

CLELIA BATTISTA

L'ACQUISTO SIMULATO DI DROGA

L'Aquila, 2003

1. L'art. 97 del D.P.R. 9.10.1990, n. 309, nel testo vigente, prevede che, "Fermo restando il disposto dell'art. 51 del codice penale, non sono punibili gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga, i quali, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dalla presente legge ed in esecuzione di operazioni antidroga specificamente disposte dal Servizio centrale antidroga (ora D.C.S.A.) o, d'intesa con questo, dal questore o dal comandante del gruppo (ora comandante provinciale) dei Carabinieri o della Guardia di finanza o dal comandante del nucleo di polizia tributaria, o dal direttore della Direzione investigativa antimafia ..., procedono all'acquisto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Dell'acquisto di sostanze stupefacenti o psicotrope è data immediata e dettagliata comunicazione al Servizio centrale antidroga (ora D.C.S.A.) ed all'autorità giudiziaria. Questa, se richiesta dalla polizia giudiziaria, può, con decreto motivato, differire il sequestro fino alla conclusione delle indagini."

Si tratta di norma che, come il successivo art. 98, recepisce nel nostro ordinamento l'art. 11 della Convenzione delle Nazioni Unite sul traffico illegale di stupefacenti e sostanze psicotrope, siglata a Vienna il 19.12.1988.

La finalità della norma è evidente: consentire a soggetti particolarmente qualificati di contattare singoli spacciatori o componenti di associazioni finalizzate al traffico di droga e di intavolare trattative per acquisto (se del caso giungendo alla conclusione dell'operazione), al fine esclusivo di acquisire elementi di prova (quindi

anche soli indizi) relativamente ai delitti (non anche le contravvenzioni) previsti dalla legge.

Altrettanto evidente è il motivo per il quale la scriminante (di tale si tratta, come si vedrà in seguito) è applicabile solo alle operazioni disposte dalla D.C.S.A. o, d'intesa con questa, dalle autorità centrali o territoriali delle forze di polizia indicate nell'articolo. L'attività dell'infiltrato presuppone, infatti, grandi capacità personali e l'appoggio incondizionato della struttura di vertice nel settore, poiché, per l'ovvia segretezza assoluta dell'operazione, chi opera non può fruire della protezione della generalità dei colleghi, con gravi rischi per la propria incolumità personale. Iniziative di singoli, poi, potrebbero essere considerate sospette.

2. Le cause di giustificazione, o esimenti, o scriminanti, fanno parte della più ampia categoria delle “circostanze che escludono la pena” (art. 59 c.p.), in cui il nostro legislatore ha genericamente ricompreso tutti i casi in cui un soggetto debba essere dichiarato non punibile. Esse eliminano fin dall'origine uno dei tre (secondo la concezione tripartita) elementi costitutivi del reato, cioè l'antigiuridicità. Invece, le cause di esclusione della colpevolezza, o scusanti, non eliminano l'illiceità oggettiva (antigiuridicità) del fatto, ma riguardano l'elemento soggettivo del reato, mentre le cause di esenzione dalla pena derivano da valutazioni di opportunità, che consigliano, ad evitare lesioni di interessi ritenuti meritevoli di particolare tutela (ad esempio, l'unità familiare: art. 384, art. 649 c.p.), di non applicare la pena in determinati casi, pur in presenza di tutti gli elementi costitutivi di un reato, vale a dire la tipicità,

l'antigiuridicità e la colpevolezza.

Quella inserita nel nostro ordinamento dall'art. 97 è una speciale causa di giustificazione, di contenuto più ampio di quella di cui all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere), anche se sottoposta al verificarsi di condizioni particolari. Se così non fosse, non avrebbe alcun senso l'espresso riferimento ("Fermo il disposto dell'art. 51 del codice penale") contenuto nella norma e, del resto, la non punibilità dell'ufficiale di polizia giudiziaria che procede all'acquisto (simulato) di droga non sarebbe inquadrabile in una delle altre categorie delle circostanze che escludono la pena, per evidente insussistenza dei presupposti.

La conclusione ha grande rilevanza sul piano pratico: avendo l'ufficiale di polizia giudiziaria operato lecitamente (per mancanza dell'antigiuridicità del fatto), egli non ha mai rivestito la qualità di indagato, ma gli va riconosciuta la qualità sostanziale e processuale di testimone, per cui non è applicabile il divieto di utilizzazione delle sue dichiarazioni previsto dall'art. 63 c.p.p. (Cass. sez. VI, 18.1.1999, n. 669), ed anzi, non avendo egli agito con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica, ma come partecipante all'azione, non è applicabile neanche il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato di cui all'art. 62 c.p.p. (Cass. sez. IV, 13.9.2001, n. 33561).

3. La figura dell'infiltrato è assimilabile, per vari aspetti, a quella dell'agente provocatore, cioè a colui che (spesso appartenente a forze di polizia) istiga (cioè rafforza o eccita in altri un proposito criminoso già esistente) taluno a commettere un

delitto per poi assicurarlo alla giustizia. Si verte, in tal caso, in ipotesi di concorso morale nel reato, non punibile, secondo l'orientamento rigoristico della giurisprudenza, solo quando, con un intervento indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto, non vengano superati i limiti di un'attività di meri controllo, osservazione e contenimento della condotta criminosa altrui (Cass. sez. I, 19.5.1999, n. 6302; sez. IV, 30.10.1999, n. 12347; sez. IV, 13.11.2000, n. 11634).

Tale può essere il caso dell'agente di polizia giudiziaria che, in una cessione di droga già concordata tra altri, si sostituisca all'acquirente al momento della consegna.

Deve in questa ipotesi applicarsi all'appartenente alla polizia giudiziaria (ma anche ad un privato, purché destinatario di uno specifico ordine della pubblica autorità – Cass. sez. I, 19.5.1999, cit.) l'esimente di cui all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere), poiché la polizia giudiziaria ha l'obbligo, anche di propria iniziativa, di “prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale” (art. 55 c.p.p.).

All'infiltrato, invece, nel rispetto della procedura prevista, è consentito anche indurre il trafficante ad una vendita o a un trasporto non previsti, presupposti indispensabili per l'acquisto simulato: se si opinasse diversamente la norma sarebbe del tutto inutile.

Di fatto, l'ufficiale di polizia giudiziaria operante prende contatto, il più delle

volte, prima con intermediari in grado di garantire per lui (ed è questo il momento più difficile, quello in cui bisogna conquistare la fiducia dell'organizzazione), poi con i venditori. Al termine di trattative spesso estenuanti, nel corso delle quali la sicurezza dell'infiltrato, che ha dovuto preventivamente isolarsi e cambiare identità, è garantita esclusivamente dalle intercettazioni telefoniche ed ambientali, si arriva a volte all'acquisto della droga, cioè all'acquisizione della prova del delitto, che può anche non essere il momento finale dell'operazione, tanto che il secondo comma dell'art. 97 prevede la possibilità che il sequestro venga differito fino alla conclusione delle indagini.

Il fatto che l'acquisto sia simulato non rende la vendita non punibile per essere il reato impossibile per inidoneità dell'azione (art. 49 comma secondo c.p.). A tal fine, l'impossibilità che si verifichi l'evento (nella specie vendita ad altro spacciatore o a tossicodipendente) deve, infatti, essere assoluta ed originaria e va valutata in concreto, con giudizio ex ante, in relazione alle circostanze conosciute e conoscibili dall'agente, per cui nessuna rilevanza ha l'inefficienza dell'azione dovuta all'intervento di cause estranee all'attività del reo, quale l'intervento dell'infiltrato.

4. La procedura prevista dalla norma potrebbe non essere rispettata. Le conseguenze variano a seconda della condizione non osservata.

Se all'acquisto simulato procede un agente di polizia giudiziaria o un ufficiale non appartenente ad unità specializzate antidroga, la scriminante speciale non opera. Tuttavia, se ne ricorrono i presupposti, al fatto può essere applicata la causa di

giustificazione generale di cui all'art. 51 c.p..

Ad analoga conclusione deve giungersi in caso di mancanza dell'autorizzazione della D.C.S.A., ma la logica e i principi generali fanno ritenere consentita, anche in mancanza di espressa previsione, la sanatoria dell'anomalia per ratifica successiva.

A nostro parere, l'omessa o ritardata comunicazione alla D.C.S.A. e all'autorità giudiziaria (cioè al pubblico ministero del luogo in cui l'acquisto è avvenuto), o l'invio di una comunicazione non dettagliata non rientra, in quanto prescritta in comma diverso ed avente carattere informativo, tra le condizioni per la sussistenza della scriminante, per cui può, al più, costituire fonte di responsabilità disciplinare. Proprio per questo, l'inosservanza della procedura prevista non incide minimamente sulla capacità a testimoniare nel processo degli ufficiali di polizia giudiziaria che hanno proceduto all'acquisto simulato (Cass. sez.VI, 30.8.1993, n. 8246; 18.7.1995, n. 7948).

Eventuali anomalie dell'attività investigativa svolta "sotto copertura" ed eventuali abusi commessi nell'espletamento della stessa, in violazione delle procedure previste, non hanno, poi, alcun riverbero negativo sull'esercizio dell'azione penale, ma possono assumere rilievo sul piano disciplinare o anche su quello penale per coloro che a tali anomalie dettero causa o che tali abusi commisero (Cass. sez. VI, 2.8.2000, n. 8722).

In sostanza, secondo la Corte di Cassazione, l'inosservanza della procedura

prescritta dall'art. 97 può comportare conseguenze sul piano sostanziale, ma non su quello processuale.

5. La non punibilità dell'infiltrato è limitata all'acquisto (perché simulato) di droga, ma è chiaro che, per introdursi nell'organizzazione criminale e per conquistarne la fiducia, chi opera è obbligato a commettere altri reati (quanto meno la falsificazione dei documenti di identità) e potrebbe essere indotto a commetterne di ulteriori per dimostrare la propria capacità delinquenziale (vendita di droga a terzi, scontri con bande rivali, aggressioni ad acquirenti insolventi).

Per i primi l'impunità ex art. 97 è garantita dalla stessa qualifica dell'operante, che non potrebbe, altrimenti, agire sotto copertura, purché si tratti di attività connesse all'acquisto, tese comunque all'accertamento dei destinatari e dei successivi ricettori dello stupefacente (Cass. sez IV, 13.9.2001, n. 33561); per i secondi è limitata a quelli (invero pochi) ai quali, ricorrendone i presupposti, è possibile applicare la scriminante dell'adempimento del dovere.

Questa, peraltro, non può certo essere estesa fino a coprire azioni violente o le altre condotte elencate nell'art. 73 della legge, che punisce la produzione e il traffico illecito di droga: l'adempimento di un dovere elimina l'antigiuridicità di un fatto determinato, obiettivo immediato del comportamento, ma non può estendersi ad una a volte lunga attività preparatoria, in vista di un evento futuro e incerto.

In tale ipotesi, quindi, non resta altro da fare che interrompere l'operazione appena possibile, con tutti i rischi che ciò comporta.

Per questa ragione il ruolo dell'infiltrato raramente è decisivo nell'identificazione dei vertici delle organizzazioni di trafficanti. Se a tanto si vuole giungere, sarebbe opportuno rivedere l'ambito di operatività dell'art. 97, sia pure con grande prudenza, aggiungendo almeno le attività simulate di cessione.