FUMUS BONI IURIS? NOTE MINIME SUGLI ATTUALI PROGETTI DI RIFORMA DEL TESTO UNICO STUPEFACENTI

dis CRIMEN articoli
22.9.2021

Edoardo Mazzanti [*]

SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. La proposta di legge AC-2965. — 3. Le modifiche favorevoli. — 3.1. La coltivazione per uso personale. — 3.2. Gli illeciti amministrativi. — 3.3. Il fatto di lieve entità. — 4. Le modifiche sfavorevoli. Il fatto 'ordinario'. — 5. La partecipazione associativa. — 6. Un breve bilancio. — 7. La proposta di referendum per la 'cannabis legale'. — 7.1. La portata incerta del quesito. — 7.2. Dubbi in punto di ammissibilità.

1. Introduzione

Le fondamenta del d.P.R. n. 309/1990 (c.d. Testo unico stupefacenti, TUS) sono attraversate, in questi giorni, da forti scosse telluriche, spia di una crescente e condivisa messa in discussione nei confronti dello *status quo* e potenzialmente in grado di rivoluzionare l'assetto penalistico in materia di droghe. In questa concitata temperie, sono due i fronti a contendersi il primato delle cronache: quello parlamentare (§§ 2-6) e quello referendario (§ 7).

2. La proposta di legge AC-2965

In data 8 settembre 2021, la Commissione Giustizia della Camera ha espresso voto favorevole sulla proposta di legge AC-2965, «*Introduzione dell'articolo 75*-ter *del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di produzione e detenzione di cannabis per uso personale*» (proposta Licatini). L'accelerazione, che i critici dell'impianto repressivo in materia di stupefacenti attendevano da tempo, quasi per paradosso arriva in un momento politicamente assai delicato, come dimostra la decisione di scorporare la proposta AC-2160 (proposta

[*] Ricercatore (Rtd-A) di diritto penale nell'Università di Macerata

Molinari), originariamente abbinata a quella oggetto di votazione benché indirizzata in senso diametralmente opposto[1].

Il testo adottato mira a modificare molteplici aspetti della disciplina punitiva contenuta nel Testo unico e, specificamente, di quella riguardante le droghe cc.dd. leggere, secondo un modello d'intervento bipolare, volto, da un lato, a mitigare o persino eliminare le conseguenze sanzionatorie dei fatti di minore carica offensiva; dall'altro, a complessivamente inasprire il trattamento riservato al fatto 'ordinario'[2].

3. Le modifiche favorevoli

Alla prima categoria, appartengono le disposizioni relative alla coltivazione per uso personale (art. 1), agli illeciti amministrativi (art. 5) e al fatto di lieve entità (art. 3).

3.1 - *La coltivazione per uso personale*

L'art. 1 lett. c punta a introdurre nell'art. 26 TUS un nuovo comma 1-*bis*, in virtù del quale «*Al di fuori del regime delle autorizzazioni di cui agli articoli 17 e 27 e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 73, sono consentite a persone maggiorenni la coltivazione e la detenzione per uso personale di non oltre quattro femmine di cannabis, idonee e finalizzate alla produzione di sostanza stupefacente e del prodotto da esse ottenuto*»; completano il quadro alcune previsioni (art. 1 lett. a-b; art. 2 lett. a) volte ad adeguare alla novella, rispettivamente, l'art. 17, l'art. 26 e l'art. 73 TUS.

Nel complesso, la riforma disegna un'area di liceità, al tempo stesso, totale e limitata: totale, poiché, se realizzata nel rispetto del nuovo comma 1-*bis*, la coltivazione diverrebbe completamente lecita; limitata, poiché la liceizzazione investirebbe esclusivamente la condotta, non la sostanza ricavata, la cui eventuale successiva diffusione rimarrebbe, pertanto, punibile.

La scelta dei proponenti si colloca dichiaratamente nella scia tracciata dalla

[1] La proposta, presentata il 19 ottobre 2019, prevede di innalzare la cornice edittale del delitto di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. 309/1990 a 3-6 anni, con contestuale abrogazione dei commi 5-*bis* e 5-*ter* ed estensione a questa fattispecie dell'arresto obbligatorio in flagranza.

[2] La formula 'fatto base', pur indubbiamente comoda, non sarebbe del tutto precisa poiché il fatto di lieve entità, come noto, configura oggi fattispecie autonoma.

Cassazione con la sentenza Caruso[3], portandone a compimento «l'ispirazione 'quasi legislativa'»[4]. Sennonché, rispetto a quest'ultima, l'obiettivo di liceizzazione viene promosso valorizzando un profilo differente: mentre la Cassazione si muove su un piano rigorosamente obiettivo, escludendo le pratiche di rilevanza casalinga dal concetto di 'coltivazione' accolto dal Testo unico, la proposta in esame predilige un approccio soggettivizzante, dando rilievo alla finalità perseguita dal soggetto agente. Non è affatto escluso, peraltro, che, chiamata a chiarire in cosa consista tale tensione finalistica[5], la giurisprudenza sia in futuro costretta a (ri)enucleare una griglia minima di indici sintomatici: ne deriverebbe un'inevitabile sovrapposizione tra dimensione soggettiva e oggettiva, in linea, del resto, con quanto tradizionalmente avvenuto ogni volta che s'è posta l'esigenza di definire l'incerta portata del concetto di 'uso personale'[6].

Permangono, a ogni modo, alcuni dubbi pratici. *Quid juris*, ad esempio, nel caso in cui più conviventi decidano di coltivare quattro piante ciascuno? Dovrà prevalere una lettura *personalizzata* oppure propriamente *domestica* della clausola d'irrilevanza? Sul piano testuale, la riferibilità al singolo coltivatore, in uno con l'assenza di limitazioni spaziali, farebbe propendere per la prima tesi. È innegabile, d'altra parte, che questa soluzione spianerebbe la strada a pratiche elusive della normativa, fino all'assurdo di consentire di coltivare impunemente su larga scala a chiunque avesse l'accortezza di andare a vivere con molti coinquilini.

3.2 - *Gli illeciti amministrativi*

L'art. 5 modifica l'art. 75 TUS, che contiene la disciplina delle sanzioni amministrative riservate all'importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione

[3] Cass. pen. sez. un. n. 12348/2019, su cui D. NOTARO, *L'inoffensività 'tipica' della coltivazione 'domestica' di piante stupefacenti*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2242.

[4] L'efficace intuizione è di D. NOTARO, *'Eppur si muove' (qualcosa). Sussulti giurisprudenziali e assestamenti dei divieti di impiego di sostanze stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020, p. 3.

[5] Un chiarimento, per la verità, necessariamente *in negativo*, poiché volto a individuare le forme di coltivazione *non* destinate all'uso personale e dunque punibili.

[6] Da un lato, dopo il referendum del 1993 sulla 'dose giornaliera media', l'affidamento esclusivo sulla componente finalistica lasciava ampi margini d'incertezza applicativa, così costringendo la giurisprudenza a elaborare un set di indici sintomatici da cui desumere la destinazione della sostanza; dall'altro, una volta legislativamente tipizzati tali indici, la tendenza della giurisprudenza a operare valutazioni d'insieme rendeva inevitabile che, nel calcolo complessivo, venissero presi in considerazione anche aspetti soggettivi. Un esempio piuttosto chiaro di tale compenetrazione, a séguito delle Sezioni unite Caruso, è rinvenibile in Cass. pen. sez. IV, n. 20389/2021.

di sostanze stupefacenti a uso personale. Come noto, attualmente, le sanzioni sono disposte in due distinte fasce di gravità, a seconda della tipologia di sostanza oggetto materiale dell'illecito. In linea con l'afflato riduzionista, l'art. 5 lett. a si prefigge di escludere le conseguenze sanzionatorie nel caso in cui il fatto abbia a oggetto droghe leggere (tabelle II e IV). La previsione, in certa misura, completa quella di cui all'art. 1: vale la pena sottolineare, in proposito, che è in base a *questa* disposizione che la detenzione successiva all'autocoltivazione cesserebbe di assumere rilevanza penale, posto che la clausola di cui all'art. 26 co. 1-*bis* tollererebbe espressamente la sola detenzione delle *piante*, non della sostanza prodotta[7].

L'abrogazione sembrerebbe destinata a segnare le sorti, altresì, del c.d. uso di gruppo, figura giurisprudenziale ritagliata appunto dall'art. 75 TUS e invocata, alternativamente, qualora più persone riunite procedano all'acquisto congiunto di sostanze per farne uso personale, ovvero qualora l'attività di acquisto sia demandata a un solo soggetto, che poi provveda a ripartire la sostanza tra sé e gli altri componenti del gruppo[8]. La prassi, tuttavia, potrebbe riservare insidie: la preoccupazione che questa modifica, unita alla liceizzazione dell'autoproduzione, crei ampie zone d'impunità di fatto[9], in particolare, potrebbe spingere la giurisprudenza ad adottare atteggiamenti fortemente restrittivi, poco inclini a riconoscere la destinazione *esclusivamente* personale di acquisiti/detenzione coinvolgenti più persone.

L'art. 5 lett. b, poi, punta ad abrogare l'art. 75 co. 1-*bis* TUS, attualmente contenente gli indici sintomatici da cui inferire la destinazione personale della sostanza stupefacente[10]. Considerato il contestuale mantenimento dell'illecito relativo alle droghe cc.dd. pesanti, la scelta è criticabile: tale eliminazione, in effetti, priverebbe l'interprete di un parametro di orientamento flessibile e prezioso, peraltro forgiato sul calco di sedimentata giurisprudenza, tanto più necessario quanto più destinato a trovare impiego in casi caratterizzati da maggiore gravità.

---

[7] Nel regime vigente, l'ipotesi che la detenzione di sostanza autoprodotta non sia punibile è stata esplicitamente (e correttamente) esclusa da Corte cost. n. 109/2016, su cui V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 941.

[8] In argomento, S. BANDINI - G. STALLONE - A. ZANACCA, *Le condotte punibili dall'art. 73 d.P.R. 309/1990. Le aggravanti e le attenuanti*, in *I reati in materia di stupefacenti*, a cura di L. Della Ragione - G. Insolera - G. Spangher, Milano, 2019, part. pp. 275ss.

[9] Si pensi, ad esempio, al caso del produttore casalingo che di fatto *venda* al convivente la sostanza autonomamente prodotta; situazione, all'atto pratico, certamente difficile da distinguere dalla mera — e, a questo punto, consentita — autoproduzione in gruppo.

[10] Indice quantitativo (c.d. quantità massima detenibile) e qualitativo (modalità di presentazione).

3.3 - *Il fatto di lieve entità*

Il fatto di lieve entità è attualmente punito, ove non costituente più grave reato, con la reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da 1.032 a 10.329 euro (art. 73 co. 5 TUS). L'art. 3 del testo adottato dalla Commissione Giustizia, in proposito, introduce un nuovo art. 73-*bis* TUS, destinato a sostituire l'art. 73 co. 5, 5-*bis* e 5-*ter*, contestualmente abrogati dall'art. 2 lett. f-g. Per effetto della disposizione, «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dai commi 1, 2, e 3 dell'articolo 73 che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione fino a due anni e della multa fino a euro 10.000. Si applica la reclusione fino a un anno e la multa fino a euro 6.500,00 nei casi di cui comma 4 dell'articolo precedente*» (art. 3 co. 1); la fattispecie, tuttavia, non si applica «*nei casi in cui le sostanze stupefacenti e psicotrope sono consegnate o comunque destinate a persona di minore età o ricorra la circostanza di cui al n. 11*-ter *dell'articolo 61 del codice penale*» (art. 3 co. 5)[11].

Emergono, a colpo d'occhio, un profilo di continuità e uno di discontinuità. Quanto al primo, s'intende mantenere la natura autonoma della fattispecie, confermando, così, la condivisibile opzione adottata con d.l. n. 146/2013, non travolta, come risaputo, dalla di poco successiva sentenza Corte cost. n. 32/2014; lo scorporo dall'art. 73 e la collocazione in un titolo separato, peraltro, conferiscono alla scelta maggior coerenza sistematica e garantirebbero una migliore 'leggibilità' della disposizione. Venendo al profilo di discontinuità, invece, risalta la decisione di variare la risposta sanzionatoria a seconda che il fatto lieve abbia ad oggetto droghe pesanti (reclusione fino a due anni e multa fino a 10.000 euro) ovvero leggere (reclusione fino a un anno e multa fino a 6.500 euro). Si supererebbe, in tal modo, l'attuale equiparazione tra le due ipotesi, francamente discutibile seppur, come noto, sinora giudicata non manifestamente irragionevole e, dunque, costituzionalmente legittima[12]. Sul piano intertemporale, a prescindere dalla sostanza trafficata e dalla relativa disciplina, tra art. 73 co. 5 e art. 73-*bis* TUS si verificherebbe una successione tra norme penali di favore.

[11] I commi ulteriori disciplinano l'attenuante della collaborazione (comma 2) e il lavoro di pubblica utilità (commi 3-4).

[12] Corte cost. n. 23/2016, con nota di C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 t.u.stup.: insindacabile la scelta di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2016.

Accolta con minore risonanza mediatica, è da credere che, ove approvata, tale proposta potrebbe avere un impatto significativo sul sistema penale degli stupefacenti, ragionevolmente diversificando e stemperando le conseguenze sanzionatorie connesse al micro-spaccio.

4. Le modifiche sfavorevoli. Il fatto 'ordinario'

Accanto a queste misure di *favor*, come anticipato, troviamo previsioni volte a incidere sul trattamento sanzionatorio disposto per il traffico 'ordinario', che attualmente sancisce, quanto alle droghe leggere, la reclusione da due a sei anni e la multa da 5.164 a 77.468 euro (art. 73 co. 4 TUS). In dettaglio, all'ampio novero di condotte elencate all'art. 73 co. 1, se aventi ad oggetto le sostanze di cui alla tabella II, è previsto che si applichi la pena della reclusione da due a dieci anni (art. 3 lett. e); simultaneamente, viene introdotto un nuovo art. 73 co. 2-*bis*, in base al quale il traffico illecito commesso da soggetto munito dell'autorizzazione di cui all'art. 17 TUS è punito, sempre se le attività illecite riguardano le sostanze o le preparazioni indicate nella tabella II, con la reclusione da tre a dodici anni e della multa da euro 20.000 a 250.000 (art. 3 lett. c); ai sensi del rinnovato art. 73 co. 3 TUS, infine, la stessa pena si applica a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope *diverse* da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione (art. 3 lett. d).

Evidente la recrudescenza sanzionatoria, destinata a risaltare ancor di più non appena si rammenti che, per effetto del nuovo art. 73-*bis* co. 5, l'art. 73 co. 4 TUS attrarrebbe *automaticamente* tutti i fatti — ancorché *in concreto lievi* — commessi a danno di minori o nell'adiacenza di scuole.

Vari gli aspetti che, già a una prima lettura, suscitano perplessità. Anzitutto, il ritocco delle cornici edittali: la revisione al rialzo del massimo, in particolare, appare ingiustificatamente eccessiva, considerato che, anche mantenendo il limite attuale, il fitto nugolo di aggravanti di cui all'art. 80 TUS consentirebbe senz'altro di parametrare adeguatamente il carico sanzionatorio ai casi più seri. Né il significativo abbassamento del minimo edittale — verosimilmente pensato per non creare intervalli sproporzionati tra art. 73-*bis* e art. 73[13] — pare offrire rassicurazioni sufficienti, po-

[13] Intervalli, ad ogni modo, difficilmente attaccabili in punto di legittimità costituzionale, se è vero che la Consulta esplicitamente ammette «*spazi di discrezionalità discontinua*» del trattamento sanzionatorio (cfr., ad es., Corte cost. n. 179/2017).

tendo incentivare, al contrario, una certa disinvoltura giurisprudenziale nel riconoscere l'ipotesi *maior* anziché quella più tenue[14].

Pure il divieto di applicazione del fatto lieve, con conseguente espansione della fattispecie ordinaria, sconta alcune criticità: il rafforzamento punitivo a difesa di minori e studenti, in effetti, sembrerebbe in parte stridere con la nitida presa di posizione delle Sezioni unite Caruso, lapidarie nell'individuare *unicamente* nella salute individuale e collettiva il referente di tutela dei reati in materia di stupefacenti, con esplicita esclusione, tra le altre, della «*salvaguardia delle giovani generazioni*»[15]. Beninteso: non s'intende contestare la fondatezza dell'esigenza di preservare maggiormente i potenziali consumatori più vulnerabili — a tutela dei quali, peraltro, residuerebbe pur sempre l'aggravante *ex* art. 80 co. 1 lett. a TUS[16]; più limitatamente, ci pare discutibile che il *surplus* di protezione debba tradursi nel divieto *ex lege* di applicare la fattispecie minore[17], in contrasto, a tacer d'altro, con l'esigenza di valutazione *sinergica* di *tutti* gli elementi del caso concreto comunemente affermata in giurisprudenza.

5. La partecipazione associativa

Fuoriesce dallo schema tratteggiato in apertura, infine, l'art. 4, che interviene *in mitius* su una fattispecie di massima gravità, vale a dire la partecipazione in associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti (art. 74 co. 2 TUS), attualmente punita con la pena della reclusione non inferiore agli anni dieci. In dettaglio, la proposta intende contenere la risposta sanzionatoria del reato prevedendo un massimo edittale di quindici anni (art. 4 lett. a), nonché estendendo l'attenuante della collaborazione di cui all'art. 74 co. 7 TUS al caso in cui l'agente si sia efficacemente adoperato per l'identificazione o la cattura dei concorrenti o degli associati (art. 4 lett. b).

[14] In caso di approvazione della proposta, converrebbe auspicare il parallelo passaggio del d.d.l. sulla riforma della giustizia penale (AS 2353), il quale, fra le altre, contiene una delega al Governo a modificare il limite di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. dal *massimo* di 5 anni al *minimo* di 2 (art. 1 co. 21 lett. a).

[15] Cass. pen. sez. un. n. 12348/2019, cit.

[16] L'incontestata applicabilità dell'aggravante al fatto lieve, peraltro, esclude l'operatività dell'art. 131-*bis* c.p. (cfr., di recente, Cass. pen. sez. III, n. 3242/2020).

[17] Nel regime vigente, sull'astratta compatibilità tra fatto lieve e cessione a minorenni, da ultimo, Cass. pen. sez. VI, n. 14592/2021.

6. Un breve bilancio

La proposta di legge sommariamente commentata segna un'apprezzabile inversione di tendenza rispetto alle politiche anti-droga degli ultimi decenni[18]: recependo le aspettative di larga parte di dottrina[19], essa tenta di cristallizzare in norma gli effetti ammortizzanti di certa giurisprudenza, «orientata nel senso della mitigazione delle scelte di diritto positivo anche a costo di esondare la *littera legis*»[20], specie nei frangenti che suscitano, a seconda dei casi, minore, scarso o impercettibile allarme sociale.

Certo, le condivisibili scelte di fondo non eliminano del tutto le criticità, soprattutto in relazione alle droghe leggere. Insidiosa, in particolare, appare la prospettiva di innalzare di ben quattro anni il massimo edittale previsto per l'ipotesi di traffico 'ordinario', specie considerando la concomitante serie di circostanze che, come paventato, potrebbero spingere la magistratura ad adottare linee interpretative di maggior rigore[21].

Al netto degli aspetti problematici, eventualmente da affrontare nelle successive fasi di dibattito, questo 'scatto' parlamentare va comunque salutato con favore: il drammatico impatto su sistema giustizia e sistema carcere delle violazioni del TUS[22] impone una seria rimeditazione dell'intera disciplina, con attenzione particolare, sebbene non esclusiva, ai fatti di disvalore minimo. Muovendosi in questa direzione, tra l'altro, la proposta all'esame della Camera dimostra di voler intercettare un sentimento ormai decisamente diffuso, confermando la possibilità di attribuire al con-

[18] Sempre valide, nonostante le evoluzioni normative, le considerazioni di V. MANES, *Il nuovo art. 73 d.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4461; più di recente, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, pp. 20ss.

[19] Sulle recenti prospettive di riforma, M. GAMBARDELLA, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2019, pp. 19ss.

[20] O. DI GIOVINE, *Stupefacenti: meglio 'di tutta l'erba un fascio' oppure 'un fascio per ogni erba'?*, in *Leg. pen.*, 27 febbraio 2020, pp. 27s; ravvisa il medesimo obiettivo nei precedenti progetti di riforma, D. NOTARO, *Eppur si muove (qualcosa)*, cit., p. 26. Sugli sforzi contenitivi della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, volendo, E. MAZZANTI, *Il perimetro del diritto penale degli stupefacenti nelle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1099.

[21] Difficile pensare, al riguardo, che l'obiettivo di tale scelta consista nel trovare un punto di incontro tra le due opposte correnti della maggioranza (coltivazione lecita e mitigazione sanzionatoria per i casi più tenui *in cambio di* incremento afflittivo per i casi più gravi): la praticabilità di un qualunque compromesso è stata apertamente scartata dall'ala dei detrattori, giunti, come ricordato, a chiedere il disabbinamento della propria proposta originaria poiché desiderosi di proseguire una politica di *war on drugs* (v., *supra* n. 1).

[22] Si vedano i dati contenuti nel Libro Bianco sulle droghe 2020. Un riassunto è rinvenibile a questo link.

senso sociale un ruolo *diverso* nella dinamica penale[23]: non solo fattore espansivo, da capitalizzare sfruttando il senso d'insicurezza collettiva[24], ma anche freno inibitore, utile a un razionale contenimento del potere punitivo[25].

7. La proposta di referendum per la 'cannabis legale'

Manifestazione eloquente dell'ormai diffusa avversione all'attuale disciplina penale anti-droga è rappresentata, ancor più di recente, dal successo della campagna referendaria per la 'cannabis legale' promossa da numerose associazioni della società civile e, in misura minore, politica[26]: successo sorprendente nei numeri[27], non certo in sé per sé, considerata la tradizionale tensione tra politiche repressive e attivismo anti-proibizionista[28].

La posta in gioco è altissima: la liceizzazione perseguita col referendum promette benefici, tra le altre, in termini occupazionali, fiscali, di controllo della criminalità e di carico giudiziario[29]. L'orizzonte referendario, a ogni modo, non appare totalmente in chiaro. Se, da un lato, il forte coinvolgimento del corpo elettorale[30], straordinariamen-

[23] Resta fondamentale, sul punto, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 849; più di recente, ID., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, part. pp. 98s.

[24] Di recente, ad es., M. PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, pp. 33s; per un'ampia rassegna della recente legislazione penale a vocazione 'consensualista', E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, pp. 38ss.

[25] Per la verità, uno degli argomenti più forti delle correnti abolizioniste — corroborato, anni fa, anche da un'espressa presa di posizione della Direzione Nazionale Antimafia — poggia sull'esigenza di contrastare l'economia criminale legata ai traffici, prevalentemente in mano ad associazioni malavitose. In questo senso, azzardando un paradosso, si potrebbe arrivare a sostenere che il consenso sociale che investe la liceizzazione di coltivazione e consumo di stupefacenti muova da una premessa — il bisogno di *sicurezza* — sostanzialmente analoga a quella che fa da base a numerosi provvedimenti di inasprimento afflittivo.

[26] Membri del Comitato Promotore sono, tra i principali e più noti, l'Associazione Luca Coscioni, Meglio Legale, Forum Droghe, Antigone, Società della Ragione, A Buon Diritto, LILA (Lega Italiana per la Lotta all'AIDS) e CILD (Coalizione Italiana per i Diritti e le Libertà Civili).

[27] Stando a quanto riportato dai promotori, in soli quattro giorni sarebbero state raccolte 420.000 firme. Per un aggiornamento giornaliero sui dati, è possibile consultare, ad es., questo link.

[28] La relazione è evidenziata, già a margine del referendum del 1993, da F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1993, p. 38.

[29] Si veda la scheda riassuntiva di R. RAPISARDI, *Referendum cannabis, parliamo di numeri: quanti vantaggi porterebbe la legalizzazione*, in *L'Espresso*, 16 settembre 2021.

[30] Giudizi fortemente positivi sono stati espressi, tra gli altri, da L. MANCONI, *La gran bonaccia dei diritti*, in *La Repubblica*, 15 settembre 2021.

te favorito dalla possibilità di votare *online*[31], è sintomo positivo di un impellente desiderio di partecipazione legislativa, anche per quanto attiene alle meccaniche del (non) punire; dall'altro, sembra opportuno interrogarsi sugli aspetti controversi che, guardando oltre le buone intenzioni, caratterizzano la recente iniziativa.

Le apparenti controindicazioni derivano dalla combinazione tra i dispositivi di funzionamento del referendum e la peculiare formulazione delle fattispecie del Testo unico. Nel primo senso, vanno sottolineate le specificità del referendum abrogativo, soprattutto laddove, come nel presente caso, il quesito assuma finalità c.d. manipolativa e pretenda, quindi, di 'trasformare' la volontà popolare negativa in propositiva: al riguardo, è utile rimarcare che, a differenza di altri istituti di democrazia diretta, in caso di referendum *ex* art. 75 Cost. «la 'proposta' popolare è comunque condizionata dal testo di legge, per cui il corpo elettorale potrà 'volere' solo la normativa di risulta e non altre che gli fossero più gradite»[32]. Nel secondo senso, invece, vale la pena rammentare che la disposizione contenente la disciplina delle droghe leggere (art. 73 co. 4 TUS) non elenca *letteralmente* le condotte incriminate, operando, piuttosto, un rinvio integrale ai fatti previsti ai commi 1-3, regolanti il traffico di droghe pesanti.

Ciò anticipato, per agevolare una rapidissima riflessione sul punto, conviene riprodurre il testo del quesito: «*Volete voi che sia abrogato il decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309, avente ad oggetto 'Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza' limitatamente alle seguenti parti: Articolo 73, comma 1, limitatamente all'inciso 'coltiva'; Articolo 73, comma 4, limitatamente alle parole 'la reclusione da due a sei anni e'; Articolo 75, limitatamente alle parole 'a) sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni'?*»

Ebbene, in base a quanto detto, ci sembra che il referendum rischi di avere un impatto piuttosto diverso rispetto agli intenti di promotori e firmatari, dichiaratamente circoscritti alla rimozione delle conseguenze sanzionatorie per i fatti aventi a oggetto cannabis. Già a una prima lettura, in effetti, aggallano perplessità sia in relazione alle 'voci' specifiche, sia in prospettiva più generale.

[31] Si tratta, ci sembra, dell'ultima frontiera del 'partecipazionismo', vale a dire del «credo democratico radicale che considera la partecipazione, più che la rappresentanza, la fonte della legittimazione politica», qui non mediata, peraltro, da alcun 'partito digitale'. In tema, P. GERBAUDO, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Bologna, 2020, part. pp. 115ss.

[32] M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IV ed., 1997, p. 509.

7.1 - *La portata incerta del quesito*

Il quesito, anzitutto, punta a eliminare il verbo 'coltiva' dall'art. 73 co. 1 TUS, idealmente collegato alle ipotesi *minor* di cui al comma 4. Tuttavia, non sfugge come, così facendo, il referendum finirebbe per coinvolgere appieno anche la coltivazione delle sostanze di cui alla tabella I (ad es., l'oppio), sancendone la totale liceità.

In secondo luogo, il quesito investe l'art. 73 co. 4 TUS, mirando ad espungere le parole 'la reclusione da due a sei anni'. Si tratta di una mossa ambigua: in un senso, essa esclude in blocco la pena detentiva per *tutte* le condotte connesse alle droghe leggere, eccezion fatta, *par ricochet*, per la coltivazione; nell'altro, essa mantiene ferma la loro rilevanza penale, debolmente aggrappata alla pena pecuniaria (della cui effettività, tra l'altro, appare legittimo dubitare). Le perplessità aumentano se si considera che il quesito non fa cenno all'art. 73 co. 5 TUS, che sembrerebbe, dunque, restare operativo[33], con la paradossale conseguenza che, in caso di passaggio del referendum, rimarrebbe astrattamente punibile con pena carceraria il condannato per fatto lieve, ma non quello per fatto 'ordinario'.

Infine, si punta a eliminare le sanzioni amministrative indirizzate al semplice consumatore e relative ai titoli abilitanti alla guida (art. 75 co. 1 lett. a TUS). Si tratta, ancora una volta, di una manovra anfibola: per un verso, il quesito non circoscrive l'intento demolitorio alle sole droghe leggere, coinvolgendo altresì quelle pesanti[34]; per l'altro, si risparmiano le sanzioni di cui alle lettere b-d, le quali, dunque, continuerebbero a dover essere applicate *anche* ai consumatori di cannabis.

Emergono, in definitiva, alcuni profili distonici rispetto all'obiettivo dichiarato, in parte frutto di opinabili scelte redazionali (ad es., in relazione all'art. 75 TUS), in parte conseguenza inevitabile della ricordata combinazione tra disciplina referendaria e formulazione del Testo unico (ad es., in relazione all'art. 73 co. 1 TUS). Gli 'effetti collaterali', peraltro, non seguirebbero una traiettoria univoca, risolvendosi ora nell'ampliamento dello spettro abolitivo (ad es., la coltivazione di droghe pesanti), ora nel mantenimento di vari puntelli sanzionatori (ad es., la sospensione del passaporto per il consumatore di droghe leggere).

Di fronte a questo scenario, presupponendo il passaggio del vaglio di legittimità

[33] Tale conclusione presuppone che il rinvio a «*uno dei fatti previsti dal presente articolo*» assuma natura recettizia o, comunque, statica; ipotesi nient'affatto scontata ma neppure da scartare, considerati i profili di originalità della disposizione rispetto alle fattispecie *maior* (su tutte, come ricordato, il riferimento indistinto a tutte le sostanze stupefacenti).

[34] Ciò che, naturalmente, non esclude l'applicabilità della folta schiera di misure previste per il consumatore colto intossicato mentre guida.

e ammissibilità, viene da interrogarsi circa l'atteggiamento che intenderà assumere il potere legislativo: ribadendo l'ovvio — anche a beneficio dei non addetti ai lavori, probabilmente poco aiutati dall'odierna enfasi mediatica — merita sottolineare che da una futura vittoria del 'sì' non deriverebbe l'automatica creazione di un mercato regolato, restando appannaggio del legislatore sia l'interpretazione dell'esito del referendum, sia la scelta su come concretamente ridisciplinare la materia[35]. Né si può escludere, d'altra parte, che questi sia indotto a sfruttare il dibattito attualmente in corso alla Camera per 'calcare la mano' sulla proposta AC-2965 e sterilizzare, così, le pretese referendarie[36].

7.2 - *Dubbi in punto di ammissibilità*

I problemi, peraltro, potrebbero manifestarsi già a monte, sulla soglia del giudizio di ammissibilità. Il tema, che intreccia la portata dei limiti *ex* art. 75 co. 2 Cost. e gli obblighi punitivi di matrice europea, si profila piuttosto complesso e può essere qui soltanto accennato. Ai nostri limitati fini, è sufficiente ricordare che l'Italia, al pari di ogni Paese membro UE, in materia di stupefacenti è sottoposta a espliciti obblighi d'incriminazione, fissati nella Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004 (DQ). Quest'ultima, in particolare, impone agli Stati membri di provvedere affinché siano punite varie condotte intenzionali allorché non autorizzate (art. 2 §1 DQ), tra le quali spicca «*la coltura del papavero da oppio, della pianta di coca o della pianta della cannabis*» (lett. b); a tali condotte, gli Stati debbono associare pene *detentive* effettive, proporzionate e dissuasive (art. 4 §1 DQ) della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni (art. 4 §2 DQ). Ogni Stato membro resta libero, tuttavia, di non prevedere sanzioni se le condotte di cui all'art. 2 sono «*tenute dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali*» (art. 2 §2 DQ).

Necessario domandarsi, a questo punto, se tale atto costituisca una barriera insormontabile per la prosecuzione dell'iter referendario: l'art. 75 co. 2 Cost., infatti,

[35] L'ampiezza della discrezionalità legislativa è conseguenza delle menzionate peculiarità del referendum abrogativo rispetto ad altri istituti di democrazia diretta. Sul punto, ancora M. VOLPI, *op. cit.*, p. 509; più di recente, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, p. 314.

[36] Situazione non dissimile a quella verificatisi prima del referendum del 1993, quando il Governo, allo scopo di evitarne la celebrazione, emanò il d.l. n. 3/1993, teso a mitigare la disciplina sanzionatoria del Testo unico ma successivamente decaduto per mancata conversione.

non ammette referendum su «*leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali*», categoria nella quale, a ogni buon conto, certa giurisprudenza costituzionale ha generosamente inserito anche iniziative «*che miri[no] all'abrogazione di una normativa interna, avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea, ove tale abrogazione lasci quest'obbligo del tutto inadempiuto*»[37]. La questione sembrerebbe ruotare interamente attorno alla effettiva sussistenza dell'obbligo, su cui, c'è da dire, è legittimo nutrire qualche dubbio: a una lettura sommaria, infatti, la sorte riservata alle decisioni del vecchio 'terzo pilastro' dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[38] condurrebbe a escludere, nel presente caso, l'applicazione della teoria degli effetti diretti elaborata dalla Corte di Giustizia per i casi di violazione nel recepimento delle direttive[39].

L'esito positivo, d'altra parte, potrebbe risultare ostacolato anche a causa della tendenza della Consulta ad anticipare, in sede di giudizio di ammissibilità del quesito, valutazioni di legittimità sulla normativa c.d. di risulta[40]. Tendenza controversa e, in effetti, criticata in dottrina[41], ma con cui crediamo sia opportuno fare i conti, specie alla luce del passaggio della pronuncia n. 32/2014 nel quale, lo si ricorderà, la Corte aveva giustificato la reviviscenza dell'impianto pre-legge Fini-Giovanardi evocando *anche* la violazione degli obblighi d'incriminazione UE che la radicale assenza di una normativa anti-droga avrebbe comportato. C'è da rilevare, comunque, che quest'ultima presa di posizione, già efficacemente contestata all'epoca[42], parrebbe aver perso ulteriormente mordente in séguito alla definizione della 'saga Taricco', risolta dalla Corte medesima facendo leva sulla *maggiore legittimazione* dell'ordinamento nazionale rispetto a quello eurounitario in materia penale[43].

[37] Corte cost. n. 41/2000; analogamente, Corte cost. n. 45/2000.

[38] Cfr. art. 10 Prot. n. 36 allegato al TUE.

[39] In argomento, N.M. MAIELLO, *I riflessi internazionali ed eurounitari sulla normativa in materia di stupefacenti*, in *I reati*, cit., p. 57, part. pp. 61s.

[40] Per una panoramica, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 307ss.

[41] Problemi analoghi, per restare alla stringente attualità, si stanno profilando in relazione al referendum sull'eutanasia legale. Si veda, in proposito, l'autorevole confronto a distanza tra i Proff. Flick e Pugiotto.

[42] V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. 'Fini-Giovanardi': gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014, pp. 11ss.

[43] M. LUCIANI, *La dura realtà e il 'caso Taricco'*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pp. 1286s; sulle questioni di legittimità costituzionale poste dal caso Taricco, per tutti, V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, part. pp. 301ss; sui problemi sollevati dal rapporto tra diritto penale e fon-

Quanto detto, a ogni modo, non sgombra del tutto il campo dalle criticità, essenzialmente riconducibili, come autorevolmente rilevato, al ruolo 'di chiusura' rivestito dalla Corte nel procedimento referendario, che la obbliga a calarsi sul terreno dello scontro politico quando la raccolta del consenso attorno al quesito si è ormai conclusa, avvalendosi d'uno strumento, oltretutto, «poco strutturato in termini di diritto»[44]. In effetti, non sfugge come, in questo preciso momento storico, una declaratoria d'inammissibilità, specie se fondata su presupposti giuridicamente contendibili, prevedibilmente esporrebbe la Corte a critiche di politicizzazione, offuscandone l'aura di 'guardiana dei diritti' e approfondendo, così, quella frattura tra istituzioni e volontà popolare che il referendum punta dichiaratamente a saldare[45].

ti UE, da ultimo, G. INSOLERA, *Europa e diritto penale. Principi generali: competenza e legittimazione*, in questa *Rivista*, 30 luglio 2021.

[44] R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, p. 514.

[45] Del resto, come ricorda D. STASIO, *Il senso della Corte per la comunicazione*, in *Quest. giust.* 2020, 4, p. 159, fu lo stesso Marco Pannella — che di queste battaglie può essere considerato il padre nobile — a criticare fortemente la Corte per i paletti posti all'ammissibilità dei referendum, apostrofandola, per tale motivo, 'cupola partitocratica'.