

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Anno LIV Fasc. 3 - 2011

Giuseppe Amarelli

**L'USO DI GRUPPO TRA MODIFICHE
NORMATIVE E *OVERRULING***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

L'USO DI GRUPPO TRA MODIFICHE NORMATIVE E OVERRULING

SOMMARIO: 1. La tribolata vicenda del consumo di gruppo. — 2. La tesi prevalente dopo la riforma del 2006: la codetenzione è penalmente rilevante. — 3. Il recente *revirement* della Suprema Corte: l'uso di gruppo nei casi di mandato ad acquistare configura il mero illecito amministrativo *ex art. 75 d.P.R. n. 309/1990*. — 3.1. Gli argomenti a sostegno di questa tesi: la non univocità della locuzione 'uso non esclusivamente personale'. — 3.2. L'eccessiva indeterminatezza dell'art. 73, comma 1 *bis* lett. a) d.P.R. n. 309/1990. — 3.3. L'inaffidabilità del canone ermeneutico storico. — 4. Le nuove, stringenti, condizioni di liceità della condotta codetentiva. — 4.1. Le ipotesi di consumo di gruppo ancora penalmente rilevanti. — 5. I possibili scenari aperti da questa pronuncia: a) La rimessione della questione alle Sezioni Unite. — 5.1. b) L'ignoranza inevitabile. — 5.2. c) L'amnistia. — 5.3. d) L'interpretazione convenzionalmente conforme. — 6. Osservazioni conclusive.

1. *La tribolata vicenda del consumo di gruppo*. — L'altalenante disciplina sanzionatoria delle sostanze stupefacenti presenta da sempre una *zona grigia* (1), dove i confini che segnano l'area della rilevanza penale appaiono sfumati e 'mobili': si tratta del fascio di situazioni riconducibili al c.d. *consumo di gruppo*, vale a dire a quelle ipotesi che si specificano nell'acquisto/uso in comune di stupefacente, ovvero nel relativo acquisto per conto di terzi.

Tante, troppe volte, nel corso degli ultimi anni, si è assistito a *disorientamenti interpretativi*, ove il fenomeno della codetenzione è stato sussunto ora nell'alveo di rilevanza penale delineato dall'art. 73 d.P.R.

(1) Per una ricognizione della controversa evoluzione della disciplina penale degli stupefacenti si rinvia per tutti ad A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, p. 4 ss.; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge 'stupefacente' in nome della sicurezza pubblica*, in questa *Rivista*, 2006, p. 234 ss.; G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2006, 25 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata (La disciplina penale italiana sulla droga)*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 395 ss.; F. PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, Padova, 1993, p. 35 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1996; E. FORTUNA, voce *Stupefacenti (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1188 ss.; nonché, sia consentito, al nostro *Le recenti prospettive di riforma della disciplina degli stupefacenti (D.d.l. C.d.m. 13 novembre 2003): profili di politica criminale*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 78 ss.

309/1990, ora nella sfera dell'illiceità amministrativa che trova titolo nel successivo art. 75 (2).

In particolare — limitando la ricognizione al periodo successivo alla emanazione del Testo unico degli stupefacenti —, *prima del referendum* abrogativo del 1993 cui si deve l'effetto di depenalizzazione della condotta di detenzione in precedenza reintrodotta con una svolta neo-proibizionista dalla legge Iervolino-Vassalli del 1990, l'indirizzo dominante riconduceva l'uso di gruppo al *concorso di persone* nel reato di detenzione per uso non personale (art. 73 d.P.R. 309/1990), valutandolo in relazione all'intero quantitativo acquistato da o per il gruppo (3).

All'indomani dell'*esito referendario*, emerse in giurisprudenza un *contrasto interpretativo* 'sincronico', 'orizzontale' e 'verticale' (4), poiché sia giudici di merito sia corti di legittimità, nel medesimo turno temporale, avevano promosso soluzioni difformi sul problema giuridico-penale della codetenzione di stupefacenti, da taluno qualificato ancora come un fatto avente rilevanza criminosa, da altri ritenuto mero illecito amministrativo (5).

La *querelle* sembrava definitivamente *risolta* da una pronuncia delle *Sezioni unite del 1997* che, aderendo all'orientamento meno rigoroso, aveva considerato privo di connotazione penale il consumo di gruppo — sia nella forma dell'acquisto congiunto sia in quella dell'acquisto 'per incarico' ovvero 'su mandato' — conseguentemente facendolo rifluire nell'esclusivo ambito dell'illecito amministrativo, contemplato dall'art. 75 d.P.R. n. 309/1990 (6).

Riflettendo sulle sentenze costituzionali nn. 360/1995 e 296/1996 e sulla '*cintura protettiva*' dai rischi penali che esse avevano costruito intorno

(2) Una ricostruzione dei diversi orientamenti interpretativi susseguitisi in materia di consumo di gruppo di stupefacenti è operata da A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, cit., p. 118 ss.; G. PIFFER, *Sub Art. 73 D.P.R. n. 309/1990*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, Milano, 2006, p. 5416 ss.

(3) In tal senso cfr. a titolo esemplificativo Cass., Sez. VI, 16 aprile 1991, CED 188411, in *Cass. pen.*, 1993, p. 190.

(4) Per una puntuale e completa analisi dei possibili contrasti giurisprudenziali che si possono creare nel diritto penale, nonostante la apparente vigenza del principio di stretta legalità formale, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2007.

(5) Sui disorientamenti della giurisprudenza dell'epoca cfr. G. MARINI, *Note sulla rilevanza dell'«uso personale» di sostanze stupefacenti o psicotrope e della detenzione finalizzata a quest'ultimo*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3551 ss.

(6) In tal senso cfr. S.U., 28 maggio 1997, n. 4, in *G. dir.*, 1997, n. 33, p. 62, con nota di G. AMATO; in *Foro it.*, 1997, 529, con nota di G. AMATO; in *Cass. pen.*, 1998, p. 399, con nota di D. POTETTI. Successivamente in modo conforme si erano pronunciate, tra le tante, Cass., Sez. IV, 11 maggio 2000, n. 12001; Cass., Sez. IV, 29 16 marzo 2001 n. 10745; Cass., Sez. VI, 3 giugno 2003, n. 28318; Cass., Sez. V, 4 luglio 2006 n. 31443.

alla figura del tossicodipendente/consumatore (7), la S.C. aveva statuito che le condotte di codetenzione si dovevano reputare *penalmente irrilevanti* in quanto l'acquisto di droga da parte di più assuntori (congiuntamente o su mandato) poteva essere parificato, *ab origine*, all'ipotesi di acquisto per uso personale da parte di ciascuno della sola parte di sostanza corrispondente alla somma anticipatamente versata. In tali casi, infatti, la condotta dell'agente paleserebbe un carattere di *omogeneità teleologica* con quella degli altri componenti del gruppo destinatari finali della cessione, che impedirebbe la sua equiparazione ad una cessione in favore di un terzo estraneo.

Unico *limite* alla qualificazione in termini di mero illecito amministrativo di tale condotta veniva individuato nella necessità di provare, nei casi di mandato ad acquistare, l'identità dei componenti del gruppo e la loro volontà di procurarsi la sostanza stupefacente per uso personale (8).

A partire da allora si venne formando un *orientamento giurisprudenziale conforme*, il cui impegno ermeneutico supplementare si esercitò nella specificazione dei requisiti di integrazione della fattispecie di natura amministrativa (9); ad esempio, considerandola perfezionata (con un evidente ampliamento della sua portata) anche nel caso di mandato ad acquistare tacito e/o non accompagnato dalla preventiva consegna del denaro necessario all'acquisto (10).

Tuttavia, la recente introduzione (avvenuta con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 — poi convertito in legge con la l. 21 febbraio 2006, n. 49) nel T.U. n. 309/90 dell'art. 73, comma 1-bis, lett. a) che incrimina la detenzione di sostanze stupefacenti che *appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale* ha offerto lo spunto per realizzare un nuovo ribaltamento interpretativo, inducendo, in ragione del suo discutibile tenore letterale, dottrina e giurisprudenza a ritenere superato l'univoco,

(7) Cfr. C. cost. n. 360/1995, in *Cass. pen.*, 1995, 2820 ss., con nota di G. AMATO; e C. cost. n. 296/1996 in *Cass. pen.*, 1997, 7 ss. In argomento cfr. G. PIFFER, Sub art. 73 D.P.R. n. 309/1990, cit., p. 5444 ss.

(8) M. VECCHI, *L'uso di gruppo di sostanze stupefacenti nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 769 ss.

(9) Ad analoghe conclusioni la Corte è pervenuta anche dopo la riforma del 2006 quando è stata chiamata a giudicare casi di consumo di gruppo commessi prima della entrata in vigore del nuovo art. 73, comma 1-bis, lett. a), D.P.R. n. 309/1990, come ad esempio Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 24432; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 3012; Cass., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 35682; e nella giurisprudenza di merito GIP Napoli, Sentenza 20/11/2009, n. 2703, in *Quot. giur.*, 7 gennaio 2010.

(10) In questi termini Cass. pen., 15 luglio 1999, n. 9075, in *Cass. pen.*, 2000, p. con nota di N. PISANI. *Contra*, più di recente, Cass., Sez. VI, n. 7939/2009, che ha invece richiesto una partecipazione di tutti alla predisposizione dei mezzi finanziari occorrenti per l'acquisto degli stupefacenti.

precedente orientamento ed a reputare, altresì, assorbita nell'orbita della nuova fattispecie incriminatrice la condotta del consumo di gruppo.

Sennonché, una *recentissima pronuncia della Suprema Corte*, con ulteriore e significativo *revirement*, ha ancora una volta incrinato le certezze ermeneutiche nel frattempo formatesi, approdando alla conclusione che “il consumo di gruppo di sostanze stupefacenti conseguente al mandato all'acquisto collettivo conferito ad uno degli assuntori e nella certezza originaria dell'identità degli altri non è punibile ai sensi dell'art. 73, comma 1 *bis*, lett. a), d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, anche dopo le modifiche apportate a tale disposizione dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49” (11).

A rendere questa volta ancor più complessa la questione della qualificazione giuridica della condotta di codetenzione di stupefacenti sta la circostanza che il mutamento interpretativo non rappresenta l'effetto più o meno riflesso di una modifica legislativa, bensì costituisce l'esito di un semplice cambiamento di prospettiva da cui la Suprema Corte lo ha considerato, recuperando per larghe parti la modulistica ermeneutica impiegata dalla pregressa giurisprudenza dominante per i fatti commessi prima della entrata in vigore del *novum* legislativo. Proprio questo aspetto, come vedremo, sarà foriero di conseguenze significative in un futuro più o meno immediato.

2. *La tesi prevalente dopo la riforma del 2006: la codetenzione è penalmente rilevante.* — Prima di passare all'analisi critica dell'arresto giurisprudenziale in esame, pare opportuno ricostruire le ragioni per le quali fino ad oggi giurisprudenza e dottrina prevalenti hanno considerato priva di pregio la tesi della riconducibilità del consumo di gruppo al piano di una illiceità solo amministrativa (12).

(11) Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366. Per un primo commento 'a caldo' cfr. G. DE NORA, *Droga per uso di gruppo: il “mandato ad acquistare” esclude la rilevanza penale*, in *D&G*, 12 marzo 2011; C.A. ZAINA, *Stupefacenti, uso di gruppo: disattesa la tesi colpevolista*, in www.altalex.it; A.C. TOMBESI, *Non punibilità dell'uso collettivo di sostanze stupefacenti: si profila un contrasto nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it.

(12) In dottrina erano pervenuti alla conclusione della rilevanza penale dell'uso di gruppo dopo la riforma del 2006 V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, “uso di gruppo”, fatto di lieve entità, recidiva*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3037; C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 241; G. AMATO, *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, in *G. dir.*, n. 12, 2006, p. 79; Id., *Stupefacenti*, cit., p. 73 ss.; G. PIFFER, *Sub art. 73*, cit., p. 5416. Di contrario avviso era S. ZANCANI, *La riforma dei delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti*, in *AA.VV., Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di S. Riondato, Padova, 2006, p. 31 ss., il quale aveva osservato che, in realtà, “l'uso della forma indeterminativa ‘un uso esclusivamente personale’ (...) pare consentire inquadramenti

In primo luogo, questo orientamento si fondava sulla scelta del legislatore del 2006 di introdurre una *figura criminis* che, per contenuto e caratteristiche strutturali, consentisse di rimuovere le ragioni dell'incertezza che ciclicamente ha imbrigliato l'argomento.

In quest'ottica, si riteneva che il nuovo reato di cui all'art. 73, comma 1-bis (in forza del quale "è punito con le medesime pene di cui al comma 1 chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'art. 17 comunque, illecitamente detiene sostanze stupefacenti o psicotrope, che per quantità, 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") attraverso l'inserimento dell'avverbio "*esclusivamente*" avesse chiuso le porte a qualsiasi possibilità di scriminare la codetenzione di stupefacenti.

Ed invero, nelle prime decisioni giurisprudenziali e nei primi commenti della dottrina, questo termine assumeva "un significato particolarmente pregnante proprio sotto il profilo semantico", osservandosi che "una cosa è l'uso personale di droga, altra e ben diversa cosa è l'uso esclusivamente personale, frase che proprio in virtù dell'avverbio non può che condurre ad una interpretazione più restrittiva rispetto a quella che, sotto la previgente normativa, veniva data dal sintagma 'uso personale'.

In tale ottica è del tutto evidente che non [poteva] più farsi rientrare nell'uso esclusivamente personale la fattispecie del cd. uso di gruppo, comprensiva sia del caso in cui un gruppo di persone dà ad una di esse mandato di acquistare stupefacente, sia dell'ipotesi in cui l'intero gruppo proceda all'acquisto della droga, destinata ad essere consumata collettivamente" (13).

La condotta di chi detiene sostanze stupefacenti 'per conto' e 'nell'interesse' anche di altri soggetti appartenenti al gruppo appariva così come una condotta detentiva *sempre finalizzata ad un uso non esclusivamente personale* e, quindi, penalmente rilevante ai sensi del nuovo art. 73, comma 1 bis lett. a) (14).

Infine, a sostegno di questa tesi veniva addotto anche un *argomento di carattere storico-teleologico*. Al riguardo, si faceva rilevare che essa — considerando l'uso di gruppo come un comportamento che, lungi dal soddisfare un'esigenza strettamente personale dell'agente, è teso anzi a

nell'area di rilevanza meramente amministrativa delle condotte finalizzate all'uso esclusivamente personale (anche) di persone diverse dal reo".

(13) Così testualmente una decisione della stessa Sezione VI di pochi giorni precedente a quella in esame relativa ad entrambi i casi di uso di gruppo, l'acquisto congiunto e l'acquisto su mandato: Cass. Sez. VI, 13 gennaio 2011, n. 7971, in *D&G*, 2011. Ad analoghe conclusioni era pervenuta nella giurisprudenza di merito il Tribunale di La Spezia, 29 marzo 2010, n. 335. In senso conforme cfr. Cass., sez. VI, 5 giugno 2009, n. 23574.

(14) In tal senso cfr. G. Piffer, *Sub Art. 73 d.P.R. n. 309/1990*, cit., p. 5416 ss.

facilitare il consumo e la diffusione della droga di terzi — fosse l'unica coerente con l'impostazione di rigore che innervava l'intervento normativo del 2006 e, segnatamente, con la chiara volontà legislativa di contrastare e reprimere in modo più severo ogni attività connessa al traffico di stupefacenti (15).

3. *Il recente revirement della Suprema Corte: l'uso di gruppo nei casi di mandato ad acquistare configura il mero illecito amministrativo ex art. 75 d.P.R. n. 309/1990.* — Su queste acquisizioni sufficientemente consolidate (si trattava pur sempre di commenti 'a caldo' e di primissime applicazioni giurisprudenziali, vale a dire di una fase del processo di evoluzione ermeneutica in cui, non essendosi ancora verificato un esito di 'oggettivazione' della portata semantica dell'enunciato normativo, l'interpretazione appare ancora condizionata dalla *intentio* del legislatore storico) si inserisce la recente sentenza della Cassazione che approda all'opposta conclusione, sulla base di una motivazione complessa ed articolata. Essa, infatti, non si limita — come spesso accade — ad esporre gli argomenti a supporto della nuova soluzione, ma cerca preliminarmente di decostruire quelli utilizzati dalla giurisprudenza prevalente, così come sarebbe buona consuetudine fare in casi di *overruling* di precedenti giurisprudenziali anche in sistemi legicentrici dove, diversamente dagli ordinamenti di *common law*, non sembrerebbero esistere spazi (e quindi relative regole) per un *judicial criminal law making* (16).

3.1. *Gli argomenti a sostegno di questa tesi: la non univocità della locuzione 'uso non esclusivamente personale'.* — Da una attenta lettura della pronuncia in esame emerge, in primo luogo, che la S. C. *considera infondato il primo degli assunti* articolati dall'orientamento prevalente, secondo cui l'uso di gruppo presuppone un acquisto che, per quantità e modalità di presentazione, appaia immancabilmente destinato ad un uso non esclusivamente personale e, dunque, risulti sussumibile nel delitto scolpito dal nuovo art. 73, comma 1-bis, lett. a).

Viene rilevato, in proposito, che l'argomento letterale, costituito dall'avverbio modale "*esclusivamente*", affiancato alla nozione di "uso personale" già presente nella normativa precedente, non osta ad una diversa valutazione giuridica dell'uso di gruppo ed alla sua qualificazione come mero illecito amministrativo.

In prima battuta, si osserva che il significato del termine "*esclusivamente*" *non è univoco*, potendo essere inteso sia in un'*accezione rafforza-*

(15) Cass. Sez. VI, 5 giugno 2009, n. 23574.

(16) Sul punto cfr. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p. 195 ss.

tiva e restrittiva della nozione di consumo personale accolta sinora dalla giurisprudenza (con conseguente destinazione a produrre effetti *contra reum*), sia in una opposta *accezione* di segno *pleonastico*, che, svuotandone la portata selettiva fino a ricomprendervi anche la codetenzione, opera a favore del reo (17).

Sotto altro profilo, si può poi rilevare che lo stesso avverbio può anche essere letto in connessione alla *struttura ellittica ed oggettiva* del sintagma in cui è inserito (avuto riguardo al fatto che, nell'art. 73, comma 1-bis, esso non connota *soggettivamente* l'uso da parte del detentore, bensì *oggettivamente* la condotta detentiva), col risultato di ritenere che possano esistere casi di detenzione per uso non esclusivamente personale sia individuale, sia “(anche) di persone diverse” (18).

In quest'ottica, ci si chiede retoricamente perché l'avverbio non possa essere riferito anche ad ipotesi in cui la droga detenuta da una singola persona (valutata alla stregua degli indici probatori tipizzati: quantità, modalità di confezionamento ecc. (19)) sia destinata ad un uso ‘esclusivamente personale in comune’, da parte di tutti i componenti del gruppo nel cui interesse sia stata acquistata.

Argomenta, inoltre, la Corte regolatrice come non vada trascurato il fatto che la locuzione “uso non esclusivamente personale” potrebbe anche essere interpretata *a contrario* come ‘detenzione destinata allo spaccio’, dal momento che se il legislatore avesse realmente voluto incriminare, oltre alle condotte (vere o presunte) di spaccio, la detenzione al di là di certi quantitativi, avrebbe dovuto prevedere sbarramenti rigidi, in guisa di elementi costitutivi del tipo, e non limitarsi ad indicare la *soglia quantitativa* quale *mero indice probatorio*, peraltro con efficacia solo indiziarla (20).

(17) Questa lettura è sostenuta proprio dalla recente sentenza della Suprema Corte 2 marzo 2011, n. 8366 cit.

(18) Così Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366 cit.

(19) Di recente sulla natura di questi indici probatori contenuti nell'art. 73, comma 1 bis si è pronunciata la Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 21 maggio 2008, n. 22643, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1664 ss., con nota di G. AMATO, *La “costituzionalità” della parificazione delle sostanze stupefacenti e gli effetti sull'apprezzamento del fatto di “lieve entità”*; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2008, *ivi*, 2008, p. 4297 ss., con nota di G. AMATO, *Puntualizzazioni della Cassazione sulla prova della destinazione illecita della droga*) ribadendo che essi non sono elementi costitutivi della suddetta fattispecie, bensì meri “elementi sintomatici”, che rilevano come criteri di valutazione ai fini della prova della detenzione per uso non esclusivamente personale.

(20) Sul punto cfr. G. PIFFER, *Sub art. 73*, cit., p. 5412 ss. che osserva come, in forza di questa scelta legislativa di attribuire alla soglia quantitativa la funzione di indice di prova anziché di elemento costitutivo, non sussistono linee precise e predefinite che tracciano nettamente il confine tra il penalmente e l'amministrativamente rilevante della condotta di detenzione e, quindi, possono ritenersi ancora validi i ragionamenti fatti sul punto dalla

Alle ‘buone ragioni’ della Corte, si potrebbe aggiungere che il sintagma “uso non esclusivamente personale” *non è concettualmente incompatibile* con il consumo di gruppo, nella forma specifica del mandato ad acquistare, dal momento che la legge non limita quella caratteristica denotativa della condotta detentiva all’autore singolo.

Consegue che la locuzione in esame può legittimamente essere riferita all’uso *collettivo che risulti esclusivamente personale*.

A corroborare questa diversa lettura sovviene pure il tenore letterale dell’art. 73, comma 1 *bis* lett. a) ed il suo raffronto con il comma precedente: da tale *interpretazione sistematica* si ricava che esso non incrimina presuntivamente (come fa, in maniera discutibile ma incontrovertibile, il comma precedente per altre condotte sintomatiche della destinazione allo spaccio (21)) la detenzione di sostanza stupefacente eccedente una precisa soglia quantitativa, ma si limita a perseguire la condotta di detenzione che per quantità, ed altri fattori espressamente indicati dalla legge, ‘*appaia destinata*’ ad un uso non esclusivamente personale. Ed allora, ben può presentare tale *apparenza oggettiva* un quantitativo di droga detenuto da un singolo individuo, ma evidentemente proiettato ad essere suddiviso con altri soggetti nel cui nome e per conto è stato in precedenza acquistato.

Una diversa soluzione si porrebbe in contrasto con una lettura teleologicamente orientata della fattispecie incriminatrice, in quanto pregiudicherebbe le finalità di prevenzione integratrice della pena (22).

L’irrogazione della sanzione penale, nei casi in questione, risulterebbe, infatti, inidonea ad esplicare sia una funzione risocializzante nei confronti dei condannati, sia compiti di orientamento culturale verso i consociati, dal momento che entrambe le categorie di soggetti la percepirebbero come

giurisprudenza ante-riforma del 2006 che portavano a considerare come detenzione lecita anche quella diretta ad un accumulo della sostanza.

(21) Questa scelta presuntiva ha obbligato, infatti, la giurisprudenza di legittimità a mutare orientamento sull’altra controversa questione della coltivazione domestica di sostanze stupefacenti, portando le Sezioni unite con la sent. 24 aprile 2008, n. 28605, in *G. dir.*, 2008, n. 31, p. 94, con nota di G. AMATO; nonché in *Foro it.*, 2008, II, p. 620; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1521, con nota di S. GRILLO, a ritenerla sempre penalmente rilevante, anche quando sia realizzata per la destinazione ad uso personale, a causa della sua natura di reato di pericolo presunto. In argomento si veda A. GENTILE, *Coltivazione di stupefacenti e principio di offensività: una lettura obbligata delle disposizioni dettate dal d.P.R. 309/90*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1535 ss. Si deve tuttavia rilevare che proprio da ultimo la Suprema Corte, in Cass., Sez. IV, 28 giugno 2011, n. 25674, in *Dir. & Giust.*, 29 giugno 2011, facendo leva sul principio di offensività, ha ritagliato delle ipotesi non punibili di coltivazione domestica.

(22) Per una approfondita disamina della costruzione sistematica del reato teleologicamente orientata agli scopi della pena concepita come integrazione sociale cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

ingiusta, in ragione della irragionevole parificazione di fatto che essa determinerebbe tra consumatori e spacciatori.

3.2. *L'eccessiva indeterminatezza dell'art. 73, comma 1 bis lett. a) d.P.R. 309/1990.* — La Suprema Corte ha anche affermato con nettezza che la mera introduzione dell'avverbio *esclusivamente* — specie se correlata all'esito referendario — *non appare sufficiente* a riconsiderare un problema la cui opposta soluzione si fondava su una lettura ermeneutica apprezzabile in chiave di *ragionevolezza* e, dunque, di *giustizia*.

Auspicabile sarebbe che — considerata l'importanza (sociale, istituzionale e politico-giudiziaria) della questione — il legislatore confezionasse una *norma ad hoc* che, con la nettezza del linguaggio assertivo, chiarisse, senza lasciare dubbi residui, la rilevanza della codetenzione.

Del tutto evidente è, invero, che l'odierna costruzione sintattico-letterale dell'art. 73, comma 1-bis, lett. a), risulta in *contrasto con il principio costituzionale di precisione/tassatività* (23), a causa della sua scarsa capacità di costituire un vincolo effettivo e controllabile alla discrezionalità cognitivo/decisionale dei suoi destinatari e dei suoi interpreti.

In essa l'impiego di "sintagmi variamente interpretabili e con sequenze lineari (sostantivo-negazione-avverbio-aggettivo) in grado di produrre equivoci ed incertezze", non garantisce la formazione di interpretazioni omogenee e prevedibili; ciò dovrebbe comportare che, in un simile contesto, i casi di codetenzione debbano sottostare al canone decisorio dell'*in dubio pro reo* per scongiurare pericolosi *vulnera* alla funzione di *Magna Charta* dell'edificio penalistico ad orientamento costituzionale.

3.3. *L'inaffidabilità del canone ermeneutico storico.* — Ad avviso della Corte di Cassazione, anche il secondo argomento svolto dai sostenitori della tesi che nega autonomia concettuale e giuridica al fenomeno del consumo di gruppo, vale a dire quello che fa leva sulla *voluntas* della legge del 2006, risulta tutt'altro che decisivo.

Riteniamo l'osservazione, peraltro non appieno sviluppata, pertinente. In termini generali, difatti, sul terreno dell'interpretazione delle norme e di quelle penali in particolare, il canone ermeneutico storico — che cerca di

(23) In realtà la Suprema Corte nella sentenza in esame parla genericamente di principio di determinatezza, anche se sembra doversi parlare, più correttamente, di una violazione del principio di precisione, dal momento che la norma *de qua* non individua una situazione insuscettibile di essere provata nella realtà e nel processo, bensì descrive attraverso un lessico ed una costruzione sintattica poco felice un fatto penalmente rilevante in maniera poco chiara, non tracciando nettamente una linea di demarcazione tra ciò che vi può rientrare e ciò che non vi può rientrare. Sul punto, per una nitida distinzione tra il principio di precisione ed il principio di determinatezza cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 57 ss.

rinvenire il significato della legge nella volontà soggettiva del legislatore che l'ha redatta — non è di norma *determinante* per fare luce sui casi controversi (24). Nel caso di specie, addirittura, questo criterio appare privo di ogni utilità chiarificatrice, in quanto l'intenzione originaria del legislatore è tutt'altro che trasparente, specie ove riletta alla luce delle antitetiche disposizioni normative che sono da essa scaturite.

Com'è noto, la novella della disciplina penale degli stupefacenti è stata introdotta in maniera a dir poco discutibile nell'ambito del decreto legge n. 272 del 2005, adottato per consentire lo svolgimento delle olimpiadi invernali che, di lì ad un mese, si sarebbero disputate a Torino e, dati i ridottissimi termini di gestazione, è stata confezionata in termini a dir poco approssimativi (25).

Il dato che più di ogni altro testimonia quanto confusamente sia stata espressa la volontà del legislatore di inasprire la reazione punitiva verso ogni condotta legata al ciclo delle sostanze stupefacenti, superando le distinzioni tipologiche interne alle classi di sostanze droganti (pesanti e leggere) così come alle condotte di spaccio e consumo, è sicuramente rappresentato dalla improvvida, e francamente incomprensibile, *modifica delle preesistenti cornici edittali* previste, rispettivamente, per lo spaccio di droghe pesanti e di droghe leggere.

Mentre in passato nella prima eventualità era stabilita una pena edittale che variava da un minimo di otto ad un massimo di venti anni di reclusione e nella seconda una forbice sanzionatoria che andava da due a sei anni di reclusione, oggi è stata modellata una *cornice edittale unica* ed indifferenziata che spazia da un minimo edittale di sei anni ad un massimo di venti anni di reclusione. Ciò significa che, con buona pace del principio di ragionevolezza che imporrebbe di trattare diversamente situazioni dal contenuto offensivo distinto (scientificamente dimostrato essendo che le droghe pesanti sono più dannose per la salute di quelle leggere), il legislatore non solo ha equiparato due condotte sensibilmente disomogenee sul piano della dimensione lesiva del bene salute, ma, soprattutto, (contrariamente alla sua manifestata volontà) ha incredibilmente attenuato la risposta punitiva per quelle più gravi (lo spaccio di droghe pesanti) — dopo averla inasprita smodatamente per le meno gravi (lo spaccio di droghe leggere) — riducendo il minimo edittale da otto a sei anni (26)!

(24) Relativamente alla limitata rilevanza pratica del canone ermeneutico storico nella interpretazione delle disposizioni penali si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., 2010, p. 120.

(25) Cfr. C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 254 ss.

(26) Sulla scarsa ragionevolezza di questa opzione politico-criminale e sui dubbi circa la sua illegittimità costituzionale C. RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 254 ss.; in termini critici, sebbene meno radicali, V. MANES, *Il nuovo art. 75 del d.P.R. n. 309/1990: nodi*

È chiaro che se la volontà legislativa risulta contraddetta così macroscopicamente rispetto all'obiettivo principale che la riforma si prefiggeva, difficilmente essa potrà essere utilizzata come *argumentum* forte nell'ambito del circolo ermeneutico concernente la nuova disciplina.

4. *Le nuove, stringenti, condizioni di liceità della condotta codetentiva.* — Come accennato, nella pronuncia da cui ha preso le mosse il presente lavoro, i giudici di legittimità non si sono limitati ad affermare, assiomaticamente, l'irrelevanza penale di ogni forma di codetenzione e consumo di gruppo e la relativa riconducibilità all'area dell'illecito amministrativo, in tal modo cancellando tutte le novità che la riforma del 2006 ha introdotto, nella prospettiva di rigore da questa perseguita. Essi hanno anche varato un autentico *statuto di tipicità del consumo di gruppo* penalmente irrilevante, per un verso, riprendendo molti dei punti fermi elaborati dalla giurisprudenza a partire dalle Sezioni unite del 1997 e, per altro, fissando nuove linee di demarcazione tra le diverse *species* dell'uso di gruppo.

Ad avviso della Cassazione, l'uso di gruppo nei casi di acquisto su mandato (questo era il *petitum* specifico sottopostole) può considerarsi scriminato allorché si provi la *contemporanea sussistenza* di una *pluralità di requisiti eterogenei*.

In primis, un ben preciso *mandato preventivo* all'acquisto conferito volontariamente da tutti i membri proprio nella prospettiva futura del consumo in gruppo e, quindi, una *comune ed originaria finalità* che “unisce e dà forma alla partecipazione dei singoli (...). L'adesione preliminare a simile progetto comune esclude che colui (o coloro) che acquista, su incarico degli altri sodali, si ponga in una posizione di estraneità rispetto ai mandanti (...), come si verifica (in ambito civilistico) per colui che operi in nome e per conto altrui, ma rimanga estraneo agli effetti del negozio che egli ha concluso” (27).

In secondo luogo, la previa e certa individuazione della *identità dei componenti del gruppo* (28), nonché dell'*ora e del luogo del consumo* condiviso della sostanza acquistata dal mandatario (29) il quale dev'essere uno degli *assuntori* (30).

Infine, l'assenza di *passaggi intermedi* tra mandatario e mandanti

risolti e questioni ancora aperte, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4461 ss.; M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. *tutela penale dei sentimenti*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1582 ss.

(27) Così, testualmente *Cass.*, Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366, cit.

(28) *Cass.*, Sez. VI, 1 marzo 2007, n. 37078.

(29) *Cass.*, Sez. VI, 3 giugno 2003, n. 28318; in senso difforme, sempre sotto la disciplina previgente, cfr. *Cass.*, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 24432; *Cass.*, Sez. VI, 7 luglio 2008, n. 37989 che non reputavano indispensabile il successivo uso contestuale.

(30) In tal senso cfr. *Cass.*, Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 35682.

componenti il gruppo, tra i quali si richiede che avvenga una cessione diretta (31).

Solo a tali condizioni l'uso di gruppo di stupefacenti appartiene all'ambito della detenzione per uso esclusivamente personale disciplinata dall'art. 75 d.P.R. 309/1990.

L'omogeneità teleologica tra la condotta dell'agente e lo scopo perseguito dagli altri componenti del gruppo consente di affermare che il detentore-mandatario non sia 'altro' rispetto ai mandanti, con l'effetto che la sua successiva condotta di suddivisione dello stupefacente non integra una cessione gratuita ad estranei, in quanto tale penalmente rilevante (32).

Se l'acquisto su mandato ed il successivo consumo restano circoscritti all'interno del gruppo degli assuntori previamente definito, è *indifferente* che la sostanza sia materialmente *detenuta* da *uno solo* di essi ovvero da *tutti*, in quanto l'intero quantitativo è — fin dal *momento iniziale* dell'acquisto — già *idealmente divisibile* nelle quote corrispondenti al numero predeterminato dei partecipanti.

In simili ipotesi, l'acquirente svolge il ruolo di mero *esecutore materiale* di un piano comune concordato da un gruppo circoscritto e ben definito di soggetti di cui rappresenta una '*longa manus*'. Il successivo frazionamento della sostanza acquisisce i caratteri di *operazione materiale* di immissione in possesso di una *res* già di proprietà del singolo mandatario, senza generare alcun trasferimento di valore ed alcuna autonoma e distinta situazione giuridica.

È evidente che simili conclusioni della Corte poggino su una *lettura del mandato* ad acquistare stupefacenti consentanea alla disciplina generale del codice civile, avulsa dal fenomeno della causa illecita. Si ritiene che, così come di norma avviene nei rapporti giuridico-sociali leciti, anche in questa ipotesi la preesistenza di un mandato ad acquistare, ai sensi degli artt. 1388 e 1706 c.c., sia tale da produrre direttamente effetto nei confronti del rappresentato, che da subito quindi diviene (nel caso di specie) codetentore della cosa mobile acquistata dal mandatario, nonché soggetto legittimato a rivendicarla (33).

Va, peraltro, detto che valutando il fenomeno del consumo di gruppo da questa differente prospettiva, è come se il *concetto necessariamente plurisoggettivo* di codetenzione venisse *frammentato* e suddiviso *ab origine* in tanti *diversi concetti monosoggettivi* di detenzione per uso personale.

(31) Cass. Sez. V, 4 luglio 2006, n. 31443.

(32) Cass., Sez. VI, 22 giugno 2010, n. 27742; Cass., Sez. VI, 1 marzo 2007, n. 37078, in *Riv. pen.*, 2008, p. 666, nonché in *Cass. pen.*, 2008, 2097; Cass., Sez. IV, 2003, n. 4842; GIP Napoli, cit.

(33) In tal senso sotto la vecchia disciplina Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2003, n. 4842, in *Cass. pen.*, 2005, n. 2731.

E la *vis* creativa di questa opzione ermeneutica è tutt'altro che insignificante, dal momento che trasformando, attraverso il ricorso all'istituto civilistico del mandato ad acquistare, una condotta naturalisticamente plurisoggettiva e, quindi, penalmente rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 c.p. e 73, comma 1-*bis* lett. a) d.P.R. 309/1990, in una pluralità frammentata di condotte giuridicamente monosoggettive, finisce per *farle degradare tutte* al rango del penalmente lecito e per sussumerle, ciascuna separatamente considerata, nella più blanda figura dell'illecito amministrativo delineata dall'art. 75 d.P.R. 309/1990.

In tal modo, difatti, per un verso, *si annulla il rapporto di accessorietà* che naturalisticamente sembra esistere tra la condotta del mandatario detentore materiale di un quantitativo significativo di stupefacente e quella dei mandanti nel cui interesse questo è stato acquistato e che sembra fondare la punibilità di tutti a titolo di concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 73. Per altro verso, si ricostruisce sin dal principio tale situazione *come una esecuzione frazionata* da parte di tutti i membri del gruppo di una condotta di (co)detenzione finalizzata al successivo consumo personale.

Tali conclusioni possono essere ulteriormente suffragate da un *approccio* più schiettamente *normativo-valutativo* che cerchi di affrontare a monte il problema della rilevanza penale o meno del fenomeno del consumo di gruppo tramite una attenta definizione dei rispettivi ambiti di operatività dell'illecito amministrativo e di quello penale.

Posto in questi termini, il caso oggetto della decisione in parola potrebbe essere risolto favorevolmente al reo attraverso una legittima interpretazione estensiva dell'art. 75. Sebbene, a differenza che in passato, oggi questa norma non descriva più autonomamente i fatti per i quali si applica (il previgente testo disponeva "chiunque per farne uso personale ... comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope"), ma lo faccia indirettamente attraverso la clausola di sussidiarietà espressa "*fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 73, comma 1-bis*", è possibile individuarne correttamente il campo di applicazione tramite la lettura in combinato disposto proprio con tale ultimo articolo: le due fattispecie si trovano, difatti, in un rapporto di *reciproca complementarietà*, sanzionando identici comportamenti detentivi di stupefacenti, l'una penalmente quando se ne dimostri l'oggettiva destinazione ad un uso non esclusivamente personale, individuale o collettivo che esso sia, l'altra amministrativamente nelle ipotesi residue di uso esclusivamente personale individuale o collettivo.

Definiti in tal guisa i rispettivi campi di azione delle due menzionate fattispecie che compongono il mosaico multilivello della disciplina sanzionatoria della detenzione di stupefacenti, si può allora concludere che nel caso di acquisto su mandato da parte di un gruppo previamente individuato di persone di sostanze stupefacenti, la condotta integrerà il mero illecito

amministrativo tutte le volte in cui, in base alla quantità della sostanza, alle modalità di presentazione e ad altre circostanze (frazionamento in dosi singole; quantitativo sproporzionato di sostanza stupefacente rispetto al numero di componenti del gruppo; disponibilità da parte dei membri del gruppo di bilancini ed altri strumenti di precisione; ecc.), essa apparirà oggettivamente orientata al consumo esclusivamente personale (anche di più persone), cioè non allo spaccio. E quindi, ad esempio, si configurerà la fattispecie di cui all'art. 75 d.P.R. 309/1990 tanto nell'ipotesi in cui più persone, dopo aver acquistato della droga su mandato, siano fermate dalla Polizia a bordo di un'auto nel tragitto tra il luogo di acquisto e quello di consumo e siano trovate ciascuna già in possesso materiale della propria dose di stupefacente suddivisa in singola confezione; tanto in quella in cui nella medesima circostanza (acquisto su mandato) sia trovato solo uno degli acquirenti (il mandatario) in possesso materiale della droga peraltro ancora confezionata in un unico involucro.

In entrambe le situazioni, *utilizzando i criteri probatori* tipizzati nell'art. 75, comma 1-bis d.P.R. 309/1990 si potrà arrivare alla identica conclusione di considerare la condotta detentiva non orientata all'uso non esclusivamente personale (*i.e.* allo spaccio), bensì al *consumo personale*, potendosi intendere per consumo personale, oltre quello ovviamente *individuale*, anche quello *di gruppo*. Ciò che conta per non far assurgere la condotta detentiva al rango di fatto penalmente rilevante è che oggettivamente la droga detenuta dal soggetto in nome e per conto del gruppo appaia chiaramente destinata ad un uso esclusivamente personale proprio o di più persone.

Diversamente, si darebbe vita ad una *poco ragionevole differenziazione* della risposta punitiva rispetto a casi sostanzialmente identici come quelli in precedenza descritti, in cui l'ago della bilancia tra il penalmente e l'amministrativamente rilevante sarebbe costituito dal *fattore* del tutto *casuale* (e non rilevante ai fini della valutazione alla destinazione personale o meno della condotta detentiva) della già avvenuta o meno suddivisione tra tutti i membri del gruppo della sostanza acquistata su mandato.

Senza tener conto che una simile soluzione finirebbe con il rendere paradossalmente più probabile che integri una condotta penalmente rilevante l'acquisto su mandato di droghe leggere — come l'hashish e la marijuana, più frequentemente vendute in porzioni non facilmente divisibili — piuttosto che quello di droghe pesanti e più dannose per la salute — come l'extasy ecc., che il più delle volte sono già previamente porzionate singolarmente dallo spacciatore.

Il problema della rilevanza penale dell'uso di gruppo va dunque affrontato e risolto alla luce delle disposizioni normative esistenti e della *scrupolosa verifica in concreto nei giudizi di merito delle caratteristiche della condotta detentiva alla stregua dei criteri indiziari tassativizzati*

nell'art. 73, rappresentando questi l'elemento fondamentale per una sua corretta qualificazione giuridica.

Sebbene un consumo di gruppo presupponga sempre un acquisto di un quantitativo di droga superiore all'uso personale, non è detto che esso integri automaticamente la condotta descritta dall'art. 73, comma 1-*bis*, dovendo attentamente valutarsi tutti gli indicatori probatori (e non si badi elementi costitutivi, come ha precisato anche la giurisprudenza di merito e di legittimità (34)) tassativamente elencati nella stessa disposizione. Siccome tra questi criteri, *quello quantitativo* è solamente uno dei tanti, ma *non* è quello *prevalente* ed automaticamente decisivo, per approdare a tale conclusione è necessario scrutinare sempre anche gli altri, vale a dire le “modalità di presentazione, il peso lordo complessivo o il confezionamento frazionato”, nonché quello più generico delle “altre circostanze dell'azione” (35).

Alla stregua di una così ampia valutazione, ben potrà verificarsi nel caso descritto in precedenza (fermo di una macchina con a bordo cinque persone, una sola delle quali in possesso di una quantità di sostanza stupefacente che sembri destinata a più persone) che la condotta detentiva sia qualificata solo amministrativamente rilevante risultando *destinata al consumo esclusivamente personale di ciascuno dei singoli membri del gruppo*, senza ulteriori passaggi intermedi e cessioni a terzi. A tale conclusione si perverrà quando (oltre all'esistenza del mandato ad acquistare e delle altre condizioni poc'anzi specificate) si accerti: che la droga detenuta sia quantitativamente proporzionata al numero dei componenti del gruppo (36); sia di un solo tipo; non abbia modalità di presentazioni particolari tali da far pensare che sia destinata ad essere venduta; che nessuno dei predetti soggetti abbia la disponibilità di attrezzature per la pesatura o di mezzi per il confezionamento; che nessuno possieda un

(34) Si veda, rispettivamente, Trib. Trieste, 28 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, p. 1173 ss., con nota di C. RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio, e neppure integra di per sé un grave indizio di colpevolezza*; e Cass., Sez. IV, 5 giugno 2008, n. 22643.

(35) Molto chiaramente in questi termini si è pronunciata da ultimo Cass., Sez. VI, 1 giugno 2011, n. 21870, in *D&G*, 7 giugno 2011. In questa sentenza, infatti, è stato ribadito come il superamento dei limiti tabellari previsti dal T.U. sulla droga non dimostri *ex se* la destinazione non esclusivamente personale dello stupefacente. Al fine di valutare se la detenzione configura anche lo spaccio, il giudice, oltre al dato quantitativo, si deve considerare anche le modalità dell'azione e le modalità in cui la droga si presenta.

(36) In tal senso Trib. Bologna, 10 marzo 2008, n. 773, in *Il merito*, 2008, 11, p. 70, in base al quale si “deve escludere la ricorrenza di un uso comune di droga qualora la cospicuità del quantitativo rinvenuto sia tale da far ritenere che ciascuno dei componenti del gruppo conservi, dopo l'uso in gruppo, una considerevole disponibilità di stupefacente di cui ognuno possa poi fare l'uso che più gli aggradi, fuori da ogni situazione di aggregazione con gli altri”.

notevole quantitativo di denaro contante ricavato dallo smercio abituale di stupefacenti o abbia condizioni di reddito sproporzionate rispetto al suo *status* sociale ecc. (37).

Naturalmente, ragionando in questi termini, la non punibilità della condotta dell'uso di gruppo troverà il suo *fondamento politico-criminale*, non nella assenza di antiigiuridicità come pure è stato osservato (38), bensì nella non conformità *al tipo legale*, sicché la formula di proscioglimento da adottare sarà quella più favorevole e limpida "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato". L'acquisto su mandato, infatti, integrerà un comportamento che si pone al di fuori del perimetro della detenzione penalmente illecita, configurando altresì la diversa e meno grave condotta di detenzione amministrativamente rilevante.

4.1. *Le ipotesi di consumo di gruppo ancora penalmente rilevanti.* — In ogni caso, la fissazione di tutti questi paletti ad opera della Suprema Corte è funzionale anche a tracciare in maniera il più precisa possibile la linea di demarcazione tra le ipotesi di uso di gruppo penalmente irrilevanti e quelle, invece, penalmente rilevanti.

Attraverso l'individuazione di simili stringenti requisiti modali di realizzazione della condotta di consumo di gruppo la Corte riesce a *non svalutare* del tutto la funzione selettiva dei fatti amministrativamente rilevanti del nuovo avverbio '*esclusivamente*' aggiunto nel 2006.

Ad avviso di questa interessante sentenza, infatti, sono da considerare *penalmente illecite* ai sensi della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 73, comma 1 *bis* lett. a) *le residue* e differenti *ipotesi* di condotte accomunate dietro l'etichetta ambigua del 'consumo di gruppo', e cioè quelle in cui più persone, *in assenza di un mandato preventivo* all'acquisto dotato delle caratteristiche poc'anzi esposte, "decidano, concordemente ed unitariamente, di consumare droga già detenuta da uno di loro" (39).

In tali evenienze il consumo di gruppo assume sembianze ben distinte da quelle ora considerate, dal momento che l'acquirente-cedente si trova, contrariamente che nel caso del preesistente e ben definito mandato ad acquistare, "originariamente in posizione di estraneità rispetto agli altri consumatori, i quali, pertanto, non possono in alcun modo essere considerati come co-detentori della sostanza fin dal momento dell'acquisto, da cui essi fruitori sono rimasti estranei, con necessaria amplificazione ed

(37) Già le sezioni 1997 avevano individuato tali indici probatori significativi per comprendere se la detenzione era finalizzata allo spaccio o al consumo personale.

(38) Sostiene tale tesi C.A. ZAINA, *Stupefacenti, uso di gruppo*, cit.

(39) In tal senso si veda Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366 cit.

aggravamento della negativa realtà del fenomeno dell'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope" (40).

Proprio questo distinguo tra le ipotesi di consumo di gruppo rappresenta la più *significativa differenza* tra la legislazione in materia di stupefacenti *ante* e *post* riforma del 2006. *Prima* di allora, sotto la vigenza della precedente normativa, la Suprema Corte era pervenuta a *conclusioni divergenti*, osservando genericamente che "in materia di sostanze stupefacenti, ricorre l'uso di gruppo sanzionabile solo amministrativamente *ex art. 75 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309*, non solo quando l'acquisto e la detenzione della droga avvengano sin dall'inizio per conto e nell'interesse degli altri componenti del gruppo, ma anche quando più persone decidano concordemente e unitariamente di consumare un quantitativo di droga già detenuto da una di esse; con la precisazione che ai fini dell'uso di gruppo deve attribuirsi rilievo alla destinazione della sostanza al comune uso personale, non essendo richiesta la necessaria destinazione della sostanza all'uso comune 'contestuale'" (41). "Anche in questo caso, infatti, ricorre quella omogeneità teleologica della condotta del procacciatore rispetto allo scopo degli altri componenti del gruppo, che caratterizza l'ipotesi della codetenzione di gruppo ed impedisce che il primo si ponga in un rapporto di estraneità e di diversità nei confronti degli altri" (42).

Anche questa puntualizzazione appare condivisibile, dal momento che nel caso di acquisto operato autonomamente da un singolo individuo di un quantitativo di sostanza stupefacente significativo in assenza di un previo mandato e di una comune finalità condivisa *ex ante* con un predefinito gruppo di futuri co-assuntori, ci si trova al cospetto di una condotta detentiva *ab origine apparentemente destinata ad un uso non esclusivamente personale*.

Al momento dell'acquisto *non* è, invero, ravvisabile una ipotesi di *codetenzione*, poiché esso è compiuto esclusivamente ed autonomamente da un singolo individuo che solo in un secondo momento decide di dividere la sostanza stupefacente detenuta con i membri del proprio gruppo, tramite condotte plurime di cessione a terzi.

Tutto ciò porta a considerare allora la locuzione 'uso di gruppo' (così come quella analoga 'consumo di gruppo') fuorviante, sia perché eccessivamente generica e comprensiva di situazioni fortemente eterogenee, sia perché impropriamente calibrata sul momento finale dell'uso o del consumo dello stupefacente, mentre, come si è visto sinora, il profilo determi-

(40) Così sempre Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366 cit.

(41) Così Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 24432, in *G. dir.*, 2010, 35, 67; nonché Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2009, n. 1943, in *G. dir.*, 2011, n. 12, p. 69.

(42) Così, Cass., Sez. VI, 10 marzo 2008, 29174, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1697.

nante è senz'altro quello iniziale dell'acquisto: se questo è coperto da mandato, si avrà sin da subito una codetenzione in forza delle regole civilistiche in materia di mandato; diversamente, se non lo è si avrà una detenzione cui seguono cessioni plurime penalmente rilevanti.

Sarebbe forse più appropriato, per non alimentare inutili ed ulteriori dubbi, parlare di detenzione destinata ad uso esclusivamente personale di un gruppo di mandanti predefinito o, più sinteticamente, di '*detenzione di gruppo*'.

5. *I possibili scenari aperti da questa pronuncia:* a) *La rimessione della questione alle Sezioni Unite.* — Al di là della sua condivisibilità, questa pronuncia della Suprema Corte lascia aperti per l'immediato futuro due nuovi possibili scenari a seconda che la giurisprudenza successiva la *disattenda*, anche solo sporadicamente, tornando a ritenere penalmente rilevante il consumo di gruppo ed ingenerando così un delicato contrasto ermeneutico sincronico; oppure la *recepisca* in pieno, dando vita, al contrario, ad una ridefinizione dell'area della tipicità dell'art. 73, d.P.R. n. 309/1990, escludendo le ipotesi di acquisto su mandato.

Orbene, nella *prima circostanza* sembrerebbero non sussistere grandi problemi poiché, trovandosi al cospetto di un contrasto giurisprudenziale irrisolto, la soluzione logicamente prevedibile e giuridicamente obbligata sarebbe quella della remissione della controversia interpretativa allo *scrutinio dirimente delle Sezioni Unite penali* della Suprema Corte, nella speranza che una netta presa di posizione di queste possa comporla in maniera definitiva, ma nella consapevolezza che residuerebbe sempre la possibilità di un mutamento successivo, anche *contra reum*, tale da rientrare nell'altro scenario che ora si esporrà.

5.1. b) *L'ignoranza inevitabile.* — Le cose si fanno molto più complesse nella *seconda eventualità*, quella in cui il principio di diritto enunciato dalla sentenza in commento attecchisca e si consolidi nella giurisprudenza di merito e di legittimità future, in modo da ridefinire selettivamente l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 73, comma 1-*bis* d.P.R. 309/1990 e, parallelamente, da diffondere e radicare tra i consociati la convinzione che il mandato ad acquistare droga sia solo amministrativamente censurabile.

In una simile ipotesi, un *improvviso mutamento di orientamento* da parte della Suprema Corte integrerebbe un *overruling* con effetti *in malam partem* per l'imputato scarsamente compatibile con il sistema delle garanzie penali di matrice liberale ed, in particolare, con il principio di uguaglianza sostanziale dei consociati davanti alla legge e con le esi-

genze di un sistema penale orientato a finalità di prevenzione/integrazione (43).

Ci si troverebbe, infatti, al cospetto di una situazione difficilmente comprensibile (tale da neutralizzare la *motivabilità secondo norme*) in cui un cittadino, dopo aver adempiuto agli oneri di doverosa informazione che gravano su di lui in forza del principio di obbligatorietà della legge penale, si convinca della liceità di un determinato fatto in ragione di un consolidato orientamento interpretativo e lo commetta, salvo poi essere successivamente ed incomprensibilmente condannato a causa di un imprevisto *revirement*.

Quid iuris?

Cosa si potrebbe fare in un caso del genere in un sistema penale a legalità formale come il nostro dove — a differenza di quelli di *common law* — manca un meccanismo volto a garantire la (tendenziale) stabilità dei *dicta* della Suprema Corte ed il principio di irretroattività statuito nell'art. 2 c.p. e nell'art. 25, comma 2 Cost. vale solo per le leggi scritte e non può applicarsi ai mutamenti giurisprudenziali?

Come si potrebbe evitare la irragionevole punibilità di chi ha commesso un fatto confidando sulla sua liceità penale sulla base dell'univoco diritto vivente?

La prima alternativa potrebbe essere quella di ritenere non punibile l'autore del fatto per *mananza di rimproverabilità* in concreto per il suo comportamento comunque tipico e antigiuridico e, dunque, di risolvere il problema sul terreno della *colpevolezza* (44). Questa situazione potrebbe invero integrare una di quelle ipotesi eccezionali individuate nelle celebre pronuncia della Corte costituzionale n. 364/1988 di *ignoranza inevitabile* e scusabile della legge penale che si sottraggono alla regola generale dell'art. 5 c.p. sull'*error iuris*, per la precisione potrebbe configurare quella generata da ragioni 'oggettive pure' quale appunto il « gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari » (45).

A ben vedere, però, tale soluzione risulta *poco praticabile*.

Per un verso, perché questa scusante ha finora trovato ridottissimi spazi di operatività, tendendo la giurisprudenza a non ravvisare pressoché mai ipotesi di errore-ignoranza inevitabile sulla base dei parametri oggettivi e soggettivi individuati nella predetta decisione della Consulta, sicché è

(43) In argomento si rinvia ad A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 118 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1735 ss.

(44) In tal senso cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 320 ss.

(45) Sul punto cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3 ed., Milano, 2004, p. 46; V. MANES, *Il nuovo art. 73 del d.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4461 ss.

difficile immaginare che se ne possa ritagliare nuovi e significativi nel caso in questione.

Per altro verso, perché essa presenta notevoli *rischi di interpretazioni divergenti* e, quindi, di giudicati contrastanti, potendo ben verificarsi che, sulla base dei suddetti parametri tutt'altro che incontrovertibili, la stessa identica situazione sia valutata in maniera discorde da giudici diversi: talvolta come ipotesi di errore scusabile, talaltra come ipotesi di errore inescusabile.

Essa finirebbe per amplificare il rischio di torsioni dei principi garantisti del diritto penale moderno, poiché *sommerebbe* al pericolo di possibili pronunce di condanna in assenza di colpevolezza dell'imputato per ignoranza inevitabile della legge penale, quello di decisioni in violazione del principio di uguaglianza sostanziale, mortificando ulteriormente le esigenze di prevenzione generale e speciale positive attribuite alla pena nel nostro attuale contesto ordinamentale.

5.2. c) *L'amnistia*. — Proprio per ovviare ai rischi di eccessiva discrezionalità giurisprudenziale, una parte della dottrina ha di recente prospettato *un'altra suggestiva ed interessante alternativa* per risolvere una simile aporia intrasistemica: la *clemenza collettiva* (46).

Si è osservato che in un caso del genere la soluzione ideale sarebbe per l'appunto quella di sancire la non punibilità del soggetto e di tutti gli altri che come lui confidavano per le esposte ragioni nella liceità penale del loro comportamento attraverso un provvedimento normativo generale e astratto di sospensione retroattiva e temporanea della legge penale: *i.e.* con una legge di amnistia, essendo questo il caso emblematico di clemenza legittima *sub specie* clemenza quale 'strumento di adattamento del diritto'.

Questa opzione (che si badi, resterebbe quella preferibile se non dovessero concretizzarsi le altre soluzioni indicate nel paragrafo successivo dell'interpretazione convenzionalmente conforme o della espressa modifica dell'art. 2 c.p.), permetterebbe di sottrarre la soluzione del problema alla valutazione individuale caso per caso del singolo giudice e di rimetterla invece alla valutazione generale ed astratta del legislatore, impedendo così il verificarsi di situazioni di disuguaglianza sostanziale tra i destinatari della legge penale (47).

Peraltro essa consentirebbe finalmente di rivitalizzare uno strumento fondamentale della politica criminale quale la clemenza collettiva che, a causa dell'uso improvvisto fattone in passato, è stato sostanzialmente

(46) Per questa originale soluzione alternativa cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, p. 432 ss.

(47) In tal senso V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 433.

abrogato con la riforma dell'art. 79 Cost. del 1992 e la previsione di *quorum* elevatissimi per la sua adozione.

In questo modo il potere di clemenza sarebbe depurato dalle infiltrazioni potestative che ancora lo connotano nell'immaginario giuridico facendolo degradare a luogo in cui si trincerava il potere arbitrario dei governanti e si candiderebbe a diventare un mezzo teleologicamente complementare rispetto agli scopi di prevenzione-integrazione del sistema penale.

L'amnistia sarebbe, infatti, utilizzata non per ragioni emergenziali antitetiche agli scopi della pena di tipo puramente emotivo, paternalistico o utilitaristico-elettorale a detrimento del principio di uguaglianza, bensì per ragioni conformi alle funzioni della pena ed a tutela del principio di uguaglianza e di altri principi cardine di matrice illuministico-liberale su cui si fonda il sistema penale, per correggere eventuali anomalie che in esso si possono verificare nel corso del tempo (48).

5.3. d) *L'interpretazione convenzionalmente conforme.* — La *soluzione decisiva* sembra però potersi rinvenire oggi, come sempre più spesso accade, nel nuovo reticolo normativo delineato dal diritto sovranazionale e, per la precisione, nell'art. 7 della CEDU (49) nella sua più penetrante lettura fornita dalla giurisprudenza della CEDU degli ultimi anni.

Questa norma, infatti, concepita già in origine per essere applicata flessibilmente tanto in ordinamenti di *civil law*, quanto in ordinamenti di *common law*, è stata di recente interpretata dalla giurisprudenza della CEDU in maniera tale da ritenere che i principi in essa enunciati, tra cui quello di irretroattività della legge penale, riferendosi indistintamente, a seconda della lingua, alla *law* ed al *droit*, valgano oltre che per le leggi

(48) Sostiene la necessità di rivalutare la clemenza collettiva, intensificandone l'uso proprio in casi del genere, A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto del 2006: tornare a riformare l'art. 79 della Costituzione* in *Quad. cost.*, 2007, p. 307.

(49) Sulla opportunità di un ripensamento dei rapporti tra CEDU e diritto penale alla luce della constatazione che la prima non si limita a garantire un minimo comune denominatore di tutela, ma è idonea ad offrire ai diritti fondamentali una protezione migliore e più completa di quella assicurata dalla normativa interna, v. F. PALAZZO-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, 31; A. BERNARDI, *Sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001, p. 250 s.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista*, 2007, p. 46 ss.; *Id.*, *Il diritto penale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, suppl. al n. 12, p. 81-112; nonché, da ultimo, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011.

scritte (la *law* in senso stretto) anche per le c.d. *cases law* (50) e, quindi, anche per i mutamenti giurisprudenziali in *malam partem* che producono gli stessi identici effetti *contra reum* di una norma incriminatrice retroattiva (51). Sempre la Corte EDU, inoltre, ha avuto modo di precisare ancor più chiaramente, nel caso Pessino c. Francia, 10 ottobre 2006 (dove è stata riscontrata per la prima volta la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione ad una ipotesi in materia di reati urbanistici), che l'assunto del divieto di applicazione retroattiva del *mutamento* giurisprudenziale sfavorevole vale unicamente per i mutamenti "*ragionevolmente imprevedibili*" (52), 'sintetizzando' così questo principio con i requisiti di *accessibilità* e *prevedibilità* elaborati dalla stessa CEDU (53) quali implicazioni necessarie per il rispetto dell'art. 7 della Convenzione (54).

(50) L'ampia portata semantica del lemma '*law*' impiegato nell'art. 7 e la sua riferibilità tanto alla *law* scritta, tanto alla *case law*, è stata ribadita da ultimo da CEDU, 17 marzo 2010, Kononov c. Lettonie, dove è stato precisato come "*La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, celle-ci englobant le droit écrit comme non écrit et impliquant des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité*"; nonché da CEDU, 29 marzo 2006, sentenza Achour v. France, entrambe in <http://www.echr.coe.int>.

(51) Così la decisione S.W. e C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, "ove però fu esclusa la violazione dell'art. 7 CEDU di fronte all'abbandono, da parte della giurisprudenza inglese, del principio in base al quale il marito non poteva essere considerato punibile in caso di violenza sessuale ai danni della moglie (sussistendo una peculiare causa di non punibilità nei casi di *marital rape* che trovava riconoscimento nel sistema di *common law* secondo una risalente giurisprudenza), considerando appunto 'ragionevolmente prevedibile' un tale mutamento giurisprudenziale alla luce dell'evoluzione del 'costume' sociale (e del quadro assiologico di riferimento), tale da rendere 'anacronistica e offensiva' la regola precedente". Testualmente V. MANES, *Il nuovo art. 73*, cit., p. 4469.

(52) In questo caso si è pervenuti alla soluzione opposta rispetto al caso precedente in ragione della diversa natura degli illeciti in questione, "uno socialmente 'pregnante', come la violenza sessuale, ed immediatamente percepibile nel suo nucleo di disvalore perché attingibile dalla mutata coscienza sociale; l'altro marcatamente artificiale, e percepibile nel suo significato illecito solo a fronte di una più marcata chiarezza del divieto legale e della sua interpretazione". Così ancora V. MANES, *Il nuovo art. 73*, cit., p. 4470.

(53) In tal senso CEDU, 12 febbraio 2008, Kafkaris v. Cipro, in <http://www.echr.coe.int>. Nell'ottica della CEDU, infatti, se l'applicazione del diritto penale si svolgesse lungo canali sicuri e prevedibili si ridurrebbero notevolmente i margini per applicazioni sostanzialmente retroattive delle norme penali legali e giurisprudenziali. Nella dottrina italiana aveva già evidenziato come "la prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta" rappresenti il contrassegno della garanzia costituzionale della libertà della persona assicurata dal principio di irretroattività della legge penale, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 77 ss. In argomento, cfr. anche V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1614 ss.

(54) Agli stessi approdi ermeneutici favorevoli al reo è approdata nel 2007 la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE la quale — in una decisione relativa al sistema sanzionatorio amministrativo comunitario in materia di concorrenza (sent. 8 febbraio 2007,

Orbene, alla luce di tali decisioni dei giudici europei, e tenuto conto dei *dicta* delle due famose sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 (55), con le quali le norme della *Convenzione europea*, e le concretizzazioni giurisprudenziali della Corte EDU, sono divenute parametri direttamente vincolanti per i giudici nazionali (oltre che per il legislatore), si deve ritenere che tale *'lettura forte'* del principio di irretroattività possa trovare *immediata applicazione* anche nel *nostro ordinamento* proprio in casi come quello ora prospettati, in cui il cambio di orientamento di giurisprudenza favorevole potrebbe risolversi in una applicazione retroattiva della legge penale (*recte*: della *case law*, *i.e.* dell'orientamento giurisprudenziale successivo sfavorevole) a fatti che nel momento in cui sono stati commessi non erano previsti dalla legge (*recte*: dall'orientamento giurisprudenziale precedente favorevole) come reato (56).

In una simile evenienza, la corte nazionale che dovesse mutare idee sul consumo di gruppo, al fine di evitare una declaratoria di illegittimità costituzionale del sistema che consente l'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* per violazione dell'art. 117 Cost. (57) e di fornire analoghe garanzie ai nostri cittadini rispetto agli altri cittadini comunitari che ne possono già beneficiare alla luce delle sentenze ora citate, dovrebbe *adeguarsi a tale interpretazione* del principio di irretroattività della legge penale nonostante il perdurante silenzio della legge nazionale sul punto.

La strada da percorrere per rispettare le indicazioni della giurisprudenza europea sarebbe, quindi, quella di una *"interpretazione convenzionalmente conforme"* del principio di irretroattività sancito nell'art. 2 del

C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2202 ss., con nota di A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale* — ha affermato che « il principio di irretroattività delle norme penali più severe — che è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza — impedisce l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un'infrazione, nel caso in cui si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa ». In termini simili si era già espressa CGCE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, Racc. I-5425, punto 217.

(55) F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2007, p. 42 ss. In argomento, con riferimento anche alla giurisprudenza successiva, cfr. F. PALOMBINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e integrazione analogica dell'art. 625 bis c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2296.

(56) Analoga soluzione è prospettata, in termini però dubitativi, nel recente lavoro di O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 2215 ss.

(57) Secondo quanto stabilito dalle già menzionate sentenze della Corte Costituzionale 348 e 349 del 2007.

nostro codice penale, comprensiva anche delle ipotesi di *overruling* giurisprudenziale *contra reum*. In tal modo, facendo ricorso alla tecnica argomentativa elaborata dal diritto statunitense della c.d. *prospective limitation* del precedente giudiziario che “impone di adeguarsi al precedente favorevole per decidere la questione oggetto di giudizio, differendo la operatività della nuova interpretazione peggiorativa” (58), si perverrebbe al proscioglimento dell'imputato nel giudizio oggetto della pronuncia ed alla contemporanea statuizione di un nuovo principio di diritto solo *pro futuro*.

Si badi, però, che un simile esito rappresenta solo una *remota eventualità*, ma non una certezza, dal momento che proprio il rispetto degli asserti delle Corti sovranazionali che hanno legato indissolubilmente la legalità alla colpevolezza imporrebbe un accertamento preliminare circa la ‘ragionevole imprevedibilità’ del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*; accertamento da compiere, naturalmente, non alla stregua di parametri soggettivi, reintroducendo così fattori di incertezza analoghi a quelli connessi con la valutazione della inescusabilità o meno dell'errore, bensì, al contrario, di parametri oggettivi valutati sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* (59).

Vale a dire che se l'ennesimo mutamento di orientamento in materia di uso di gruppo di stupefacenti dovesse avvenire a distanza di soli due o tre anni da quest'ultima pronuncia, il nuovo *decisum* della Corte non incontrerà limiti temporali retroattivi e potrà produrre effetti giuridici *in malam partem* anche nel caso oggetto di giudizio, non essendo ragionevolmente imprevedibile un simile ribaltamento.

Diversamente, se il *revirement* dovesse avvenire dopo un lungo lasso di tempo, immaginiamo dieci o quindici anni, solo allora si potrà verificare la situazione ora descritta e la Corte sarà tenuta a fornire una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 2 c.p. e a non condannare l'imputato nel processo *de quo* (e gli altri imputati in procedimenti penali analoghi, relativi a fatti commessi prima del suddetto mutamento) per il reato di cui all'art. 73, comma 1-*bis* d.P.R. n. 309/1990.

6. *Osservazioni conclusive.* — Alla luce di quanto sinora esposto, la soluzione di un'interpretazione convenzionalmente conforme appare la più *ragionevole*, dal momento che consentirebbe di affrontare il dubbio circa la

(58) Così V. MANES, *Il nuovo art. 73*, cit.

(59) Come osservato da V. MANES, *Il nuovo art. 73*, cit., “allo stato, l'unico caso in cui — nel nostro sistema — alle soluzioni giurisprudenziali *in malam partem* viene attribuito valore peculiarmente *prospective* è quello delle decisioni di illegittimità sulle norme penali di favore rispetto a fatti commessi durante la vigenza della *lex mitior*, con riferimento ai quali — caducata la norma di favore, e così determinata la reviviscenza della legge più severa — si imporrebbe il proscioglimento *ex art. 2 c.p.*: cfr. da ultimo, C. cost. n. 394/2006”.

rilevanza penale della detenzione di gruppo non sul terreno (invero alquanto scivoloso) della (sola) colpevolezza, quanto piuttosto su quello ben più solido della legalità, *sub specie* irretroattività.

Il soggetto andrebbe prosciolto, infatti, non già per assenza di rimproverabilità in concreto per un fatto tipico e antigiusuridico, o grazie ad un provvedimento di clemenza collettiva adottato dal Parlamento con quelle elevatissime maggioranze qualificate richieste dall'art. 79 Cost. che ne hanno oggi sancito una *impraticabilità di fatto*, bensì — attraverso appunto lo strumento dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 2 c.p. all'art. 7 CEDU — per *diretta applicazione* da parte del giudice del caso concreto del *principio di irretroattività* della legge penale, poiché il fatto al momento della sua commissione non costituiva reato secondo il diritto vivente.

In tale diversa prospettiva di *law in action*, si riuscirebbe così a recuperare, sul terreno dell'effettività, la funzione reale del *nullum crimen* attraverso nuovi percorsi ermeneutici, capaci di “dischiudere dimensioni garantistiche spesso non percepibili dal ristretto angolo visuale della *law in the books*” quale, appunto, quella ignorata dal codice penale e dall'art. 25, comma 2 Cost. della irretroattività dell'*overruling contra reum* (60).

Tuttavia, è innegabile che in un sistema a legalità *formale* come il nostro, dove il principio di irretroattività è modellato dall'art. 2 c.p. unicamente sulla legge scritta e non anche sul mutamento giurisprudenziale, l'immediata applicazione di questa diversa e più ampia lettura data a livello comunitario si espone al dubbio di apparire *contra legem*, difettando il nostro ordinamento di quegli accorgimenti tecnici che nei sistemi statunitense e inglese (ove operano, rispettivamente, il *mistake of law* e l'*absolute discharge*) riescono a conciliare la formale retroattività del nuovo precedente e la sua concreta inapplicabilità al fatto commesso nella vigenza del vecchio e *favorable* orientamento interpretativo (61).

Ebbene, proprio l'intricato scenario aperto dalla recente decisione in materia di stupefacenti sembra imporre al legislatore nazionale un esplicito intervento sul terreno dell'irretroattività, al fine di sgomberare ogni dubbio e di allineare, anche formalmente, il nostro ordinamento ed il suo *corpus*

(60) Di questo avviso è A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, cit., p. 2202. Da ultimo, prospetta simili possibili ricadute garantiste nel nostro ordinamento della citata giurisprudenza di Strasburgo, R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 38 ss. Sul punto si rinvia per ulteriori approfondimenti e per penetranti rilievi critici circa l'indeterminata nozione di “diritto vivente” ad O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2232 ss.

(61) E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 141 ss.

normativo fondamentale in materia (il codice penale) ai nuovi principi già potenzialmente applicabili in maniera indiretta tramite il volano del diritto europeo.

In un futuro non troppo lontano si dovrebbe allora prendere definitivamente coscienza dell'esistenza già *de iure condito* di un *judicial law making*, accettando il crollo (solo ovviamente nell'ottica garantista del *favor rei*, rimanendo invece intatta la funzione delimitativa della legalità formale laddove il diritto giurisprudenziale produca effetti sfavorevoli al reo!) di un'altra mitologia giuridica del nostro sistema penale contemporaneo, quella della legalità formale, altrimenti ridotta ad un mero simulacro incapace di realizzare i propri stessi obiettivi di tutela (62). Muovendo da tali diverse premesse si dovrebbe procedere ad una modifica dell'art. 2 c.p. che consenta di dilatare le garanzie in esso previste per quanto concerne i limiti temporali dell'efficacia della legge penale, anche alle decisioni giurisprudenziali che modifichino un precedente consolidato *in malam partem* in casi ragionevolmente imprevedibili.

Nel frattempo non resta che aspettare.

Il rischio, come sempre, è che si faccia troppo tardi.

GIUSEPPE AMARELLI
*Ricercatore di diritto penale
nell'Università degli Studi di
Napoli Federico II*

(62) Il disincanto nei confronti del mito della legalità è stato evidenziato da P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ed in ambito penale da G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002; ID., *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1722 ss.