione non possa esser risolta in base ad un criterio cronologico o di specialità, ma unicamente gerarchico.

²²⁹ Cfr. RAFFEINER, *Wege der Konstitutionalisierung*, cit., 45, 50 s.

²³⁰ Cfr. peraltro BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 6 i quali sembrano ritenere che anche questa sia una opzione plausibile. Questo, del resto, è l'approccio che l'Uruguay ha adottato per giustificare la sua politica sulle droghe, discostandosi

Pertanto, affinché una tale possibilità di discostarsi dal rispetto dei vincoli promananti dalle Convenzioni possa effettivamente darsi, occorrerebbe solo che: a) vi sia almeno un diritto umano inciso dalla criminalizzazione imposta dalle Convenzioni sugli stupefacenti, una situazione di conflitto, insomma, tra tali Convenzioni e la protezione da accordare ad uno o più diritti umani fondamentali²³¹; b) che il conflitto non sia risolvibile altrimenti, ossia tramite un'interpretazione suscettibile di conciliare la criminalizzazione con il rispetto degli obblighi relativi ai diritti umani fondamentali potenzialmente incisi dalla medesima²³²; c) che il conflitto non si riveli comunque il risultato del modo (errato) in cui lo Stato ha dato attuazione alle Convenzioni (in maniera tale, cioè, da comportare erroneamente violazioni dei diritti umani), invece che di quel che le Convenzioni effettivamente imponevano allo Stato contraente di fare²³³.

Per quanto riguarda il punto *sub* lett. a) sembrano esservi pochi dubbi sul fatto che il regime di criminalizzazione che oggi si registra in materia sia idoneo a conculcare (in tutto o in parte): a) il diritto alla salute previsto dall'art. 12, §1, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ma v. anche l'art. 25, §1, della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 2 della C.E.D.U.), il quale obbliga gli Stati a riconoscere «il diritto di ogni individuo al godimento del più alto livello raggiungibile di salute fisica e mentale»; b) il diritto alla *privacy*, previsto dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 8 della C.E.D.U., il quale protegge da «interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nella famiglia o nell'abitazione [...]»; c) per alcuni Stati, anche i diritti delle popolazioni indigene al mantenimento delle loro tradizioni (ivi incluse

dalla Convenzione di Vienna del 1988 [cfr. COLLINS, *Rethinking 'flexibilities'*, cit., 113; BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 403; BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 287]. Sul punto cfr. però VAN KEMPEN-FEDOROVA, *International Law and Cannabis*, II, cit., 198 ss.; ID., *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 509 s., secondo i quali lo *status* speciale e sovraordinato dei diritti umani deriva da una serie di dati normativi, e perciò non richiede l'attribuzione necessariamente a questi del rango di norme di *ius cogens*.

²³¹ Cfr. LINES, *Drug Control*, cit., 81.

²³² Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 447; JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 30, 1953, 451; LINES, *Drug Control*, cit., 81.

²³³ Cfr. BOISTER, *Waltzing on the Vienna Consensus*, cit., 397.

quelle relative al consumo di droghe), che sono previsti dagli artt. 3 e 8 della Dichiarazione delle NU sui Diritti dei Popoli Indigeni, dall'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e da vari altri trattati in materia di diritti umani; d) il diritto all'integrità fisica e mentale (di cui all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 3 C.E.D.U.).

Incertezze e divergenze d'opinioni (per ciascuno dei menzionati diritti) potrebbero ravvisarsi, semmai, circa l'eventuale integrazione dei due ulteriori requisiti indicati *sub* lett. b) e c). Così, con riferimento all'obbligo di tutelare la salute – che si ritiene potrebbe risultare inciso dalle significative restrizioni ravvisabili nell'approvvigionamento e nell'impiego di farmaci a base di sostanze stupefacenti in molti Paesi del mondo, a causa dei divieti derivanti dalle Convenzioni delle NU, come pure dalle condizioni che alcuni pazienti sono costretti a sopportare nel corso della riabilitazione forzata²³⁴ o dall'aumento del rischio per i tossicodipendenti di essere esposti a malattie trasmissibili per via ematica in carcere²³⁵ (rischio, quest'ultimo, ulteriormente inasprito dalle condizioni detentive che si registrano in vari Paesi del mondo)²³⁶ – si obietta sovente che sarebbero più che altro le «pratiche statali» e interpretazioni errate da parte degli apparati pubblici a portare «a violazioni» di tale diritto, e non ciò che le Convenzioni realmente impongono agli Stati.

Se questa obiezione possa ritenersi davvero fondata o meno è incerto; di sicuro, però, non potrebbe dirsi fondata un'eventuale critica che venisse indirizzata all'idea (incontestabile) che sia la criminalizzazione delle droghe in sé la primigenia e fondamentale causa di rischio (al giorno d'oggi) ravvisabile per la salute della collettività. Rispetto a quest'ultimo argomento si è invero sostenuto da parte di alcuni che il suo impiego per delegittimare il proibizionismo sa-

²³⁴ Cfr. BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 7; HALL, *The future of the international*, cit., 1211; LINES, *Drug Control*, cit., 7; CSETE, *More Harm than Public Health in Drug Policy? A Comment*, in Buxton-Chinery Hesse-Tinasti (eds.), *Drug policies and development. Conflict and Coexistence*, Leiden, 2020, 265 ss.

²³⁵ Cfr. CLARK-DOLAN-FARABEE, *Public health alternatives to incarceration for drug offenders*, in *Eastern Mediterranean Health Journal*, 23(3), 2017, 223; BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 9; CSETE, *More Harm than Public Health*, cit., 262 ss.

²³⁶ Cfr. BOITEUX-CHERNICHARO PELUZIO-SOUZA ALVES, *Human Rights and Drug Conventions*, cit., 8; HALL, *The future of the international*, cit., 1211.

rebbe destinato a fallire per due ragioni principali: perché esso si limiterebbe a prospettare come preferibile, e più adatto al fine di promuovere la salute pubblica, un approccio di legalizzazione, ma una tale prospettazione non potrebbe implicare al contempo che la criminalizzazione sia di per sé in grado di violare «il diritto umano in questione»; b) che si tratterebbe di approccio «adatto solo per le droghe con effetti negativi limitati o nulli sulla salute dell'utente» (apprezzamento oltretutto ritenuto rientrante «nel margine di discrezionalità» di ciascuno «Stato»).

In realtà, né l'uno né l'altro rilievo sembrano del tutto pertinenti. Da un lato, infatti, l'idea in questione - contrariamente a quel che le si obietta - postula esattamente il contrario: ossia che sia già di per sé la criminalizzazione stessa (per quel che essa inevitabilmente comporta: sostanze circolanti sul "mercato nero" che sono tagliate con prodotti più dannosi delle droghe stesse, contatto con la criminalità organizzata, ecc.) a determinare un verosimile contrasto con l'obbligo di assicurare adeguata tutela al diritto alla salute dei cittadini (la legalizzazione, come strada preferibile, discende da tale constatazione come mero *pendant*). Inoltre, non sembra necessariamente condivisibile l'idea che si tratti di un approccio sostenibile solo con riferimento alle droghe "leggere", poiché anche per quanto riguarda quelle "pesanti" è forte il sospetto che il regime di criminalizzazione determini rischi tutt'altro che irrilevanti (un significativo aumento della pericolosità insita anche in quelle sostanze) per la salute collettiva (la quale pare dunque messa non meno a repentaglio dal mancato controllo qualitativo delle sostanze commerciate illegalmente, quando tale assenza di controllo interessi droghe in sé considerate "pesanti").

Se l'idea che il proibizionismo e la criminalizzazione possano ritenersi contrastanti con alcuni diritti fondamentali dovesse alla fine ritenersi condivisibile, ovviamente si tratterebbe di un'idea che non mancherebbe di esercitare un significativo impatto anche a livello europolitano. Abbiamo già visto come si diano delle possibili vie d'uscita alle "strette" derivanti dalle normative UE per l'adozione di regimi improntati ad una legalizzazione in fatto di stupefacenti. È qui da aggiungere soltanto che l'eventuale scelta di procedere nonostante gli obblighi ad una legalizzazione, visto il carattere politico che la connoterebbe, probabilmente non darebbe luogo ad una procedura d'infrazione.

La Commissione europea esiterebbe infatti non poco a stigmatizzare una simile scelta, verosimilmente astenendosi dall'avviare una tale procedura contro lo Stato membro (art. 258 TFUE) che decidesse di adottarla.

Tuttavia, visto che le procedure di infrazione possono essere avviate anche su iniziativa di altri Stati membri dell'Unione (art. 259 TFUE), la questione dell'interpretazione della decisione-quadro del 2004 sul traffico illecito di stupefacenti potrebbe pervenire comunque all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), in qualità di arbitro ultimo del diritto europeo. Ora, sebbene nessuno sia in grado di pronosticare con assoluta certezza cosa accadrebbe se un simile giudizio venisse instaurato, la giurisprudenza recente della CGUE (in particolare la recente sentenza sul CBD del 2020) lascia spazio ad un cauto "ottimismo" per i fautori dell'anti-proibizionismo²³⁷: verosimilmente la Corte sarebbe costretta ad applicare la CDFUE nell'interpretazione della decisione-quadro del 2004 e della CAAS, la quale assumerebbe preminenza rispetto al diritto dei trattati (la sentenza Kadi rappresenta un solido precedente in proposito, rendendo plausibile ipotizzare che la priorità che la stessa ha accordato alla protezione dei diritti fondamentali sugli obblighi internazionali possa venire ad estendersi anche ad altri contesti, tra cui quello in esame)²³⁸, e ciò renderebbe gli obblighi di criminalizzazione superabili in nome della protezione dei diritti umani anche a livello eurounitario²³⁹.

4.7. *Una modifica inter se delle Convenzioni.* Un'altra possibile via d'uscita per adottare una politica sulle droghe più mite e liberale di quella attuale po-

²³⁷ Cfr. BOISTER-JELSMAN, *Inter se Modification*, cit., 467 s., 479.

²³⁸ Cfr. ZIEGLER, *The Relationship between EU Law and International Law*, in Patterson-Södersten (eds.), *Blackwell Companion for European Union Law and International Law*, New York, 2016, 42-61. Come si ricorda da parte di DE SENA-STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, 118, «[n]ella prima sentenza Kadi, la Corte di giustizia è pervenuta [...] a un esito esattamente opposto rispetto a quello raggiunto dal Tribunale, riconoscendo che i diritti fatti valere dai ricorrenti (diritto di accesso alla giustizia e diritto di proprietà [...]) - sospetti terroristi - dovessero trovare applicazione, in quanto corrispondenti a principi fondamentali dell'Unione, e a dispetto dell'esigenza di dare attuazione a decisioni del Consiglio di sicurezza, ai sensi dell'articolo 103 della Carta».

²³⁹ Cfr. in tal senso KHAN-LANDWEHR, *"Legalize It!?"*, cit., 96 s. (ritenendo in particolare che il diritto alla *privacy* di cui all'art. 8 potrebbe fornire una solida base per una sentenza a favore di una legalizzazione responsabile). Sul punto cfr. *amplius*, nella medesima direzione, anche AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*; HOFMANN, *Deutschlands Cannabis-Dilemma*, cit., *passim*; THYM, *Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung*, cit., *passim*.

trebbe infine essere quella di pervenire ad un accordo *inter se*²⁴⁰. Questo strumento (sino ad oggi ben poco esplorato, ma ammesso dall'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) rappresenta invero un potenziale mezzo per modificare specifiche disposizioni entro un gruppo di Parti "volenterose", attraverso un accordo reciproco e dalla portata soggettivamente ristretta²⁴¹. Ricorrendo ad un tale stratagemma, uno o più Stati (tra cui l'Italia ben può rientrare) potrebbero concordare tra loro un regime di legalizzazione, consentendo in tal modo la produzione, il commercio, il possesso delle sostanze eventualmente considerate, soltanto all'interno dei rispettivi territori, con una modifica dunque limitata alle Parti dell'accordo *inter se* (fermi restando i "normali" obblighi nei riguardi degli altri Stati firmatari delle Convenzioni)²⁴².

Affinché un accordo di questo tipo possa reputarsi ammissibile, l'opzione della modifica *inter se*, però: a) o dovrebbe esser stata esplicitamente contemplata dalla Convenzione cui si vuol derogare, in base all'art. 41(1)(a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; b) oppure dovrebbe soddisfare, in alternativa, tutti i requisiti di cui all'art. 41(1)(b). Dal momento che all'interno delle Convenzioni sugli stupefacenti non si rinviene alcun riferimento alla possibilità di operare modifiche *inter se*, è allora all'art. 41(1)(b) che occorrerebbe in questo caso rifarsi²⁴³.

Ai sensi di tale ultima disposizione vari sono i requisiti che devono integrarsi

²⁴⁰ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 511 s. Peraltro, per l'osservazione che si tratti di uno strumento comunque rischioso, che «non esclude gli effetti negativi della violazione di un Trattato», si v. STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 52, e BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification of the UN Drug Control Conventions. An Exploration of its Applicability to Legitimise the Legal Regulation of Cannabis Markets*, in *International Community Law Review*, 20(5), 2018, 451.

²⁴¹ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 511 s.; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 454. Ciò non è invece consentito nell'ambito dell'UE [cfr. DE WITTE, *The European Union's Semi-Autonomous System of Sources*, in Besson-D'Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of Sources of International Law*, Oxford, 2017, 777].

²⁴² Cfr. JELSMA-BOISTER-BEWELEY TAYLOR-FITZMAURICE-WALSH, *Balancing Treaty Stability and Change: Inter se Modification of the UN Drug Control Conventions to Facilitate Cannabis Regulation. Policy Report 7*, Swansea, 2018, 7; BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 289 s.; HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 454; VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 511 s.; BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 460.

²⁴³ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 512; BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 460; STEIN, *International Law and Legalisation*, cit., 51. Da noi si v. anche SINAGRA-BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, 191 s.

per poter far ritenere validamente formalizzato un accordo *inter se*.

In primis, il Trattato al quale l'accordo *inter se* accede non deve escludere in maniera espressa la possibilità di effettuare consimili modifiche, né in linea generale né per quanto riguarda i singoli e specifici aggiustamenti che le parti intendono attuare: v. art. 41(1)(b)²⁴⁴. Si tratta di un requisito che in materia potrebbe ritenersi integrato, poiché le Convenzioni rilevanti non disciplinano in alcun modo il problema degli accordi *inter se*²⁴⁵.

Il secondo requisito di cui si richiede l'integrazione è che le modifiche che si vogliono attuare non pregiudichino comunque le altre Parti nel «godimento dei loro diritti» ai sensi del Trattato o nell'adempimento dei rispettivi obblighi individuali: si v. l'art. 41(1)(b)(i)²⁴⁶. Per poter verificare se questo requisito possa o meno ritenersi integrato, qualora si addivenisse ad un accordo *inter se* in materia di stupefacenti, bisognerebbe perciò verosimilmente rispondere a due interrogativi preliminari: può ritenersi che gli Stati abbiano diritto di ottenere un comportamento specifico (in questo caso il mantenimento della «proibizione») da parte di altri Stati nei loro rispettivi territori? L'accordo *inter se* potrebbe, se del caso, pregiudicare l'adempimento degli obblighi imposti agli altri Stati in materia di contrasto al traffico degli stupefacenti²⁴⁷?

A giudizio di alcuni interpreti, gli Stati avrebbero di certo un interesse (ma non un vero e proprio diritto) a vedere l'approccio proibizionistico delle NU mantenuto da parte di tutti gli Stati contraenti, in maniera da garantire l'efficacia complessiva del sistema, ma la legalizzazione di specifiche sostanze in alcuni Stati non minerebbe di certo la tenuta generale dello stesso: sicché, ai sensi delle Convenzioni, non potrebbe darsi l'esistenza di una sorta di «obbligo universale» a criminalizzare ogni sostanza in ogni Stato contraente²⁴⁸; né un tale obbligo potrebbe ricavarsi da qualsivoglia altra fonte giuridica, poiché la limitazione delle droghe agli usi leciti non è né radicata nello *ius cogens* né reputata immutabile dalle stesse Convenzioni delle NU. Pertanto, una modifica *inter se* non influirebbe - a giudizio di taluni interpreti - sui diritti delle

²⁴⁴ Cfr. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 402.

²⁴⁵ Cfr. VAN KEMPEN-FEDOROVA, *Regulated Legalization of Cannabis*, cit., 512.

²⁴⁶ Cfr. HABIBI-HOFFMANN, *Legalizing Cannabis*, cit., 454; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., 403.

²⁴⁷ Cfr. BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 467 s., 479.

²⁴⁸ Cfr. BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 479 s.

altre Parti contraenti²⁴⁹.

Si tratta di una conclusione fondamentalmente condivisibile, considerando che anche altri strumenti più vicini al testo dei trattati consentono l'esenzione di alcune sostanze dalla criminalizzazione. Pertanto, i Trattati non sembrano precludere in alcun modo che si possa addivenire ad un accordo *inter se* con riferimento a specifiche sostanze stupefacenti.

Infine, l'accordo di modifica dovrebbe ulteriormente rivelarsi anche compatibile con «la piena ed effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato nel suo insieme»: v. art. 41(1)(b)(ii) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²⁵⁰. Ora, considerato che il fine ultimo delle Convenzioni in materia di stupefacenti (v. i rispettivi Preamboli) è, come più volte segnalato, quello di promuovere il benessere e la salute dell'umanità, contrastando il traffico di droga e garantendo la disponibilità delle sostanze regolamentate almeno per scopi medici e scientifici²⁵¹, sono in molti a ritenere che: a) soltanto la legalizzazione, decriminalizzazione e depenalizzazione di specifiche sostanze potrebbe ammettersi ricorrendo a modifiche *inter se* (quando tale impegno possa considerarsi vantaggioso per la salute e il benessere della società e utile a tutelare i cittadini dagli effetti negativi del traffico illecito)²⁵²; b) mentre una legalizzazione di più ampio respiro (relativa cioè ad ogni sostanza stupefacente) mediante accordi intersoggettivi, sarebbe del tutto fuori discussione²⁵³.

In realtà, però, se si reputasse che promuovere il benessere e la salute dell'umanità, contrastando il traffico (illecito) di droga e garantendo la disponibilità delle sostanze regolamentate anche per scopi medici e scientifici, sarebbero obiettivi altrettanto (e in realtà persino in maggior misura) realizzabili venendo ad adottare un regime di legalizzazione, allora anche una modifica volta all'ottenimento di questo differente modello regolatorio potrebbe reputarsi del tutto legittima e attuabile.

²⁴⁹ Cf. BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 481.

²⁵⁰ Cf. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., 403.

²⁵¹ Cf. JELSMA-BOISTER-BEWELEY TAYLOR-FITZMAURICE-WALSH, *Balancing Treaty Stability*, cit., 3; BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 469.

²⁵² Cf. JELSMA-BOISTER-BEWELEY TAYLOR-FITZMAURICE-WALSH, *Balancing Treaty Stability*, cit., 9; BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 479, 490; BEWLEY-TAYLOR, *Politics and Finite Flexibilities*, cit., 289.

²⁵³ Cf. BOISTER-JELSMA, *Inter se Modification*, cit., 470.

5. *Osservazioni conclusive.* L'analisi sin qui condotta crediamo dimostri che, seppur l'idea di procedere ad una estesa legalizzazione incontrerebbe, almeno *prima facie*, taluni inevitabili ostacoli nelle norme europee e internazionali, rivelandosi inevitabilmente "problematica" (e come tale meritevole anche di una più estesa "problematizzazione" da parte della letteratura di settore), non sia comunque ad oggi del tutto impossibile opinare nel senso della compatibilità di modelli riformistici "forti" con i vincoli internazionali (e tantomeno europei, posto che anche a voler ritenere questi ultimi insuperabili, il fatto che in essi si faccia ampio rinvio alle Convenzioni delle NU sembra comunque metterli in qualche misura in secondo piano, e rendere dunque meno impellente la necessità di un loro contestuale "aggiramento")²⁵¹. Non ci si confronta, insomma, con un'impossibilità radicale di argomentare in favore (senza per questo incorrere in violazioni plateali degli accordi presi) dell'adozione di un regime di legalizzazione esteso a varie sostanze (se non persino a tutte), con contemporaneo abbandono del vituperato modello proibizionista, ovvero di modelli di decriminalizzazione/depenalizzazione più o meno estesi e variamente attuati.

È vero, in effetti, che alcune delle argomentazioni sin qui addotte dagli Stati e dalla letteratura occupatasi dell'argomento a supporto dell'adozione di soluzioni differenti non sembrano del tutto convincenti, ma è anche vero che almeno alcune delle prospettazioni che abbiamo esaminato nello scritto (ad es. quelle facenti leva sulla necessità di assicurare un adeguato rispetto ai diritti umani fondamentali che potrebbero considerarsi incisi dal proibizionismo e/o l'interpretazione fornita di alcune clausole di "salvezza" contenute negli atti normativi europei e internazionali) potrebbero possedere la *vis* necessaria per prestarsi a delegittimare in tutto o in parte (quantomeno in progresso di tempo) l'idea che non sarebbe in alcun modo possibile "smarcarsi" dalle "strette" poste dal diritto internazionale ed europeo, conseguentemente fa-

²⁵¹ Anche se non da tutti condiviso, è forte il sospetto [v. AMBOS, *Zur völkerrechtlichen*, cit., *passim*; ID., *Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung*, cit., *passim*] che i molti riferimenti contenuti nell'ambito dell'accordo d'implementazione dell'area *Schengen* al diritto internazionale, contribuiscano a relegare il diritto dell'UE ad una posizione, se non altro, di ancillarità rispetto al diritto internazionale: cfr. in senso dubitativo, peraltro, HOFMANN, *The regulation of Cannabis*, cit., 57.

vorendo *pro futuro* l'adozione di politiche più liberali e meno dannose per la salute in materia di stupefacenti (di certo se in mente si hanno forme di decriminalizzazione, ma forse anche se si pensa ad una legalizzazione, piena o selettiva che sia)²⁵⁵.

Conseguentemente, riprendendo le fila del discorso avviato e soltanto abbozzato all'inizio, si dovrebbe iniziare a valutare più seriamente le ragioni (se ve ne sono) per cui non si potrebbe (o dovrebbe) addivenire a forme di legalizzazione, anziché mantenere intatta l'attuale anima proibizionista del sistema di controllo delle droghe solo perché si ritiene che ogni diversa regolazione sarebbe di per sé incompatibile con il diritto europeo e internazionale. Un dibattito, quello sull'opportunità di adottare modelli regolatori differenti, in cui, almeno fino ad oggi, l'onere della prova è stato (verosimilmente in maniera impropria) addossato quasi per intero sui sostenitori dell'anti-proibizionismo e che, invece, dovrebbe tornare ad incombere d'ora in avanti, anche (e forse soprattutto) sui fautori del mantenimento del deprecabile *status quo*²⁵⁶.

La speranza è che lo "spaccato" offerto (in cui si è cercato di rimanere volutamente il più possibile neutrali sulle soluzioni - interpretative e non solo - realmente percorribili e/o comunque più convincenti) avendo a nostro avviso contribuito in ogni caso a sfatare (quantomeno in massima parte) il principale argomento giuridico dietro cui i sostenitori delle ragioni del proibizionismo si sono sin qui potuti agevolmente trincerare, per astenersi dal valutare più approfonditamente l'opportunità del suo acritico mantenimento (ovverosia quello dell'insuperabilità comunque, come assioma intangibile, delle Convenzioni

²⁵⁵ Sul punto cfr. le conclusioni di KORDS, *Einheits-Übereinkommen von 1961*, cit., 49 ss.; HAYLE, *International Drug Policy*, cit., 323 ss.

²⁵⁶ Come osservato da TINCANI, *Perché l'antiproibizionismo*, cit., 14, «[l]’onere della prova, per dir così, di quanto una proibizione sia fondata dovrebbe ricadere su chi ne sostiene la necessità; di solito avviene così», ma le «leggi sulla droga» hanno sin qui fatto «eccezione: non è chi le» ha sostenute che ha dovuto «dimostrare che» le stesse erano «necessarie, fondate o semplicemente utili, ma è chi ne» ha a più riprese chiesto «l’abrogazione o la riforma che» ha dovuto «accollarsi tutto il lavoro». Fino ad oggi è stata questa la situazione, e ciò ha fatto del proibizionismo un vero e proprio dogma (grazie anche al fatto che si è ampiamente sostenuto che non fosse possibile abbandonare il regime in questione, senza contravvenire in tal modo al diritto internazionale ed europeo), ma sarebbe indubbiamente necessario che quella “normalità” che sino ad oggi è mancata venisse finalmente ad esser in qualche misura ristabilita.

internazionali e degli obblighi UE), possa aiutare a riequilibrare i “rapporti di forza” che sino ad oggi si sono potuti registrare tra i membri dell’uno e dell’altro schieramento (proibizionisti e anti-proibizionisti), dando modo di confrontarsi in maniera più disincantata e imparziale su di un tema che appare tanto delicato, quanto rilevante per il benessere futuro dell’umanità.