

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/06/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35168-la-attualit-e-l-applicabilit-dei-principi-contenuti-nella-sentenza-ss-uu-28-maggio-1997-n-4-al-regime-introdotto-dalla-l-21-febbraio-2006-n-49>

Autore: Zaina Carlo Alberto

La attualità e l'applicabilità dei principi contenuti nella sentenza SS.UU. 28 maggio 1997, n. 4, al regime introdotto dalla L. 21 febbraio 2006 n. 49.

**La attualità e l'applicabilità dei principi contenuti nella sentenza
SS.UU. 28 maggio 1997, n. 4, al regime introdotto dalla L. 21 febbraio 2006 n. 49.**

Le motivazioni della sentenza pronunciata, dalle SSUU della Corte di Cassazione, lo scorso 31 gennaio 2013, n. 2, rv 25401/13 (r.g. 3737/12), con la quale è stato finalmente risolto l'annoso dilemma, concernente la punibilità o meno del cd. *uso di gruppo di sostanze stupefacenti*, confermano la posizione e gli argomenti più volte sostenuti negli interventi di chi scrive, proposti a commento delle varie decisioni di legittimità che si sono susseguite in tema, dopo la novella del 2006¹.

L'uso di gruppo – anzi *l'acquisto di gruppo*, come opportunamente si precisa a pg. 4 – nelle sue due consuete forme non risulta (semmai lo fosse stato) suscettibile di rilevanza penale.

I capisaldi del ragionamento, sviluppato dal Supremo Collegio, attraverso un provvedimento che ricostruisce, per mezzo di un'analisi sia storica, che ermeneutica, l'iter normativo e giurisprudenziale di quella che viene definita – in sentenza - una specie del più ampio genere riconducibile alla categoria dell'uso personale, possono venire sintetizzati in alcuni specifici punti, vale a dire

1. la attualità e l'applicabilità dei principi contenuti nella sentenza delle SS.UU. 28 maggio 1997, n. 4, (rv 208216) Iacolare, al regime introdotto dalla L. 21 febbraio 2006 n. 49;

2. la tassatività delle condotte tipiche che configurano l'acquisto (od uso) di gruppo;

3. il valore reale ed effettivo che le modifiche semantiche, introdotte con la L. 49/2006, in relazione alla condotta di detenzione, assumono in relazione all'acquisto (od uso) di gruppo;

4. le ulteriori ragioni di preferenza per la tesi della non punibilità penale della condotta detentiva collettiva.

1.

**La attualità e l'applicabilità dei principi contenuti nella sentenza
SS.UU. 28 maggio 1997, n. 4, (rv 208216) Iacolare,**

1 V. ex plurimis, tutti su www.altalex.com

• Droga: acquisto di gruppo sanzionabile solo in presenza di precisi parametri.

Commento a Cassazione penale , sez. IV, sentenza 29.01.2013 n° 4560

• Stupefacenti: uso di gruppo punibile

Cassazione penale , sez. IV, sentenza 16.02.2012 n° 6374

al regime introdotto dalla L. 21 febbraio 2006 n. 49.

Punto di partenza della riflessione dei giudici di legittimità è dato dal ribadito riconoscimento del fondamentale impatto che la sentenza SS.UU. n. 4/1997 ha prodotto sulla disciplina dell'uso di gruppo di sostanze stupefacenti.

Per vero, come, già anticipato, le SS.UU. con la sentenza in commento, pregiudizialmente a qualsiasi altra considerazione, colgono un profilo estremamente importante, che chi scrive si permette ricordare di avere più volte sottolineato nei propri commenti².

Non pare, infatti, rilevante, ai fini che ci occupano, tanto il momento dell'effettivo consumo delle sostanze stupefacenti, quanto piuttosto *"quello iniziale dell'acquisto oltre a quello successivo della detenzione"*.

L'utilizzo della locuzione *"uso di gruppo"* viene, così, definita dalla Suprema Corte, operazione *"fuorviante"*, soprattutto, perché essa finisce per incentrare la propria attenzione sul momento del consumo, il quale appare un *postfactum* ininfluente e privo di decisività.

La precisazione appare, pertanto, assolutamente concludente, perché si palesa come direttamente consequenziale all'individuazione della condotta che realmente rileva nel caso di specie.

Risolta e modificata, quindi, nei termini sopra indicati (*"acquisto di gruppo"*) la perifrasi destinata ad identificare l'occasione fattuale da giudicare sul piano della presunta illecità, la Corte richiama la assoluta attualità del contenuto della sentenza 28 maggio 1997 n. 4.

Essa ebbe, infatti, ad affermare all'epoca il principio che *"...non sono punibili - e rientrano pertanto nella sfera dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 - l'acquisto e la detenzione di sostanze stupefacenti destinate all'uso personale che avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse anche di soggetti diversi dall'agente, quando è certa fin dall'inizio l'identità dei medesimi nonché manifesta la loro volontà di procurarsi le sostanze destinate al proprio consumo"*.

Tale giudizio risulta ancor'oggi del tutto condivisibile.

Una corretta esegesi delle modifiche introdotte agli artt. 73 e 75 dpr 309/90 dalla L. 49/2006, (come si vedrà specificamente *infra*), porta, infatti, ad escludere in maniera tassativa, che il quadro legislativo precedente abbia subito sostanziali modifiche, si da potere giustificare una visione giurisprudenziale improntata a criteri di discontinuità rispetto al cd. *diritto vivente* (più volte evocato in sentenza).

La sentenza Iacolare, inoltre, si è fatta apprezzare nel tempo, perché ha confermato, quell'orientamento esplicitato dalle sent. 360 del 1995 e 296 del 1996, rese dalla Corte Costituzionale, con le quali il giudice delle leggi aveva sottolineato come fosse *"stata isolata la posizione del tossicodipendente e del tossicofilo, rispetto ai vari protagonisti del mercato degli stupefacenti, rendendo tale soggetto destinatario unicamente di sanzioni amministrative..."*, ampliandone lo spettro di

2 • Stupefacenti: sulla punibilità dell'uso di gruppo decideranno le Sezioni Unite.

Commento a Cassazione penale , sez. IV, ordinanza 08.11.2012 n° 43464, in www.altalex.com

applicazione a situazioni di pluralità di soggetti.

La stabilità e la continuità sostanziale della trama normativa del dpr 309/90, nonostante la novella del 2006, la quale, come si vedrà, appare – ad avviso della Corte - del tutto priva di un carattere di qualsivoglia innovazione in tema di condotte detentive, permette, quindi, di affermare che la decisione in commento si pone come congruenza logico-giuridica dell'antecedente richiamato.

L'apparente immutazione del regime legislativo, concernente la detenzione ad uso personale, in realtà, disvela l'assenza di qualsiasi minimo mutamento della norma, sì che nessun elemento ostativo alla non punibilità dell'acquisto di gruppo, può definirsi introdotto dalla legge di conversione del DL 272/2005, la l. 49/2006.

2.

La tassatività delle condotte tipiche che configurano l'acquisto (od uso) di gruppo.

Altro elemento di continuità e di fusione tra il regime *ante* e quello *post* riforma del 2006, è rinvenibile nella costanza e nella uniformità dei parametri, presi a base, onde potere ritenere configurabile l'acquisto di gruppo.

La sentenza in commento riconduce l'orizzonte di applicazione dell'esimente a due principali e distinte situazioni (l'una che ricorre dove vi sia un acquisto materiale congiunto da parte di più persone ed un'altra che si concreta dove si verifica il rapporto fra mandante/i e mandatario delegato all'acquisto ed alla *traditio* dello stupefacente).

Si può serenamente sostenere che i caratteri tipici e tassativi delle due ipotesi rimangono inalterati, anche dopo l'intervento normativo del 2006, perchè essi si continuano ad esplicitarsi :

1. *nella comunione adesiva, preliminare ed incondizionata delle parti ad un progetto di acquisto per uso proprio di ciascuno dei sodali (che, in ipotesi di delegazione ad un membro del gruppo deve coinvolgere anche quest'ultimo quale figura di mandatario deputato alla ricezione materiale dello stupefacente);*

2. *nella esatta identificazione ab origine di tutti coloro che compongono il gruppo delegante od il gruppo che opera l'acquisto congiunto;*

3. *nella comprovata originaria comune volontà di procurarsi lo stupefacente, destinata ad un uso personale di ciascuno dei sodali;*

4. *nella circostanza che non si verifichino passaggi intermedi che possano interessare lo stupefacente acquistato, si dà configurare forme di cessione da terzi od a terzi estranei all'accordo.*

La sentenza pronunciata dalle SSUU, puntigliosamente e reiteratamente, si sofferma su questo passaggio cruciale, ponendo l'accento in modo sistematico sul concetto di *omogeneità teleologica*, che intercorre tra l'acquisto della sostanza stupefacente e la sua successiva detenzione, nell'ipotesi di presenza della figura di uno più mandanti ed un mandatario.

Questa condizione soggettiva, ove dimostrata, permette di affermare la

sussistenza di una codetenzione originaria dello stupefacente, acquistato dal mandatario, tra *"tutti i membri del gruppo esclusivamente per il loro rispettivo uso personale"*.

L' *omogeneità teleologica* delle condotte intercorrenti fra mandanti e mandatario diviene, a parere della corte di Cassazione, l'unico elemento assolutamente decisivo al fine della ravvisabilità della scriminante dell'acquisto di gruppo.

Altrettanto importante, poi, appare il richiamo al denominatore comune (che attiene sia all'ipotesi di mandato ad acquistare, sia a quella di acquisto congiunto) della codetenzione³, intesa *"...quale antecedente immediato rispetto al consumo da parte dei componenti del gruppo"*.

Sul piano strutturale, dunque, le fattispecie fattuali sussumibili nell'istituto in disamina rimangono del tutto inalterate, atteso che l'acquisto di stupefacente (sia effettuato individualmente, che collettivamente) continua a costituire *"comportamento immediatamente precedente e strumentale all'assunzione"* successiva.

La analoga finalizzazione al consumo proprio, che si rinviene nelle due citate condotte di acquisto, deriva, pertanto, ad avviso dei giudici di legittimità, la propria liceità, dall'esclusione di qualsiasi possibilità di incentivazione del mercato degli stupefacenti.

Neppure sul piano processuale nulla è innovato, posto che permane a carico dell'accusa dimostrare una destinazione della sostanza acquistata in favore di terzi estranei al gruppo committente.

3.

Il valore reale ed effettivo che le modifiche semantiche, introdotte con la L. 49/2006, in relazione alla condotta di detenzione, assumono in relazione all'acquisto (od uso) di gruppo.

La Corte, indi, si sofferma sull'esame delle modifiche apportate dalla L. 49/2006 al dpr 309/90, ed in special modo delle nuova struttura dell'art. 73 e dell'art. 75.

Le due norme si sviluppano, infatti, su binari paralleli, posto che l'art. 75 prevede, in forma meramente suppletiva, una serie di sanzioni amministrative, che possono venire applicate solo a carico di chi detenga stupefacente al di fuori della previsione dell'art. 73 comma 1 bis, che governa l'uso personale.

Va osservato, preliminarmente, come l'art. 4 bis della L. 49/2006, inserendo nell'art. 73, il comma 1 bis, introduce una causa giustificazione, (*"l'uso esclusivamente personale"*) la quale, però, a causa di una bizzarra stravaganza semantica del legislatore, viene desunta solo attraverso l'esplicitazione di un

3 Unica differenza fra le due forme casistiche, si rinviene nella astratta possibilità di evocare gli istituti regolati dagli artt. 1388 e 1706 c.c., in relazione agli effetti di acquisto e disponibilità che l'atto del mandatario produce in capo ai mandanti

sintagma doppiamente negativo, attesa l'impostazione della norma in questione.⁴

L'argomento che, però, ha maggiormente impegnato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, è stato quello relativo all'adozione dell'avverbio *"esclusivamente"*, in affiancamento della preesistente perifrasi *"uso personale"*.

Due correnti di pensiero si sono affrontate, negli anni, assai feroemente per risolvere plausibilmente il profilo interpretativo, asseritamente controverso.

Da un lato, si segnalano, infatti, coloro che hanno ritenuto che la nuova locuzione *uso esclusivamente personale*" orientasse, in senso sensibilmente restrittivo, qualsiasi valutazione giudiziaria riguardante la condotta detentiva, si che l'acquisto (od uso) di gruppo sarebbe venuto a ricadere in una ambito di sanzionabilità penale, proprio in virtù della precisazione filologica che il nuovo avverbio introduce, (circoscrivendo, così, l'operatività dell'esimente) – Cfr. *ex plurimis sent. Sez. 2 6 maggio 2009 n. 23574 Mazzuca -*.

L'avverbio *"esclusivamente"* avrebbe connotato con forza innovativa il concetto di uso personale, elevando lo stesso a quel livello *di uso individuale*, che avrebbe precluso, nelle intenzioni di questi interpreti, ogni forma di estensione a fattispecie comunitarie dell'efficacia della esimente in parola.

L'acquisto di gruppo sarebbe, così, stato sempre e comunque un reato.

All'interno di questa corrente di pensiero, si è distinta su posizioni ancora più estreme anche la pronunzia della Sez. 3, 20 aprile 2011, rv . 251228, Garofalo⁵.

Questa sentenza, addirittura, riconnette all'uso della parola *"esclusivamente"*, *".....una ratio legis diretta alla repressione con maggiore severità degli illeciti connessi alla spaccio ed all'uso di stupefacenti"*.

In concreto, veniva paventata l'ipotesi che la L. 49/2006, con la previsione del nuovo comma 1 bis, avesse provocato una rimodulazione dell'art. 73, il quale avrebbe costituito, pertanto, norma del tutto inedita.

Per mezzo della nuova formulazione legislativa si sarebbe verificato, quindi, una concreta riduzione dei casi di detenzione non punibile ed in questo senso, dunque, lo stesso acquisto/uso di gruppo, avrebbe riassunto un carattere illecito.

Solo la detenzione per un fine individuale del soggetto assuntore avrebbe eluso, quindi, qualsiasi forma di sanzione penale, venendo ricondotta a limiti di illecito amministrativo.

Dall'altro, si rinviene l'indirizzo opposto.

Esso propugna la persistenza e la continuità storica dei principi della sentenza Iacolare.

4 Con le medesime pene di cui al comma 1 e' punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene:

a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale.

5 In www.leggiditalia.it

Si esclude, infatti, recisamente che l'avverbio *"esclusivamente"* costituisca esempio di una modificazione e di una innovazione sostanziale del significato ricavabile dalla originaria locuzione *"uso personale"* - Cfr. sent. Sez. 6 26 gennaio 2011 n. 8366 D'Agostino -.

L'avverbio *"esclusivamente"* costituirebbe, pertanto, ad avviso dei sostenitori di questa tesi – che è risultata prevalente - null'altro che *"un'aggiunta ridondante, superflua e pleonastica"*.

L'espressione in questione, dunque, abbinata nel comma 1 bis dell'art. 73, alla già vigente proposizione *"uso personale"*, risulta, quindi, assolutamente inidonea a rendere punibile l'acquisto e l'uso di gruppo.

Le SSUU, manifestando, con decisione, la propria adesione e la propria preferenza a quest'ultimo indirizzo ermeneutico, sottolineano, pertanto, l'inconsistenza dell'opposta tesi, soprattutto, nel momento in cui essa avrebbe preteso di fare coincidere il significato di *"uso esclusivamente personale"*, con *"uso individuale"*.

Evidenziano, inoltre, i giudici supremi – pg. 21 della sentenza – che non si può rilevare alcuna differenza concreta fra *"uso esclusivamente personale"* ed *"uso personale"*, posto che l'adozione nella trama legislativa dell'avverbio richiamato non costituisce, infatti, opzione sufficiente a provocare *"un allargamento dell'area delle condotte penalmente rilevanti con la previsione di una nuova ipotesi di reato"*.

L'area coperta dalla scriminante della detenzione a fini di consumo personale, dunque, nonostante il *maquillage* semantico operato nel 2006, non subisce, nella sostanza, modificazioni o restrizioni di sorta rispetto allo *status quo ante*.

L'interpretazione autentica del concetto di *uso esclusivamente personale*, deve essere, dunque, rinvenuta - ad avviso delle SS.UU. della Corte di Cassazione, che riprende esemplificativamente alcune pronunzie sezionali⁶ - nella circostanza che il consumo personale (differenti da quello individuale) esclude *a priori*, sul piano giuridico ed ontologico, una destinazione allo spaccio della sostanza drogante.

La *omogeneità teleologica* delle condotte di acquisto e dei fini di consumo personale perseguiti dai membri del gruppo – che costituisce carattere fondamentale dell'acquisto di gruppo – non subisce, quindi, alcun tipo alterazione *in pejus*.

Ne deriva, altresì, la ulteriore considerazione che anche il nuovo testo dell'art. 75 (che continua a governare le sanzioni amministrative) non introduce affatto elementi di rottura con il passato o di novità tali da suffragare la tesi restrittiva, respinta dalla SS.UU..

Il presunto equivoco semantico concernente l'infelice quanto inutile avverbio – tanto strumentalmente utilizzato dai fautori della punibilità dell'acquisto di gruppo - è, pertanto, ormai superato.

⁶ Cfr. *ex plurimis* Sez. 6 27 febbraio 2012, n. 17396, Bove e 12 gennaio 2012 n. 3513 Santini

4.

Le ulteriori ragioni di preferenza per la tesi della non punibilità penale della condotta detentiva collettiva

A complemento delle argomentazioni sin qui addotte, le SS.UU. offrono anche altre tranquillizzanti e sicure conferme.

In primo luogo, viene negata minima validità alla tesi che il mandato collettivo all'acquisto sarebbe nullo in radice per illecità della causa e che quindi si verterebbe in un caso conclamato di cessione a terzi.

Appare, invece, circostanza evidente, che il richiamo al combinato disposto dagli artt. 1388 e 1706 c.c. costituisce espressione puramente esemplificativa e non – certamente – individuazione della normativa di riferimento del caso concreto.

D'altronde, non è revocabile in dubbio la circostanza che l'elemento psicologico, che anima i soggetti mandanti ed il soggetto mandatario, non può essere indirizzato ad una attività di spaccio verso terzi, quanto piuttosto deve essere diretto all'acquisizione per fini di uso proprio della sostanza.

In secondo luogo, viene giudicata inconsistente l'osservazione (contenuta nella citata sentenza Garofalo della sezione 2) che addebita all'orientamento garantista una applicazione distorsiva e travisante i principi del concorso di persone nel reato.

Non solo si tratta di una tesi già superata con la precedente ricordata sentenza delle SS.UU. del 1997, ma vi è da osservare che essa non tiene conto del fatto che, a tutto volere concedere, se il mandatario fosse un *extraneus* rispetto ai consumatori, il reato si connoterebbe per la sua natura monosoggettiva (e non plurisoggettiva come il concorso), perché i mandanti diverrebbero acquirenti di un fornitore.

Va detto, poi, che anche la teoria, secondo la quale la ipotesi di un mandato all'acquisto realizzerebbe la diffusione a terzi di stupefacenti, viene considerata come del tutto infondata, anche perché essa non tiene conto che lo scopo dell'acquisto si pone, invece, esattamente all'opposto, perché rimane circoscritto in un ambito privatistico dei soggetti assuntori.

In terzo luogo, non sfuggono a serrate critiche quei lavori parlamentari, che la fazione, che propugnava l'impostazione restrittiva, ha richiamato come sintomatici di una volontà di maggiore repressione dei fenomeni criminosi connessi agli stupefacenti e, quindi, di un'intenzione di circoscrivere le ipotesi di detenzione non punibile a casi puramente individuali, escludendo da tale novero l'acquisto di gruppo.

Felicemente i giudici di legittimità sottolineano la inusuale (e sospetta) rapidità dell'arco temporale in cui si sono succedute le sedute parlamentari, nelle due Camere.

Questo *modus procedendi* ha impedito lo svolgimento del naturale dibattito, che avrebbe dovuto, in riferimento ad un argomento di siffatta delicatezza, essere assai approfondito, che, invece, si è risolto in una vera e propria corsa contro il tempo, culminata con la richiesta di voto di fiducia, posta dal Governo dell'epoca,

sulla legge di conversione.

Né, poi, pare significativa l'evocazione di isolati e generici interventi di parlamentari della maggioranza di allora (tra i quali l'on. Giovanardi), che hanno sostenuto la necessità di un inasprimento del regime sanzionatorio.

Questa asserita e pubblicizzata volontà di aggravare il trattamento punitivo appare, invece, palesemente contraddetta (secondo la felice intuizione espressa in sentenza dalla Corte), dalla decisione di modificare la cornice edittale delle pene che, pur nell'opinabile equiparazione fra tutte le sostanze, ha visto un sensibile abbassamento del minimo (da 8 anni a 6 anni).

Il recente intervento delle SS.UU., dunque, al di là del giudizio di piena condivisibilità della soluzione che è stata adottata nel caso di specie, appare, inoltre, immune, sul piano strettamente contenutistico e su quello squisitamente motivazionale, da contraddizioni ed incoerenze.

Per vero, forse, la analitica e densa ricostruzione storico-giuridica dei passaggi interpretativo-giurisprudenziali avrebbe potuto essere operata con una maggiore sintesi.

Soprattutto, una maggiore sintesi avrebbe potuto giovare in relazione al tema dell'assoluta ininfluenza (e pleonasticità) dell'avverbio *"esclusivamente"* nell'economia della perifrasi *"uso esclusivamente personale"* introdotta con l'adozione del comma 1 bis dell'art. 73 previsto dall'art. 4 della L. 49/2006.

Nonostante queste considerazioni si ribadisce l'adesione piena alle conclusioni raggiunte dal Supremo collegio.

Va detto, però, che sono stati necessari ben 7 anni per trovare una matrice unica di carattere esegetico.

E' questo, purtroppo, un arco di tempo intollerabilmente ed inaccettabilmente troppo lungo, nel quale si sono succedute decisioni di segno contrario e dove il destino processuale degli imputati è stato legato solamente all'attribuzione del giudizio ad una Sezione piuttosto che ad un'altra.

Con buona pace della certezza del diritto.

Rimini, lì 13 giugno 2013

Carlo Alberto Zaina