

Sulla cessione di stupefacenti

Autore: Zaina Carlo Alberto

In: Diritto penale

La tradizione dello stupefacente continua a rimanere un post-factum non punibile, laddove ci si trovi in presenza di un precedente accordo perfetto tra più soggetti, avente ad oggetto la cessione del compendio drogante.

In maniera imperterrita, questa continua ad essere la posizione dei giudici di legittimità, i quali, [investiti nuovamente del problema concernente la punibilità di condotte di persone che paiano avere concluso, sul piano consensuale un negozio illecito di cessione di stupefacenti verso acquirenti, cui, però, non abbia fatto seguito la consegna materiale dell'oggetto della vendita], hanno ritenuto di confermare il giudizio di condanna reso dalla Corte d'Appello.

E dire che, nella fattispecie, le osservazioni e doglianze difensive apparivano (ed appaiono tuttora) pregnanti e di particolare interesse scientifico.

In buona sostanza, partendo dalla considerazione che i giudici di merito avevano modellato il loro ragionamento sul presupposto che l'art. 73 dpr 309/90 presidia e mira a sanzionare situazione di pericolo che sono connesse intimamente con la possibile circolazione degli stupefacenti, nel tessuto sociale, la difesa sosteneva:

1.

che nessuna delle ipotesi, che, usualmente, vengono a soccorso normativo dell'interprete in relazione ad episodi di cessione o vendita di stupefacenti, può prescindere dall'osservazione 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">>**;

2.

che l'accordo fra le parti non può essere, quindi, considerato di per sé solo, esaustivo la fattispecie incriminatrice, posto che esaminare tale condotta, in maniera atomistica, cioè svincolata dal suo elemento materialmente consequenziale (la consegna), rende il pericolo di diffusività degli stupefacenti che si assume a base della norma, solo come manifestazione puramente potenziale, inidonea, quindi a vulnerare e ledere in qualche modo l'interesse cui l'ordinamento riconosce dignità di tutela.

Per il perfezionamento del reato di cessione o vendita, pertanto, afferma la difesa, in ricorso, la traditio non è surrogabile con altre ipotesi;

3. appare, dunque, per il ricorrente, operazione necessaria quella che concreti una valutazione concreta e logica delle forme attraverso le quali, di volta in volta, si verifichi l'attentato alla salute sociale, dovendosi presupporre che **“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”**.

** ** *

Importante e meritevole di rilievo, inoltre, è la posizione di critica, fortemente negativa, assunta sempre dalla difesa, rispetto all'applicazione analogica del disposto dell'art. 1376 c.c. .

Tale norma, infatti, è, in sintesi, il vero caposaldo della teoria consensualistica, posto che, in tal modo, viene traslata in ambito penalistico, la disciplina regolatrice i contratti ad effetti reali, cioè i contratti che si assumono conclusi sulla base del solo accordo fra le parti e nei quali - come detto in prolusione - la dazione del bene diviene una condotta puramente accessoria, rilevante solo in relazione all'adempimento, non già al perfezionamento del negozio (che si attua con la fusione delle volontà).

Senza discettare ulteriormente giovi dire, ai fini che ci interessano in questa sede, quanto appaia pertinente il richiamo alla sentenza Cerman del 1 Giugno 1998, che focalizzò in maniera ermeneuticamente corretta i principali profili civilistici disciplinanti l'istituto della vendita, [attraverso il richiamo parallelistico fra la natura di illecito penale che permea la condotta in questione e la naturale nullità di un contratto illecito], per inferire dagli stessi la conclusione che il dettato dell'art. 1376 c.c. non pare aderente ed adeguato alla condotta in esame.

Non si può, quindi, secondo l'insegnamento che si deriva da tale pronuncia, al fine di dichiarare perfezionato il reato in questione, prescindere od escludere l'elemento della materialità della dazione.

** ** *

A fronte di simili doglianze, la Corte Suprema ha dovuto operare qualche imbarazzata ammissione, ritenendo che **"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.....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"**, ma ha tenuto ben ferma la barra del vigente orientamento (che anticipa la fase commissiva-perfezionativa dell'illecito all'atto del consenso), escludendo che appaia consequenziale - quale momento consumativo del reato di acquisto di stupefacente - quello della traditio e della corresponsione del prezzo relativo.

A questo punto, onde motivare la conservazione dell'attuale indirizzo giurisprudenziale, così fortemente minacciato, la Corte di legittimità ha attribuito al legislatore la responsabilità della scelta di anticipare il

perfezionamento del reato di cessione di stupefacenti al “**..momento in cui interviene l'accordo tra le parti sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo...**”.

L'argomento ermeneuticamente rilevante (venendo espressamente escluso il criterio civilistico id cui all'art. 1376 c.c.) sarebbe, invece, quello desumibile dal testo dell'art. 73 dpr 309/90 nella parte in cui, all'interno del novero delle le condotte sanzionabili sarebbero ricomprese le specifiche fattispecie concernenti la "**produzione e il traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope**" e, quale norma di salvaguardia dell'intero sistema repressivo, la detenzione.

Il detenere cconfigurerebbe una condotta da intendersi, sotto il profilo di una terminologia giuridico-filologica, come previsione e manifestazione normativa generale e, dunque, risulterebbe onnicomprensiva.

Secondo i Supremi Giudici è, quindi, l'opera di elaborazione ed interpretazione del concetto di detenzione, che viene ad assumere una funzione di centralità e decisività allo scopo di derimere la controversia esegetica, una volta che - *expressis verbis* - il principio civilistico cui si è fatto precedentemente (e più volte) cenno viene estromesso dal processo deliberativo.

Certamente, quello intrapreso dalla Corte di Cassazione, concreta un iter logico-ricostruttivo che, valorizzando la struttura dell'art. 73, presenta maggiore affinità al tema in esame.

Ciò non di meno, come si vedrà infra, l'assumere, quali parametri decodificativi, elementi penalistici in senso stretto, non autorizza affatto ad affermare - automaticamente - che tali fattori risultino pertinenti e

corretti in rapporto alla fattispecie concretamente esaminata.

Si deve, infatti, sottolineare come non si possa assolutamente condividere la definizione di detenzione che i giudici di legittimità forniscono.

Affermare, infatti [prebìo richiamo della sentenza 2 Luglio 2002 della VI Sezione] che **"la detenzione non implica necessariamente un contatto fisico immediato con la sostanza stupefacente, ma va intesa come disponibilità di fatto di questa"** e di conseguenza che **"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"**, significa null'altro che forzare il dato gnoseologico e filologico.

Con il verbo detenere, infatti, si intende, sotto il profilo tecnico-specialistico **"l'averne in uso o in custodia"** (V. Dizionario Italiano - De Mauro - Paravia/Mondadori, 1982) un bene od un oggetto, il che significa identificare una situazione di apprensione materiale rispetto alla cosa.

Se, quindi, una siffatta premessa trova tranquillizzanti ed inequivoci presupposti lessicali, del tipo di quello testè esposto, appare ancor più evidente che non può essere affatto condivisa quella conclusione che comporta l'anticipazione del momento perfezionativo del reato di cessione di stupefacenti alla formazione del consenso fra le parti.

Una simile impostazione, infatti, allarga abnormemente sia sul piano giuridico, che naturalistico, la nozione di detenzione, intesa quale necessario prodromo in funzione dell'ulteriore condotta di cessione o vendita.

Afferma, infatti, a tale scopo il Collegio, la sussistenza di una palese equazione fondata sulla considerazione che la successiva traditio della sostanza stupefacente, costituente la cessione-acquisto, presuppone **“la detenzione, non a caso costruita come onnicomprensiva e residuale”** .

In pratica, la Corte stima possibile e certo, in maniera assolutamente apodittica

1. che, sul piano puramente semantico, si possa interpretare e percepire la detenzione come una condotta che esiste, pur prescindendo dall'elemento materiale, cioè da quel rapporto concreto di disponibilità diretta ed immediata che, invece, secondo l'accezione corrente e predominante si deve instaurare tra soggetto detentore e bene detenuto;
2. che il richiamo alla valvola di sicurezza normativa data dalla locuzione, di cui al comma 1 bis dell'art. 73 dpr 309/90 **“comunque illecitamente detiene”**, appaia strumentalmente (e proficuamente) utilizzabile quale prodromo nella sua equivoca genericità.

Va, peraltro, detto che nessuno dei due elementi sopra richiamati può apparire apprezzabile allo scopo ermeneutico cui essi sono stati utilizzati.

Al di là delle diatribe filologiche (che vanno risolte in senso opposto a quello cui si è orientata la Corte), si deve, infatti, rilevare che la locuzione **“comunque illecitamente detiene”**, riguarda una situazione, in capo all'agente, che configura un possesso non solo giuridico, ma effettivo, attuale e concreto dello

stupefacente ed esclude una ipotetica acquisizione futura dello stesso.

Pare di poter affermare che il carattere di realtà (intesa come presenza effettiva della res oggetto del negozio illecito) della condotta di cessione (o vendita) debba essere un profilo imprescindibile e, quindi, la detenzione [presenza effettiva nella sfera di disponibilità del potenziale cedente della droga], quale prodromo di un susseguente trasferimento del compendio drogante da un soggetto all'altro, debba sussistere con certezza al momento del consenso, ma deve esternarsi necessariamente nella traditio.

Il richiamo alla più volte citata locuzione, inoltre, pare inconferente, in quanto essa si riferisce ad una situazione puramente soggettiva, che connota una condotta, ponendola al di fuori della sfera di liceità data dall'autorizzazione dell'art. 17 dpr 309/90.

La parola **"comunque"**, quindi non apre affatto nuovi spazi interpretativi del genere di quelli sostenuti dall'intuizione della Corte, perché non attiene, né può attenere (a meno di volere - come avvenuto - stravolgere i termini normativi vigenti) ad un concetto di detenzione differente da quello che sul piano ontologico, pregiudiziale a quello giuridico, si deve ricavare.

Il pensiero manifestato dalla Corte merita, però, un'ulteriore valutazione.

I giudici di legittimità affermano, infatti che ci si debba informare al principio secondo il quale **"...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"**, perché - aggiungiamo noi - appare doverosa la ricerca di un criterio distintivo fra la condotta di acquisto e quella di detenzione, che opinando contrariamente all'orientamento del Collegio, verrebbero a perdere il loro carattere di differenza ed assumerebbero un connotato di inutile specificazione e sovrapposizione.

In verità, il problema non pare poter trovare soluzione accettabile nel senso prospettato dalla Corte di Cassazione, quanto piuttosto va considerato e risolto sulla base dell'esame della scansione temporale degli eventi che si verificano in presenza della condotta del cedente.

Acquisto e detenzione pur essendo comportamenti [e costituendo momenti] ontologicamente autonomi, a parere di chi scrive, devono (e possono) essere ritenuti assolutamente e necessariamente complementari fra loro, senza dovere ricorrere alla fictio iuris data dal fissare nel consenso l'attimo pregnante per la punibilità dell'illecito.

Come si può, infatti, ritenere perfezionato l'acquisto di sostanza stupefacente, solo in virtù di un accordo teorico, senza, quindi, avere la certezza dell'apprensione materiale, da parte di chi rivesta il ruolo di acquirente?

Colui che acquista deve ricevere materialmente la droga oggetto della cessione giungendo, così, in

contemporanea, a detenerla, in quanto nella fattispecie, l'acquisizione non può esaurirsi in una signoria o disponibilità puramente teorica rispetto al bene.

Con il termine “**acquisto**” si identifica, infatti, il profilo di qualificazione negoziale del rapporto che intercorre fra le parti, mentre la parola “**detenzione**” focalizza, a propria volta, la effettiva presa in carico del bene acquistato, situazione che crea, così, il nesso fra soggetto e sostanza.

Si tratta, pertanto, di due aspetti necessari e concatenati di un singolo iter illecito di natura progressiva, che deve essere valutato nella sua interezza.

La detenzione, quale conseguenza necessaria ed ulteriore dell'acquisto, quindi, non può essere identificata nella generica ed astratta disponibilità di un compendio materiale che fisicamente non entri in rapporto diretto con l'acquirente e rimanga aliunde.

In proposito, appare doveroso ed illuminante un brevissimo parallelismo con la legislazione di materia di armi, la quale, all'art. 2 L. 20 ottobre 1967 n. 895 (mod. dall'art. 10 L. 14 ottobre 1974 n. 497), prevede la punibilità della detenzione - a qualsiasi titolo - di armi o parti di esse, di munizioni, esplosivi etc. .

Or bene, pare di potere affermare che in tale segmento normativo il concetto di detenzione (e correlativamente di possesso) non abbia subito alcuna distorsione interpretativa, in quanto esso a viene fotografare la normale ed usuale situazione di fatto concretante la diretta disponibilità materiale e di apprensione del bene da parte dell'agente [Cfr. Cass. pen. Sez. I, 06-05-2003, n. 23458 (rv. 224413), Bisci, CED Cassazione, 2003 che individua nell'aver materialmente l'arma a disposizione per un tempo apprezzabile a nulla rilevando i motivi dell'azione, il discrimine per la punibilità della condotta di cui al citato art. 2 L. 895/67].

Ergo non si comprende perchè mai il concetto giuridico di detenzione, che individua una precisa situazione di fatto ed è utilizzato, nella fattispecie, in maniera strumentale alla cessione di stupefacenti. dovrebbe assumere vestigia interpretative assolutamente differenti da quelle usualmente adottate.

Tornando, dunque, alla materia degli stupefacenti, il profilo che si va esaminando tocca aspetti ancor più marcati, laddove ci si imbatte nella generale condotta di cessione, (cioè ove essa non costituisca vendita) vale a dire, dunque, nell'ipotesi in cui, la negoziazione avvenga a titolo gratuito, o, comunque, non oneroso.

Se, infatti, **l'accordo sulla quantità e qualità della sostanza e sul prezzo da pagare tra acquirente e venditore**, sono considerati dalla criticata giurisprudenza parametri interpretativi di natura decisiva, per sostenere il perfezionamento del reato di vendita, ci si deve domandare come gli stessi possano venire surrogati in un contesto di trasferimento gratuito di droga da un soggetto ad un altro, ferme le

osservazioni in tema di detenzione.

Ci si deve chiedere, infatti, se una generica disponibilità ad una cessione, non corroborata da elementi che identifichino il tipo, la quantità, il prezzo dello stupefacente e, soprattutto, non seguita dalla traditio, possa configurare un delitto perfetto di cessione.

Taluna pronuzia (Cfr. Sez. VI 7 Aprile 1995 n. 7943, Franzone) ha intelligentemente invitato a distinguere fra l'offerta in vendita e le vanterie di chi si accrediti, come soggetto munito di disponibilità di stupefacente, pur essendo, invece, privo di tale disponibilità ed ha, al contempo, sottolineato l'importanza di addivenire ad una verifica probatoria rigorosa e sicura del fatto che il soggetto-offerente sia in grado di avere lo stupefacente in questione.

Ed allora vi è da sottolineare come si ritorni sempre alla ineludibilità della circostanza che la cessione di stupefacente (o vendita od altro illecito comportamento equipollente) non possa prescindere dal profilo materiale e non possa consistere in un accordo meramente verbale.

In termini forensi assai prosaici, si potrebbe affermare che non è più possibile proseguire nella persecuzione di fatti di "droga parlata", a fronte di un tenore letterale delle norme in materia che non lascia adito a dubbi in ordine alla fundamentalità della traditio.

Consequenziale, quindi, è la negativa soluzione che il Collegio fornisce in ordine al paventato (e non da oggi) "tentativo di cessione" di sostanze stupefacenti.

L'anticipazione temporale del momento di commissione dell'illecito, infatti, preclude ogni possibilità di compatibilità dell'istituto di cui all'art. 56 c.p., introducendo surrettiziamente, quale facente vece, la citata previsione dell'offerta in vendita.

Senza volere aprire ulteriori scenari, (il problema del tentativo, configura una mai sopita questione che merita ben altra e più approfondita disamina) si deve concludere nel senso di ribadire la necessità di tornare ad un'esegesi maggiormente rispettosa del tenore letterale della norma.

E', altresì, auspicabile che la lettura delle legge sia sempre meno condizionata da esigenze e contingenze emergenziali, che inducono il giudicante a valutazioni estensive, spesso abnormi (fondate su motivazioni opinabili) e, comunque, difformi dallo originario spirito del legislatore.

In questo senso non pare accettabile, quindi, la possibile frattura fra accordo e traditio e la retrocessione di questa condotta, nei casi in cui si accontenti di privilegiare la volontà astratta delle parti, a mero complemento penalisticamente quasi irrilevante.

Rimini, lì 4 Giugno 2007

Carlo Alberto Zaina

<https://www.diritto.it/sulla-cessione-di-stupefacenti/>