

Il momento consumativo del reato di cessione di sostanze stupefacenti: a fronte di nuovi orientamenti e nuovi dubbi una proposta per superare le incertezze

Autore: Zaina Carlo Alberto

In: Diritto penale

Con la sentenza che si annota i Supremi Giudici, nel confermare una pronunzia della Corte d'Appello di Milano, hanno ritenuto necessario - una volta di più - ribadire il principio della non necessarietà della traditio dell'illecito compendio, in relazione all'ipotesi di cessione e correlativo acquisto di sostanze stupefacenti.

La consegna del bene è stata, pertanto, ritenuta un post-factum non punibile, atteso che, come ribadito sia dalla Corte territoriale, che da quella Suprema, il perfezionamento dell'illecito **in presenza di un accordo di volontà convergenti su un oggetto e su una causa volta a volta determinati, in relazione alla cui qualificazione in termini di consenso contrattualmente vincolante nessuna funzione costitutiva della fattispecie gioca la consegna della cosa.**

Non discutibile e pacifica, pertanto, è, per i giudici di legittimità, l'anticipazione del momento consumativo del reato, correlato ad un fine indubbio che sarebbe quello di esercitare la funzione di tutela della salute pubblica.

Tale scopo, già ad avviso dei giudici di merito, verrebbe assolto tramite **"la previsione di una rilevanza penale, a titolo di reato consumato, di situazioni normalmente idonee a venire in considerazione in termini di tentativo"** ed era **"indicativa di tale ratio la previsione di una serie di fattispecie, quali la messa in vendita e l'offerta, ravvisabili anche senza un rapporto materiale tra l'agente e la sostanza stupefacente"**.

Ciò che, però, maggiormente rileva, nella fattispecie, è che, però, la Corte di Cassazione va ben oltre l'impostazione ermeneutica propria della Corte d'Appello, la quale aveva ancorato il proprio convincimento alla salda cima data dal criterio consensualistico.

A parere dei giudici di secondo grado, infatti, **"l'estensione alla fattispecie della cessione degli stupefacenti del principio consensualistico, di cui all'art. 1376 c.c., non rappresenta un'incongruenza di carattere sistematico, apparendo, invece, unico approccio ermeneutico conforme alla ratio punitiva alla base della normativa di cui nella presente sede deve rendersi"**

applicazione".

I giudici supremi, infatti, sostengono che l'esegeta e l'interprete non si debba fermare alla mera riproduzione e trasposizione in sede penale degli effetti dell'istituto di diritto civile di cui all'art. 1376 c.c., perché, l'orientamento secondo il quale il reato di acquisto di sostanza stupefacente si consuma nel momento in cui interviene l'accordo tra le parti sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo, deriva proprio dalla sistematica dell'art. 73 comma 1 dpr 309/90, che affianca all'ipotesi dell'acquisto la condotta della detenzione.

Viene, pertanto, parzialmente abbandonata la linea di ispirazione, in tema di punibilità, cui tutta giurisprudenza si è conformata negli ultimi anni, per tentare di trovare una soluzione di maggiore spessore penalistico alla vexata quaestio.

Questa presa di posizione viene, quindi, giustificata come adesiva ad una precedente pronuncia di legittimità (VI Sezione della Corte di Cassazione del 2 luglio 2002, P.M./Gjinarari e altri n.30135 in Guida al Diritto, 2003, 14, 93) e, al contempo, mira a confutare l'opposta (e minoritaria) corrente di pensiero di cui si fece portavoce significativamente la sentenza della Sez. I, 1 giugno 1998, n.10460 Ceman (in Cass. Pen., 1999, 711, nota di AMATO).

Tornando, quindi, alla sentenza in commento, va segnalato come il Supremo Collegio, per legittimare la parziale, ma importantissima decisione, di addivenire all'abbandono della teoria meramente consensualistica, assume, in via preliminare, che possono essere fondati taluni rilievi mossi alla stessa.

In special modo, il Supremo Collegio, ammette la fondatezza e pertinenza dell'osservazione, secondo la quale la funzione del diritto civile è quella di definire e a regolamentare i rapporti giuridici dallo stesso ritenuti meritevoli di protezione in quanto leciti.

Sfugge, quindi, a forme di tutela e protezione legislativa ogni negozio giuridico che abbia una causa illecita o che sia stipulato in frode alla legge o per motivi illeciti comuni ad entrambi i contraenti (artt. 1418 c.c., comma 2, artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.).

Appare, pertanto, evidente che se tali sono le premesse da cui muovere, non è revocabile in dubbio il fatto che la cessione di sostanze stupefacenti, al di fuori dell'autorizzazione di cui all'art. 17 dpr 309/90, non possa giovare di una interpretazione analogica di un istituto di diritto civile, ancorché in bonam partem, posto che si verte in un contesto di patente contrarietà ad una norma imperativa, che rende anche sul piano civilistico nullo in radice il negozio di cessione.

Addirittura, si deve sottolineare come la declaratoria di nullità dell'illecito contratto, non sia (né possa essere) il tetto massimo dell'intervento sanzionatorio, posto che, invece, è pacifico che l'antigiuridicità dell'azione determina la sua rilevanza e punibilità sul piano penale.

Il criterio in base al quale, quindi, l'acquistare stupefacenti appare condotta svincolata del tutto dalla fase materiale della traditio, riposerebbe nella distinzione che si rinviene, comparando la detenzione e l'acquisto medesimo.

In concreto, i giudici di legittimità, partendo da un dato logico-lessicale (con la previsione di detenzione e di acquisto parrebbe evidente che il legislatore ha inteso individuare due momenti ontologicamente e naturalisticamente tra loro differenti e indipendenti, diversamente tale distinzione non avrebbe giustificazione di sorta), concludono che l'acquisto - per mantenere una minima autonomia - va considerato come comportamento propedeutico alla detenzione.

Questa condizione di subalternità della condotta di acquistare rispetto a quella di detenere farebbe sì che alla condotta reputata minusvalente (l'acquisto) si possano applicare, proprio in quanto tale, i dettami ed i caratteri distintivi di quella prevalente.

Secondo la Suprema Corte, quindi, essendo la detenzione, null'altro che una signoria di fatto sulla sostanza, atteggiamento che non implica il necessario possesso materiale della stessa, anche l'acquisto deve prescindere dal rapporto fisico con il compendio.

Deriva, pertanto, da quanto esposto, che, a parere dei giudici di legittimità, l'acquisizione, intesa come momento necessario ed insostituibile affinché lo stupefacente entri effettivamente nella sfera giuridica del soggetto compratore, è ineluttabilmente destinata a perdere la propria indipendenza, in virtù di una progressività di natura fattuale, la quale provoca l'immediata ed irreversibile la mutazione dell'acquisto in detenzione, fattispecie quest'ultima che per la sua ampiezza concettuale tende, poi, ad assorbire la prima.

La Corte, quindi, circoscrive la fase dell'acquisto perfetto (penalmente rilevante) solamente alla preparazione, al raggiungimento ed alla conclusione dell'accordo sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo da pagare tra acquirente e venditore, escludendo da tale limitato novero ogni altra condotta successiva.

La traditio ed il sinallagmatico pagamento del prezzo, secondo la sentenza in commento, sarebbero elementi necessariamente propri della detenzione.

L'impostazione così formulata non convince e va criticata.

In primo luogo, dovendo fare riferimento ed uso corretto dei termini, che il legislatore ha adottato, dobbiamo indubbiamente conferire un significato giuridico preciso alle parole **detenzione e possesso**.

Or bene, per possesso s'intende **un potere di fatto sulla cosa che si manifesta in un'attività che corrisponde all'esercizio di un diritto di proprietà od altro diritto reale**.

La detenzione, invece, è **null'altro che un rapporto di fatto con la cosa, che non legittima**

L'esercizio dei poteri riconosciuti al possessore.

Tali definizioni, squisitamente civilistiche, riverberano effetti anche in campo penalistico, anche se devono subire una modesta modifica per meglio attagliarsi alla struttura del reato.

Il possesso, infatti, in tale contesto, **presuppone il potere di disporre autonomamente del bene, situazione che conferisce legittimità all'agente, il quale opera al di fuori della sfera di controllo di altri che sia titolare di un diritto reale sul bene o di un potere rilevante giuridicamente superiore.**

La detenzione, invece, rimane in un rapporto puramente di fatto con la cosa, che non sfugge la vigilanza del possessore.

Deriva, pertanto, da ciò che laddove il legislatore ha utilizzato il termine "**detenzione**" ha indubbiamente inteso, in tal modo, descrivere una situazione di possesso materiale della sostanza, cioè una condizione nella quale può, anche mancare l'animus detinendi (cioè il potere di disporre del bene), ma non può mancare il contatto fisico con il compendio illecito.

Non è, infatti, casuale che il temporaneo custode di un compendio illecito, che appartenga a terzi, risponda della propria condotta, a prescindere dalla possibilità effettiva di esercitare diritti sul bene.

Non è, inoltre, casuale che il testo dell'art. 73 comma 1 (ante riforma portata dal dl. 6927) non preveda il possesso della droga[1], utilizzando, per converso, fra gli altri, il termine detenzione.

Consegue, pertanto, la considerazione che la norma disegna in modo casistico e preciso tutta una serie di condotte tra loro alternative ed autonome.

Non vi può, quindi, essere timore di enclavi di non punibilità, posto che tutte le ipotesi illecite, che si possano formulare sono coperte da una previsione di legge.

In particolar modo, quindi, si deve rilevare che, per quanto concerne la cessione, la vendita, la messa in vendita e l'offerta in vendita, si può tranquillamente affermare che si tratta di condotte tra loro successive, nell'ambito di una progressione criminosa.

Vale a dire, pertanto, che la scansione temporale (se le condotte si dovessero protrarre nell'arco di un periodo di tempo) viene ad essere coperta, di volta in volta, da condotte finalizzate alla cessione, le quali appaiono tutte punibili.

Da questo contesto normativo e non da altri ed apodittici elementi, si ricava la non configurabilità del tentativo di cessione,.

Va, infatti, rilevato che il reato di offerta in vendita attiene indubitabilmente ad una fase costitutiva il negozio illecito; si tratta di condotta che appare di natura preliminare e preparatoria al collocamento sul mercato dello stupefacente.

La messa in vendita, invece, differisce dalla condotta precedentemente tratteggiata, in quanto fotografa il momento in cui il soggetto che disponga effettivamente dello stupefacente da corso all'attività di vendita (o cessione) *strictu sensu*.

Se, quindi, il momento perfezionativo dell'illecito in parola va focalizzato nell'atto di offrire, o di mettere in vendita, lo stupefacente, posto che la unilateralità della condotta in questione esclude che sia necessario l'accordo sull'oggetto o sul corrispettivo (anche se vi è in dottrina chi esclude che la offerta gratuita non sia punibile)[2] e men che meno la consegna del compendio, ecco che tale condotta diviene fungibile rispetto all'ipotesi del tentativo di cessione.

Vale a dire che, considerando la cessione di sostanze stupefacenti un reato connotato da carattere della **realità**, intesa come necessario passaggio materiale del bene da un soggetto all'altro, l'offerta o la messa in vendita (condotta che copre un momento ulteriormente successivo all'offerta), ove seguite dall'accordo con l'acquirente e dalla consegna del bene, perfezioneranno il delitto di cessione di sostanze stupefacenti, venendo in essa ultima assorbite, diversamente manterranno la loro indipendenza ed autonomia.

La cessione di sostanze stupefacenti (quale traslazione e trasferimento materiale dell'illecito compendio) deve, quindi, essere posta come condotta principale e conclusiva di un iter criminoso, che, solo se interrotto in una fase anteriore della sua progressione, può permettere il richiamo a previsioni di carattere residuale e complementare (messa ed offerta in vendita).

Sul piano pratico, i riflessi di simile impostazione sono concretamente apprezzabili sotto il profilo del diritto processuale, in ordine all'adempimento dell'onere della prova, nonché in ordine alla valutazione della stessa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 192 c.p.p. .

Va, pertanto, sottolineato che, su tali premesse, in relazione all'offerta in vendita si deve ritenere che permarrebbe il principio del dovere dell'accusa di dimostrare l'effettiva e concreta disponibilità giuridica e fattuale dello stupefacente in capo all'agente, non potendosi ricomprendere in siffatto concetto l'astratta possibilità futura (ed eventuale) di acquisto di droga da parte del singolo.

Per quanto, invece, concerne il reato di messa in vendita, fermo il richiamato principio del raggiungimento della prova della disponibilità, della droga destinata alla vendita (o cessione), da parte del soggetto-agente, tale condotta assumerebbe, invece, rilievo quale regola di copertura di quelle situazioni che giustificerebbero ipoteticamente il ricorso al tentativo.

Vale a dire, che la messa in vendita potrebbe trovare una propria seria ed effettiva ragione di sussistenza

giuridica, in tutti quei casi in cui si sia raggiunta la rigorosa prova che il cedente dispone di stupefacente, che stia per vendere (anzi che la vendita è in itinere), ma che il reato di cessione non si sia perfezionato per qualsivoglia motivo, in quanto l'evento traditio non si è concretata.

Il soggetto agente avrebbe, così, "messo in vendita" la sostanza, ma la vendita non si è affatto concretizzata ed è stata, in pratica, solo tentata.

Correlativamente, l'unica seria possibilità di applicazione dell'istituto del tentativo punibile potrebbe essere indirizzata nei confronti dell'acquirente che non ha ricevuto materialmente lo stupefacente che intendeva comprare.

Si tratterebbe, quindi, di un tentato acquisto.

In altri termini, l'acquirente avrebbe posto in essere tutti quegli atti ritenuti idonei ed indirizzati non equivocamente alla assunzione del possesso e della detenzione dello stupefacente, non riuscendo, però, in tale intento per ragioni indipendenti dalla di lui volontà.

A tale visione, ricostruttiva la fattispecie in oggetto, non si potrà certo opporre la sussistenza di un vizio di irragionevolezza per disuguaglianza del trattamento tra soggetti imputati e violazione dell'art. 3 Cost..

Va, infatti, osservato che la condotta di acquisto per quanto speculare, non è certo identica o sovrapponibile a quella di cessione o vendita.

Quest'ultima, infatti, è indubbiamente dotata di maggiore offensività e pericolosità rispetto all'acquisto propriamente detto.

La cessione, infatti, concretizza una condotta che è strumento di diffusione dello stupefacente nella società, cioè il comportamento-reato per antonomasia, in quanto il cedere, al di fuori della previsione dell'art. 17, a qualsiasi titolo integra sempre e solo una previsione di reato punibile.

L'acquisto, invece, pur potendo assurgere ad aspetti penalmente rilevanti, può trovare (e trova spesso) causali del tutto differenti dalla vendita (si pensi all'acquisto per uso personale di un quantitativo non modesto, od all'acquisto per uso collettivo o codetenzione).

Consegue, pertanto, l'osservazione che non necessariamente tale condotta assume riflesso di illecito penale in senso stretto, comportando l'inizio dell'azione penale e l'inflizione di una pena a seguito di condanna, potendo, invece, rientrare in ambito di mero illecito amministrativo.

Per tali profili e caratteri, l'acquisto deve, quindi, essere posto in una posizione gradata e di minore pericolosità rispetto alla cessione

Ulteriore e ben diverso discorso si dovrebbe svolgere per la condotta di cessione che si sia perfezionata e divenga penalmente rilevante.

Essa dovrebbe, a parere, di chi scrive venire sanzionata dall'ordinamento penale, solo quando il passaggio materiale del bene da un soggetto all'altro avvenga effettivamente e non virtualmente (come accade ora in molteplici casi).

La consegna non dovrebbe degradare, quindi, ad un post-factum non punibile, ma, per converso, dovrebbe ritornare il vero elemento di centralità antigiuridica della fattispecie specifica.

Pur dovendo riconoscere che il bene tutelato dalla norma è la salute collettiva e che, per tale motivo, va sanzionata la messa in pericolo della stessa, non può accettarsi lo stravolgimento interpretativo operato nei confronti di una condotta specifica che, da punibile in funzione della sua effettiva materialità, è divenuta punibile esclusivamente sotto il profilo formale.

Anzi, proprio il fatto che la tutela della salute è fine informatore della legge in esame e delle sue norme penali, appare necessario contrastare una messa in pericolo concreta (e non meramente teorica) di tale bene giuridico.

Vale a dire che non può proseguirsi nell'apprezzamento di situazioni di pericolo astratto, come avviene, invece, con l'anticipazione del momento di punizione delle condotte descritte dall'art. 73.

A contrario, si deve osservare, invece, che all'indicato scopo, maggior profitto può trarsi, laddove si possa intervenire, togliendo dal mercato non solo personaggi che delinquinano, quanto piuttosto (soprattutto) quantitativi di stupefacenti, sì da fare crollare l'offerta illecita.

D'altronde, va sottolineato che con la possibilità di considerare perfezionata la condotta di cessione, anche in assenza di consegna materiale, si sono create vere e proprie "praterie probatorie", che vengono percorse spesso e volentieri da dichiaranti senza scrupoli, i quali operando riferimenti generici (se non addirittura di pura fantasia) assumono veste di prova vivente inconfutabile.

Né si può dire, in proposito, che il prudente apprezzamento del giudice abbia potuto in questi anni ovviare ad accuse menzognere avanzate spesso da personaggi in cerca di benefici processuali e personali.

Attesa, quindi la estrema delicatezza del problema è, quindi, auspicabile un ripensamento della tematica, anche se la sentenza che si annota non pare proprio essere orientata in tale direzione.

Nella specifica pronuncia della Suprema Corte, non convince, quindi, l'osservazione, in base alla quale la previsione della punibilità delle condotte di messa ed offerta in vendita, da parte dell'art. 73/1° dpr 309/90 sarebbe argomento decisivo al fine di negare sia la valenza e l'importanza della acquisizione concreta dello stupefacente.

Va, infatti, ribadito, che l'anticipazione temporale della soglia di punibilità della condotta si risolve in una mera presunzione di colpevolezza svincolata da un accertamento concreto della sussistenza effettiva dell'illecito.

La condotta punibile di cessione (e correlativa di acquisto) implica, invece, come non ci si stancherà di sostenere, una preliminare verifica probatoria rigorosa e sicura che il soggetto venditore abbia la effettiva disponibilità della sostanza oggetto del negozio di alienazione.

Ciò che, poi, maggiormente lascia perplessi è, però, l'affermazione che l'anticipazione del momento perfezionativo il reato, trarrebbe propria giustificazione e motivazione dal fatto che il legislatore avrebbe previsto nel corpo dell'art. 73 comma 1, la punibilità delle condotte di messa in vendita ed offerta di sostanze stupefacenti, la quale postulerebbe, diversamente da quanto precedentemente esposto, la semplice dichiarazione di intenti dell'agente.

Importa, inoltre, rilevare che la sentenza, in prosieguo, nel ribadire che la fonte della teoria consensualistica si dovrebbe rinvenire nel collegamento naturalistico e giuridico che intercorre fra vendita (e cessione), da un lato e offerta e messa in vendita, dall'altro, coprendo tali comportamenti fasi tra loro intimamente connesse concettualmente e temporalmente, finisce, poi, contraddittoriamente nell'assimilare le stesse in un unicum, **"..negando che l'elemento distintivo della messa in vendita o dell'offerta sia costituito dall'assenza di disponibilità immediata della droga, dovendo, invece, farsi rientrare in tali fattispecie anche le condotte, quali la vendita e la cessione, caratterizzate dall'immediata ed effettiva disponibilità dello stupefacente.."**

Ancor più incoerente con le premesse svolte è, inoltre, l'affermazione secondo la quale l'agente, con la vendita o con la cessione, non seguite da traditio, ha sicuramente messo sicuramente in commercio lo stupefacente (si pensi agli artt. 474, 516 e 517 c.p.) **"...ponendo in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a venderlo o a cederlo e non riuscendo nell'intento per una qualsivoglia ragione, come si verifica in tutti i casi ditentativo, il quale, peraltro, per la vendita e per la cessione di droga, non è - giova ripeterlo - configurabile in quanto tale, data la anticipazione della soglia di punibilità con la previsione delle fattispecie di messa in vendita e di offerta...."**

In buona sostanza, una corretta esegesi filologica del testo della sentenza in commento, induce a ritenere che la stessa, pur abbandonando, anche con sicuro coraggio, quel criticabile ed improprio profilo squisitamente civilistico, cui sino ad oggi ci si è informati per sancire il momento consumativo il reato, non trovi aliunde (e proprio nel testo dell'art. 73) sufficienti e plausibili elementi per sostenere il principio consensualistico.

La stessa assimilazione tout-court di condotte tra loro differenti (come si è avuto modo di dimostrare) sul piano gnoseologico e giuridico (attese premesse e caratteri differenti) non pare di facile comprensione, anche in forza del fatto che i prodromi del ragionamento della Suprema Corte si erano concretati, invece, nel senso di dare significato di autonomia alle singole condotte.

Non si può, infatti, dimenticare quanto sostenuto in relazione al pericolo di assorbimento dell'acquisto da parte della detenzione e della necessità di dare pieno significato al primo comportamento; osservazioni queste diametralmente opposte alle ultime considerate.

In conclusione, pare di potersi affermare che la circostanza che la Suprema Corte abbia ricusato i profili civilistici della teoria consensualistica, per porre, invece, alla base della stessa, differenti motivazioni che risulterebbero dal testo dell'art. 73 deve indurre a ritenere che, pur nell'apparente immobilismo interpretativo dei giudici di legittimità sul punto specifico, qualcosa si stia muovendo e che si debba giungere nel più breve tempo possibile proprio ad un ripensamento giurisprudenziale del momento di perfezionamento del reato di cessione (o vendita), nonché del ruolo che debbano rivestire, nell'economia processuale, tutte quelle condotte ad esso connesse.

Cass. pen., Sez. IV, 7 dicembre 2005, n. 44621

Svolgimento del processo

1 - La corte di appello di Milano, con sentenza dell'11 aprile 2002, confermava la sentenza del 9 luglio 2001 del tribunale di Milano che aveva affermato la penale responsabilità di G.C.O., condannandola alle pene di legge, per il reato di cui all'art. 110 c.p. e D.P.R. n. 309 del 1990, art. 75, in quanto, in concorso con G.U., T.E. e M.J., aveva illecitamente acquistato, a fini di spaccio, da H.E. grammi 1345 di cocaina, con l'aggravante di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 6,: in Milano il 25 marzo 2000.

2 - La Corte territoriale, nel confermare la sentenza, respingeva la tesi, già prospettata dinanzi al tribunale, secondo la quale, essendo mancata, nella specie, la traditio dello stupefacente - per l'intervento, prima che avvenisse la consegna della droga, delle Forze dell'ordine, che si erano appostate nei pressi a seguito di quanto appreso dall'ascolto di telefonate intercettate - doveva ritenersi il reato di tentato acquisto e non il reato di acquisto di stupefacente.

La Corte di merito, premesso che, sul punto, "il giudice di primo grado aveva compiutamente ed esaurientemente dato conto del proprio orientamento, conforme al prevalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità, come riconosciuto, con indubbia lealtà intellettuale, dalla stessa difesa", osservava che non poteva mettersi in dubbio che la volontà del legislatore, nel formulare il D.P.R. n. 309 del 1990, art. 75, fosse stata quella di "anticipare" la soglia della punibilità in materia di circolazione degli stupefacenti, quella, cioè, di tutelare la salute pubblica "attraverso la previsione di penale rilevanza, a titolo di reato consumato, di situazioni normalmente idonee a venire in considerazione in termini di tentativo" ed era "indicativa di tale ratio la previsione di

una serie di fattispecie, quali la messa in vendita e l'offerta, ravvisabili anche senza un rapporto materiale tra l'agente e la sostanza stupefacente".

"Nè poteva dubitarsi" - aggiungeva la Corte della ragionevolezza della scelta operata dal legislatore - e, quindi, della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa sotto il profilo dell'irragionevolezza dell'identico trattamento sanzionatorio riservato a fattispecie ontologicamente diverse, quali l'acquisto con traditio e l'acquisto senza traditio - "dal momento che il legislatore aveva tenuto conto di un principio di esperienza secondo il quale la semplice circolazione della droga, attuata in vista di una fornitura a destinatario determinato secondo un accordo già delineato nel suo contenuto essenziale, è idonea ad attentare alla salute della collettività ancor prima che lo stupefacente sia pervenuto nelle mani del cessionario finale attraverso una traditio materiale".

"Nè" - aggiungeva la corte - "l'estensione alla fattispecie della cessione degli stupefacenti del principio consensualistico, di cui all'art. 1376 c.c., rappresenta un'incongruenza di carattere sistematico, apparendo, invece, unico approccio ermeneutico conforme alla ratio punitiva alla base della normativa di cui nella presente sede deve rendersi applicazione", non potendo negarsi che "l'illiceità, dal punto civilistico, di un contratto di vendita avente ad oggetto la droga non oblitera il dato di partenza secondo il quale ci si trova in presenza di un accordo di volontà convergenti su un oggetto e su una causa volta a volta determinati, in relazione alla cui qualificazione in termini di consenso contrattualmente vincolante nessuna funzione costitutiva della fattispecie gioca la consegna della cosa".

La Corte rilevava, poi, che, **"in relazione alla fattispecie di cui è processo, era fuori discussione la compiutezza del pactum sceleris intervenuto tra il venditore della sostanza drogante e la Burlando, in una con i suoi complici, che quella determinata quantità di cocaina sequestrata all'H. era ormai gravata da un vincolo di destinazione a favore dei suoi destinatari residenti in Italia, talmente concreto e immodificabile da indurre l'H. a sobbarcarsi i rischi, molteplici, concreti, di un trasporto, non breve, dall'Albania".**

3 - Il difensore ricorre per Cassazione con due motivi.

1 - Denuncia, con il primo, "errata applicazione del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 ed art. 56 c.p. in relazione all'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b)".

Deduce che "l'errare in cui incorre la corte di appello è di ritenere che le altre fattispecie di pericolo, diverse ovviamente dalla detenzione della sostanza stupefacente, quali l'offerta e la messa in vendita, siano completamente svincolate da un rapporto materiale tra l'agente e la sostanza stupefacente", senza, quindi, tenere in alcun conto che la Corte di Cassazione, con

sentenza del 7 aprile 1995, Frantone, ha affermato che, affinché sussista il delitto di offerta o messa in vendita è necessario che l'agente "abbia l'effettiva disponibilità della sostanza, essendo questo il naturale presupposto dell'offerta in vendita" e che, "in caso contrario, sarebbe violato il principio di legalità sancito dall'art. 1 c.p. e quello di offensività che la norma sottende".

"Del pari" - prosegue il ricorrente - "il mero accordo per l'acquisto di sostanza stupefacente, non seguito dalla sua consegna, **costituisce soltanto una possibilità astratta di circolazione dello stupefacente e, pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dalla corte di appello, non può, da solo, essere lesivo dell'interesse protetto**", sicché "non può non concludersi che, in ossequio al principio di offensività, si ha la consumazione del reato di acquisto di stupefacenti nel momento in cui avviene la consegna dello stupefacente dal venditore all'acquirente".

"D'altro canto - si aggiunge - se il legislatore ha inteso tutelare la salute pubblica reprimendo la diffusione e la circolazione della droga, l'interprete deve valutare in concreto come incidono i comportamenti delittuosi in relazione alla lesione del bene giuridicamente protetto e proprio in relazione al pericolo concreto derivante dalla diffusione e messa in circolazione della droga non si può razionalmente sostenere che l'acquisto a cui non segua la consegna materiale della res illecita sia equivalente all'ipotesi in cui, invece, la consegna sia avvenuta, perché in un caso la droga viene sottratta alla circolazione e, quindi, non si realizza il pericolo di un'ulteriore diffusione della sostanza, mentre nel secondo caso il pericolo di un'ulteriore diffusione esiste concretamente".

"Nè può richiamarsi - precisa il ricorrente - il principio consensualistico, di cui all'art. 1376 c.c., quale unico approccio ermeneutico conforme alla ratio punitiva par ritenere, in questa ipotesi, - acquisto senza traditio - la consumazione del reato di acquisto di stupefacenti".

"Infatti, l'orientamento giurisprudenziale che fa leva su tale principio per ritenere la consumazione del reato non considera che, come ha posto in evidenza Cass., 1 giugno 1998, Cerman ed altri, il diritto civile è finalizzato a definire e regolamentare i rapporti giuridici dallo stesso ritenuti meritevoli di protezione in quanto leciti, tanto che esclude qualsiasi efficacia di tutti quei negozi giuridici che abbiano una causa illecita o che siano stipulati in frode alla legge o per motivi illeciti comuni ad entrambi, il che, a ben vedere, è l'esatto contrario di quanto accade nei casi di vendita di stupefacenti, essendo questa talmente non voluta dalla legge da essere non solo resa civilisticamente nulla sulla base delle disposizioni dell'art. 1418 c.p., comma 2, artt. 1343, 1544 e 1345 c.p., ma addirittura sanzionata penalmente in caso di comunque avvenuta trasferimento della proprietà dello stupefacente, donde la conclusione, che il momento consumativo del reato di acquisto di sostanze stupefacenti, non potendosi ricorrere agli istituti civilistici, va individuato non nell'accordo delle parti, ma nella traditio dello stupefacente e nella corresponsione del prezzo".

2 - Denuncia, con il secondo motivo, "eccezione di incostituzionalità del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 1, per violazione del principio di ragionevolezza sancito nell'art. 3 Cost., nella parte in cui l'anzidetto art. 73 citato, comma 1, prevede, secondo l'interpretazione fornita dalla prevalente giurisprudenza della corte di cassazione, l'ipotesi di reato consumato e non di reato tentato nel caso in cui all'accordo delle parti non segua da parte del venditore, materiale detentore, la consegna all'acquirente della sostanza stupefacente oggetto della vendita".

Il ricorrente, con i motivi nuovi, ex art. 585 c.p.p., comma 4, denuncia "mancata concessione dell'attenuante ad effetto speciale di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, deducendo che, ai fini dell'applicazione dell'attenuante in questione, il giudice deve considerare e valutare anche la incensuratezza/personalità dell'imputato, rientrando l'incensuratezza tra le circostanze dell'azione per il rilievo che diverso è l'allarme sociale che dal fatto deriva se a commetterlo è chi ha precedenti specifici e chi, invece, non ne ha, incidendo la maggiore o minore capacità a delinquere del reo sull'entità del fatto e sulla sua qualificazione normativa" e "la Orlando, che ha avuto un ruolo del tutto marginale, è assolutamente incensurata".

Motivi della decisione

1 - Il primo motivo è infondato.

1 - Il richiamo del principio consensualistico, di cui all'art. 1376 c.c., sul quale si fonda la giurisprudenza della Corte di Cassazione, condivisa dalla sentenza impugnata - la giurisprudenza, assolutamente prevalente, che ritiene che il reato di acquisto di sostanze stupefacenti si consumi momento dell'accordo delle parti in ordine alla quantità e alla qualità dello stupefacente e al prezzo, dovendosi prescindere dalla traditio, dalla consegna della cosa - si presta, indubbiamente, ai rilievi, che si leggono nel ricorso, dal ricorrente mutuati, come si è visto, da una nota sentenza della Corte di Cassazione.

E', invero, innegabile che, come afferma Cass., 1 giugno 1998, C. ed altri, "il diritto civile sia finalizzato a definire e a regolamentare i rapporti giuridici dallo stesso ritenuti meritevoli di protezione in quanto leciti; tanto che esclude qualsiasi efficacia di tutti quei negozi giuridici che abbiano una causa illecita o che siano stipulati in frode alla legge o per motivi illeciti comuni ad entrambi i contraenti (artt. 1418 c.c., comma 2, artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.) il che, a ben vedere, è l'esatto contrario di quanto accade nei casi di vendita di stupefacenti per motivi non terapeutici, essendo questa vendita talmente non voluta dalla legge da essere non solo resa civilisticamente nulla sulla base delle anzidette disposizioni, ma addirittura sanzionata penalmente in caso di comunque avvenuto trasferimento della proprietà dello stupefacente".

Ebbene, se ciò è esatto, non ne consegue, però, come ritiene la sentenza appena citata, che "il momento consumativo del reato di acquisto di stupefacente deve essere individuato non nell'accordo delle parti, ma nella traditio e nella corresponsione del prezzo", e ciò perché, al di là del ricorso al principio consensualistico, quale disciplinato dall'art. 1376 c.c., è lo stesso

legislatore che, elencando, nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 1, le condotte, soggette alla sanzione penale, nelle quali ravvisa la "produzione e il traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope", esige si ritenga che il reato di acquisto di sostanza stupefacente si consuma prescindendo dalla consegna della res, si consuma, cioè, nel momento in cui interviene l'accordo tra le parti sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo.

Il collegio, dunque, condivide l'affermazione, propria di una voce della dottrina, che, riesaminando la questione alla luce della sentenza della 6 sezione della Corte di Cassazione del 2 luglio 2002, P.M./G. ed altri - sentenza, come si può agevolmente notare, emessa, in distinto processo, nei confronti di coloro che sono concorsi nel reato contestato alla Orlando e nella quale era stata sollevata la medesima questione, **ha sottolineato, dopo essersi soffermata sulle fattispecie di messa in vendita, di offerta, di vendita, di cessione di stupefacente e sulla fattispecie di tentativo di vendita e di cessione, ritenendo il tentativo non configurabile, che anche per il momento consumativo della condotta di acquisto di sostanze stupefacenti occorre prescindere da ogni considerazione sull'applicabilità o meno delle nozioni e dei principi civilistici, dovendo ricercarsi la soluzione, ancora una volta come per le fattispecie dianzi richiamate, nel testo del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, costruito in termini onnicomprensivi, testo nel quale si prevede, accanto alla condotta dell'acquisto, quella della detenzione".**

"La detenzione - si prosegue - non implica necessariamente un contatto fisico immediato con la sostanza stupefacente, ma va intesa come disponibilità di fatto di questa ed, evidentemente, la condotta di acquisto, per conservare un autonomo spazio applicativo, non può che riguardare quelle situazioni, prodromiche alla detenzione, in cui il soggetto acquirente non ha ancora materialmente o di fatto acquisito la disponibilità della sostanza".

"Ne discende - si precisa - che, per ritenere l'acquisto consumato è sufficiente, ma necessario, l'accordo sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo da pagare tra acquirente e venditore, senza che siano richieste la traditio e la corresponsione del prezzo".

"Sufficiente, perché, appunto, con la traditio - ed eventualmente il pagamento del prezzo - la condotta ravvisabile sarebbe quella della detenzione, non a caso costruita come onnicomprensiva e residuale; necessario, perché, in difetto di un accordo nei termini suesposti, - accordo incontestabilmente avvenuto nella fattispecie, come si evince dalla relativa affermazione, a suo tempo testualmente citata, che si lecite a pag. 11 della sentenza impugnata - potrebbe discutersi semmai della applicabilità della fattispecie tentata, non ostandovi le obiezioni [ad1] concettuali [ad2] relative alle condotte di vendita e di cessione".

Una volta, quindi, intervenuta la traditio, corredata magari dalla corresponsione del prezzo, non si pone più un problema di qualificabilità del fatto come acquisto, vertendosi, pacificamente, in

ipotesi di detenzione illecita che assorbe la minore condotta di acquisto.

2 - Può, a questo punto, obiettarsi che, se si ritiene che il reato di acquisto di sostanza stupefacenti si perfeziona - si consuma - nel momento in cui interviene l'accordo tra venditore e acquirente sulla quantità, sulla qualità e sul prezzo, prescindendo dalla traditio, resta, però, il problema della condotta del venditore, al quale, se non consegnasse lo stupefacente, potrebbe essere contestato il reato di tentata vendita, con la conseguenza che l'accordo, se non perfezionato con la traditio potrebbe dare vita a due fattispecie, di reato tentato per il venditore e di reato consumato per l'acquirente, in relazione alle quali non si comprenderebbe davvero perché mai la semplice diversità di ruoli, in un rapporto sinallagmatico sostanzialmente paritario, dovrebbe produrre, sul piano della rilevanza penale, conseguenze così disomogenee.

Ma, l'obiezione in questione è agevolmente superabile se si riflette che, per la citata voce della dottrina, il tentativo di vendita o di cessione di stupefacente non è, a ragione, - lo si è già accennato- configurabile, avendo il legislatore, nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 1, anticipato, quanto alla vendita e alla cessione di sostanze stupefacenti, la soglia della punibilità con la previsione delle condotte di messa in vendita e di offerta, che, sicuramente antecedenti alla vendita e alla cessione, si connotano, diversamente dalla vendita e dalla cessione, per la non avvenuta "dazione" e, secondo la giurisprudenza, per la non "immediata disponibilità" della droga, essendo sufficiente la semplice "dichiarazione dell'agente" purché realizzabile e non priva di serietà.

In questo contesto di anticipazione della soglia di punibilità ricavare uno spazio per il tentativo di vendita e di cessione di stupefacente sarebbe, pertanto, concettualmente impossibile anzitutto e, in secondo luogo, senz'altro irragionevole, che sarebbero punite con la pena, meno severa, prevista per il reato tentato condotte - la vendita a la cessione - che, presupponendo la immediata disponibilità dello stupefacente, dovrebbero essere ritenute più gravi della messa in vendita o della offerta, per le quali, secondo la giurisprudenza prevalente, non è richiesta la disponibilità immediata dello stupefacente e, ciò nonostante, sono costruite come fattispecie di reato consumato e sanzionato con le relative pene.

La citata dottrina aggiunge, a questo punto, - e la puntualizzazione non può non essere, anch'essa, condivisa - che, non essendo configurabile il tentativo di vendita o di cessione di stupefacente, per poter ricondurre queste fattispecie - le quali, altrimenti, resterebbero impunte - nell'ambito della "messa in vendita o dell'offerta" deve negarsi che l'elemento distintivo della messa in vendita o dell'offerta sia costituito dall'assenza di disponibilità immediata della droga, dovendo, invece, farsi rientrare in tali fattispecie anche le condotte, quali la vendita e la cessione, caratterizzate dall'immediata ed effettiva disponibilità dello stupefacente.

Stupefacente che l'agente ha, con la vendita o con la cessione, non seguite da traditio, "messo sicuramente in commercio" (si pensi agli artt. 474, 516 e 517 c.p.) ponendo in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a venderlo o a cederlo e non riuscendo nell'intento per una qualsivoglia ragione", come si verifica in tutti i casi di tentativo, il quale, peraltro, per la vendita a per la cessione di droga, non è

- giova ripeterlo - configurabile in quanto tale, data la anticipazione della soglia di punibilità con la previsione delle fattispecie di messa in vendita e di offerta.

2 - Da tutto ciò emerge anche la mani festa infondatezza della questione di legittimità costituzionale, essendo innegabile la ragionevolezza del legislatore sia allorché, per i delicatissimi interessi che vuole tutelare, quali, tra tutti, la salute e la vita delle persone, specialmente dei giovani, anticipa, nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 1, la soglia della punibilità prevedendo, oltre le condotte di vendita e di cessione, le condotte di messa in vendita e di offerta e rendendo, così, non configurabile il tentativo di vendita e di cessione di droga, sia allorché, prevedendo la condotta di detenzione - che assorbe la minore condotta di acquisto - manifesta il suo giudizio di disvalore nei confronti di quest'ultima condotta rendendola punibile nel momento dell'accordo tra venditore ed acquirente prescindendo dalla traditio.

3 - Il motivo nuovo è inammissibile, essendo giurisprudenza delle SS.UU. che "i motivi nuovi a sostegno della impugnazione, previsti tanto nella disposizione di ordine generale contenuta nell'art. 585 c.p.p., comma 4, quanto nelle norme concernenti il ricorso per Cassazione in materia cautelare - art. 311 c.p.p., comma 4, - ed il procedimento in camera di consiglio nel giudizio di legittimità - art. 611 c.p.p., comma 1, - devono avere ad oggetto i capi o i punti della decisione impugnata che sono stati enunciati nell'originario atto di gravame ai sensi dell'art. 581 c.p.p., lett. a), (SS.UU., 20 aprile 1998, n. 4683, rv. 210259) e è certo sia che la questione della attenuante ad effetto speciale, di cui al .P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, costituisca un punto della decisione, sia che questo punto non sia stato enunciato nell'originario atto di gravame, così come non lo era stato nell'originario atto di appello.

4 - Ciò premesso, il ricorso deve essere rigettato; la questione di legittimità costituzionale deve essere dichiarata manifestamente infondata.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, dichiarando manifestamente infondata la sollevata questione di legittimità

costituzionale.

[1] Si reputa utile nonostante l'intervenuta modifica in fieri riprodurre il testo del previgente art. 73 comma 1, posto che, comunque, anche il nuovo testo non modifica sostanzialmente i termini del problema

1.

CHIUNQUE SENZA L'AUTORIZZAZIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 17, COLTIVA, PRODUCE, FABBRICA, ESTRAE, RAFFINA, VENDE, OFFRE O METTE IN VENDITA, CEDE O RICEVE A QUALSIASI TITOLO,

DISTRIBUISCE, COMMERCIA, ACQUISTA, TRASPORTA, ESPORTA, IMPORTA, PROCURA AD ALTRI, INVIA, PASSA O SPEDISCE IN TRANSITO, CONSEGNA PER QUALUNQUE SCOPO O COMUNQUE ILLECITAMENTE DETIENE, FUORI DALLE IPOTESI PREVISTE DAGLI ARTICOLI 75 E 76, SOSTANZE STUPEFACENTI O PSICOTROPE DI CUI ALLE TABELLE I E III PREVISTE DALL'ARTICOLO 14, È PUNITO CON LA RECLUSIONE DA OTTO A VENTI ANNI E CON LA MULTA DA LIRE CINQUANTA MILIONI A LIRE CINQUECENTO MILIONI.

[2] V. PISA 1995c; 1060

[ad1]

[ad2]

<https://www.diritto.it/il-momento-consumativo-del-reato-di-cessione-di-sostanze-stupefacenti-a-fronte-di-nuovi-orientamenti-e-nuovi-dubbi-una-proposta-per-superare-le-incertezze/>