

# La “*ingente quantità*” di stupefacenti: la “*storia senza fine*” di un’aggravante al bivio tra legalità *in the books* e legalità *in action*

## *The “Massive Quantity” of Drugs: the “Never-Ending Story” of an Aggravating Circumstance at the Crossroads Between Law in Books and Law in Action*

ANDREA CHIBELLI  
*Magistrato ordinario in tirocinio*

DROGHE, INGENTE QUANTITÀ, LEGALITÀ PENALE

DRUGS, MASSIVE QUANTITY, CRIMINAL LAW

### ABSTRACT

La presente riflessione, partendo dall’analisi delle perplessità ermeneutiche da sempre suscitate dalla circostanza aggravante della “ingente quantità” di stupefacenti, si incentra sul lungo cammino interpretativo compiuto dalla giurisprudenza allo scopo di superare i dubbi di costituzionalità sollevati dalla disciplina dettata dall’art. 80, co. 2. d.P.R. n. 309/1990 e di perimetrarne la portata applicativa, per poi giungere agli ulteriori interrogativi che tali arresti giurisprudenziali hanno generato, senza trascurare le ultime prese di posizione della Corte di Cassazione, rese necessarie dall’intervenuto mutamento del quadro normativo in materia di sostanze droganti.

Having analysed several questions concerning the aggravating circumstance of “a massive quantity” of drugs, this article focuses on the long interpretative path followed by the courts in order to resolve the constitutional doubts raised by the rules laid down by Article 80 of Law no. 309/1990 and to define its scope. The article then considers the further questions raised by these judgements, without neglecting the most recent rulings of the Court of Cassation required by the recent change in the regulatory framework applicable to drugs.

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La nozione di “*ingente quantità*” di stupefacenti. – 2.1. Il “peccato originale” della fattispecie *ex art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1900*: i dubbi di costituzionalità per violazione del principio di tassatività. – 2.1.1. Una (breve) digressione: la fisionomia del principio di tassatività nell’attuale quadro normativo. – 2.1.2. La clausola della “*ingente quantità*”: elemento flessibile costituzionalmente ammissibile od elemento vago irrimediabilmente incompatibile con il dettato costituzionale? – 3. Il lungo cammino della giurisprudenza alla ricerca dei criteri di individuazione della “*ingente quantità*”. – 3.1. Il criterio “mercantilistico”. – 3.2. L’approccio empirico delle Sezioni Unite *Primavera* e i nuovi contrasti giurisprudenziali. – 3.3. Le Sezioni Unite *Biondi* e l’adesione al criterio “ponderale”. – 3.4. Il mutamento del quadro normativo e gli ultimi indirizzi giurisprudenziali. – 3.4.1. Primo orientamento: l’inattualità del “criterio ponderale” elaborato dalle Sezioni Unite. – 3.4.2. Secondo orientamento: la perdurante attualità del “criterio ponderale”. – 4. I nodi ermeneutici ancora sul tappeto: i limiti del diritto penale giurisprudenziale e il “prezzo da pagare” all’esigenza di prevedibilità delle decisioni giudiziali. – 4.1. La soluzione delle Sezioni Unite *Biondi* alla luce del principio di riserva di legge. – 4.2. La soluzione delle Sezioni Unite *Biondi* alla luce del principio di prevedibilità della decisione giudiziale. – 5. Nota conclusiva.

## 1.

## Premessa.

Ciclicamente, torna all’attenzione del dibattito giurisprudenziale la delicata questione della delimitazione dei confini applicativi della circostanza aggravante della “*ingente quantità*” prevista dalla disciplina penale degli stupefacenti. Questione che coinvolge alcuni dei profili più problematici del diritto penale contemporaneo: l’attuale fisionomia del principio di legalità, il contenuto e i limiti del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie criminosa, il rilievo da assegnare al canone della prevedibilità della decisione giudiziale, nonché, sullo sfondo, il rapporto tra legge e giudice – o, per dirla diversamente, tra diritto vigente e “diritto vivente” – dinanzi alla progressiva irruzione di una dimensione giurisprudenziale anche nel diritto punitivo.

Questioni tornate prepotentemente d’attualità a seguito della sentenza n. 32 del 2014, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità della disciplina penale degli stupefacenti, così spingendo la giurisprudenza a riflettere sulla perdurante attualità degli approdi interpretativi a cui la prassi pretoria era – faticosamente – giunta nella vigenza della normativa caducata dall’intervento demolitorio del giudice delle leggi.

La presente riflessione, partendo dall’analisi delle perplessità ermeneutiche da sempre suscitate dalla circostanza aggravante in commento, si incentrerà sul lungo cammino interpretativo compiuto dalla giurisprudenza allo scopo di superare i dubbi di costituzionalità sollevati dalla disciplina in esame e di perimetrarne la portata applicativa, per poi giungere agli ulteriori interrogativi che tali arresti giurisprudenziali hanno generato, senza trascurare le ultime prese di posizione della Corte di Cassazione, rese necessarie dall’intervenuto mutamento del quadro normativo in materia di stupefacenti.

## 2.

La nozione di “*ingente quantità*” di stupefacenti.

Sotto la rubrica “*aggravanti specifiche*”, l’art. 80, secondo comma, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*) disciplina una circostanza aggravante speciale per i delitti in materia di stupefacenti, prevedendo un significativo aumento di pena (“*dalla metà ai due terzi*”) nel caso in cui uno dei fatti puniti dal precedente art. 73 del testo unico “*riguardi quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope*”<sup>1</sup>.

Fin dalla sua introduzione la citata aggravante ha suscitato dubbi esegetici ed incertezze applicative. Infatti, come è evidente, l’intera fattispecie circostanziata regolata dal capoverso dell’art. 80 d.P.R. n. 309/1990 (da ora: t.u. stupefacenti), gravita intorno ad un elemento inva-

<sup>1</sup> Il comma 2 dell’art. 80 d.P.R. n. 309/1990 dispone inoltre che “*la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell’articolo 73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l’aggravante di cui alla lettera e) del comma 1*”, ossia quando “*le sostanze stupefacenti o psicotrope sono adulterate o commiste ad altre in modo che ne risulti accentuata la potenzialità lesiva*”.

riabilmente elastico che il legislatore ha voluto – o non ha potuto che – descrivere in termini generici e flessibili. L'inasprimento del trattamento sanzionatorio è fatto dipendere, difatti, dal carattere “*ingente*” della quantità di sostanza drogante che costituisce l'oggetto materiale delle varie condotte stigmatizzate dall'art. 73: un elemento il cui contenuto, quindi, è destinato ad essere precisato nella prassi applicativa grazie all'opera dell'interprete – e, in primo luogo, del giudice – chiamato a valutare il singolo caso concreto.

È innegabile allora che una simile previsione aggravatrice, incentrata su una locuzione sintetica ed indistinta, suscettibile di un'ampia e diversificata attuazione, ponga la difficoltà di perimetrare – in via astratta ed aprioristica – l'ambito applicativo dell'elemento circostanziale.

Ed è proprio qui che risiede, secondo una linea di pensiero, il *vizio genetico* della fattispecie circostanziata in esame. Il “peccato originale” dal quale discendono, a cascata, tutti i dubbi applicativi ai quali, ormai da anni, la giurisprudenza cerca di dare risposta. Dubbi che possono essere così sintetizzati: è compatibile con lo statuto costituzionale del diritto penale e, in particolare, con il principio di legalità, una tecnica legislativa di formulazione della fattispecie fondata sull'utilizzo di una clausola elastica o, comunque, di un'espressione volutamente generica, quale è – indiscutibilmente – quella che subordina l'applicazione di un aumento di pena alla ricorrenza, nel caso di specie, di un quantitativo di droga che appaia – senza alcuna ulteriore specificazione – semplicemente “*ingente*”?

## 2.1. *Il “peccato originale” della fattispecie ex art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1900: i dubbi di costituzionalità per violazione del principio di tassatività.*

Il dubbio è che l'eccessiva genericità del dettato di cui all'art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, in assenza di criteri obiettivi e sicuri a cui ancorare la valutazione giudiziale, demandi, in via esclusiva, all'incontrollabile discrezionalità dell'autorità giudiziaria l'apprezzamento circa la configurabilità della circostanza aggravante. In particolare, si è paventato il rischio che la carenza di determinatezza della norma in esame dia luogo ad arbitrii valutativi, a soluzioni non preventivabili od oggettivamente verificabili, nonché a scelte operative sperequate e non uniformi sul territorio nazionale. Così producendo – si è sostenuto – una palese rottura del principio di legalità sotto il profilo della tassatività/determinatezza/precisione del precetto sanzionatorio, rottura resa ancor più acuta dagli effetti gravemente sfavorevoli per il reo che l'operatività dell'aggravante produce sul piano dell'inasprimento del trattamento punitivo<sup>2</sup>.

### 2.1.1. *Una (breve) digressione: la fisionomia del principio di tassatività nell'attuale quadro normativo.*

La trattazione della questione della potenziale incostituzionalità del disposto di cui all'art. 80, cpv., d.P.R. n. 309/1990 rende necessaria una – sia pur breve – digressione intorno al principio di tassatività della norma penale.

Come noto, il canone di tassatività (o, a seconda delle denominazioni, di sufficiente determinatezza o di precisione) della fattispecie criminosa costituisce una delle più significative estrinsecazioni del principio di legalità in materia penale. In dettaglio, il principio in esame, impone che la norma incriminatrice sia sufficientemente precisa e determinata e, correlativamente, non sia applicata oltre i casi in essa previsti. Quindi, il canone in commento si indirizza, in primo luogo, al legislatore – obbligato al rispetto di parametri di precisione descrittiva in sede di enunciazione della fattispecie criminosa – e, in secondo luogo, si rivolge al giudice – vincolato ad evitare, in sede applicativa, indebite estensioni dell'ambito operativo della dispo-

<sup>2</sup> Infatti, accanto al significativo aumento di pena, sul piano del diritto processuale penale l'operatività dell'aggravante in esame produce la non applicabilità dell'indulto, l'ampliamento dei termini di custodia cautelare, la dilatazione dei termini di durata massima delle indagini preliminari e, infine, l'inasprimento del trattamento penitenziario per il condannato.

sizione penale<sup>3</sup>.

Collocandosi accanto al divieto di retroattività della norma incriminatrice e al canone della riserva di legge, il principio in commento contribuisce a delineare il nucleo garantista dello statuto del diritto penale. Infatti, esso si pone a presidio delle tecniche di formulazione del precetto sanzionatorio e della corretta interpretazione della norma penale e, per tale via, mira a tutelare la libertà di autodeterminazione del singolo di fronte alla disciplina punitiva, in modo da assicurare a ciascun individuo la piena conoscibilità – e, conseguentemente, l'effettiva calcolabilità – delle conseguenze giuridico – penali della propria condotta, evitando altresì il pericolo di arbitrii del potere giudiziario al momento dell'applicazione della disposizione incriminatrice.

Il principio in rassegna rinviene il suo fondamento sia nella normativa primaria sia nel dettato costituzionale sia nella disciplina di matrice convenzionale.

Infatti, si ritiene che al canone di tassatività il legislatore del 1930 abbia fatto esplicito riferimento allorché l'art. 1 del codice penale sancisce che nessuno può essere sottoposto a sanzione penale per un fatto che non sia “*espressamente*” previsto come reato dalla legge. Previsione, quest'ultima, da leggere in combinato disposto con il dettato di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), che, nell'escludere l'applicabilità dello strumento analogico alle “*leggi penali ed eccezionali*”, ribadisce l'impossibilità di estendere la portata della fattispecie criminosa al di là dei limiti posti dai confini testuali della disposizione sanzionatoria.

Del resto, dato l'elevato rango degli interessi presidiati dal canone di tassatività della norma penale, il principio in esame ha trovato posto anche nella nostra Legge fondamentale. Infatti, come evidenziato in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale, il canone di determinatezza è senz'altro riconducibile al disposto di cui all'art. 25, co. 2, Cost. e concorre a definire i tratti liberal – garantistici della concezione di legalità penale abbracciata dalla Carta costituzionale<sup>4</sup>.

A ciò si aggiunga che la scelta del legislatore italiano ha trovato conferma anche in seno allo statuto del diritto penale delineato dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), così come costantemente interpretato dalla Corte di Strasburgo. Invero, la giurisprudenza della Corte EDU ricollega al canone di legalità in materia penale i corollari applicativi rappresentati dai principi di accessibilità della previsione incriminatrice e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, i quali postulano, a monte, chiarezza ed esattezza nella formulazione dell'enunciato normativo e, a valle, un'interpretazione fedele al dato letterale, oggettiva e preventivabile<sup>5</sup>. Così convalidando, anche a livello convenzionale, l'invito, rivolto al legislatore, ad evitare una formulazione eccessivamente generica ed imprecisa delle previsioni incriminatrici e il divieto, indirizzato al giudice, ad effettuare operazioni analogiche tali da produrre inopinati ampliamenti dell'alveo operativo della norma penale e/o ad avallare oscillanti soluzioni interpretative idonee a mettere a repentaglio la possibilità, per la generalità dei consociati, di conoscere l'esatta portata del precetto punitivo.

Ciò chiarito sul piano teorico, a livello pratico si pongono problematiche in grado di mi-

<sup>3</sup> In realtà, nell'elaborazione teorica, il principio in esame è stato declinato in forme concettualmente diverse, talora in termini unitari, talora operando sottili distinzioni terminologiche. Invero, il principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie penale è interpretato, da una parte della dottrina penalistica, alla stregua di una endiadi inscindibile, volta ad affermare un unico canone garantistico che, da un lato, vieta un'applicazione analogica della norma incriminatrice e, dall'altro lato, impone al legislatore la formulazione di disposizioni connotate da un sufficiente tasso di precisione descrittiva ed idonee a stigmatizzare ipotesi criminose suscettibili di verifica processuale (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, VI ed., 2009, Roma, 76 ss.). Invece, altra parte della dottrina tende ad enucleare distintamente i due contigui principi della tassatività – sostanzialmente coincidente con il divieto di analogia *in malam partem* – e della determinatezza – riferibile all'obbligo, posto in capo al legislatore, di descrivere con sufficiente precisione fatti tipici empiricamente verificabili (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2015, Padova, 61 ss.). Altri, ancora, tendono ad effettuare un'ulteriore suddivisione, attribuendo autonomo rilievo, accanto ai due summenzionati canoni, anche al principio di precisione, mirante precipuamente ad influire sulle tecniche di esplicitazione del precetto penale mediante l'imposizione di un vincolo di rigorosa esattezza nella delineazione normativa dei confini delle fattispecie criminose (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, V. ed. agg. da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015, 63 ss.).

<sup>4</sup> Per una puntuale ricognizione della giurisprudenza costituzionale in materia di tassatività e determinatezza, cfr., di recente, V. MANES, (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, *Giurisprudenza sistematica aggiornata al settembre 2013*, 16 ss., consultabile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>5</sup> Si tratta di un principio oramai consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e risalente almeno a C. eur. dir. uomo, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993; C. eur. dir. uomo, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995 e C. eur. dir. uomo, *C.R. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995. V., poi, per le applicazioni più recenti, C. eur. dir. uomo, *Roblena c. Repubblica Ceca*, 27 gennaio 2015; C. eur. dir. uomo, *Grande Camera, Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013; C. eur. dir. uomo, *Conrada c. Italia*, 14 aprile 2015. Sui tratti di innovatività dell'ultima delle pronunce citate, cfr. S. BERNARDI, *I “fratelli minori” di Bruno Conrada davanti alla Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2017, 24 ss.

nare l'effettività del principio in commento. Infatti, in disparte i dubbi legati ai labili confini tra una consentita interpretazione estensiva della norma penale e una vietata applicazione analogica della fattispecie criminosa, le maggiori incertezze sorgono talvolta già a partire dalle modalità di formulazione del paradigma punitivo prescelte dal legislatore<sup>6</sup>. Invero, come noto, la fattispecie astratta presa in considerazione dalla norma incriminatrice può essere descritta attraverso il riferimento ad elementi rigidi, elastici o vaghi ed indeterminati<sup>7</sup>. E se i primi, aventi carattere numerico o naturalistico o normativo, non pongono peculiari problemi applicativi, essendo di immediata e facile percezione ad opera dell'interprete; gli altri presentano profili di potenziale contrasto con il principio di tassatività così come fin qui tratteggiato<sup>8</sup>.

In particolare, gli elementi elastici, fondati su concetti generali e variabili, insuscettibili di diretta ed univoca comprensione, postulano un'ineludibile attività interpretativa, come tale foriera di soluzioni attuative esposte al rischio del soggettivismo e della incertezza operativa<sup>9</sup>. Rischio, quest'ultimo, che appare talora inevitabile, attesa la necessità di adottare, in sede di incriminazione, formule più generiche e flessibili, a fronte dell'impossibilità di cristallizzare entro un'espressione linguistica tutte le molteplici contingenze della vita. Invero, non è revocabile in dubbio che, caduto il mito illuministico della legge "onniloquente", il legislatore non possa fare altro che prendere atto dell'ontologica inettitudine di un enunciato normativo a descrivere l'intera gamma di condotte umane riconducibili al paradigma comportamentale che si intende stigmatizzare, riservando all'interprete – e, in specie, al giudice – il compito di "completare" il precetto o, per meglio dire, di verificare che la fattispecie concreta sottoposta al suo esame sia o meno sussumibile entro il modello astratto generalmente e genericamente delineato dalla disposizione incriminatrice<sup>10</sup>.

Conclusione, quest'ultima, che non può trovare applicazione, però, quando a venire in rilievo, nella illustrazione della fattispecie criminosa, sono invece i c.d. elementi vaghi, cioè concetti descrittivi soggetti a molteplici, non preventivabili e incontrollabili opzioni ermeneutiche: infatti, in questo caso la descrizione della condotta penalmente vietata è affidata ad elementi che, in quanto caratterizzati da un intrinseco *deficit* di determinatezza, si pongono in insuperabile conflitto con il principio di tassatività della legge penale<sup>11</sup>.

## 2.1.2. *La clausola della "ingente quantità": elemento flessibile costituzionalmente ammissibile od elemento vago irrimediabilmente incompatibile con il dettato costituzionale?*

Come anticipato, la questione relativa ai profili di incompatibilità con il canone di determinatezza di una tecnica legislativa di formulazione della fattispecie fondata sull'utilizzo

<sup>6</sup> Cfr., tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 82 ss.

<sup>7</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, II ed., Torino, 2012, 226 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, *ex multis*, D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012.

<sup>9</sup> In argomento, obbligato è il riferimento alla classificazione proposta da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, 1970. In particolare, secondo l'A., nella metodologia della legislazione, occorrerebbe distinguere le clausole generali, i "concetti indeterminati", i "concetti normativi" e i "concetti di discrezionalità". I concetti indeterminati sono quei concetti il cui nucleo appare assai ridotto, mentre molto più ampia risulta esserne l'area concettuale, ossia la sfera di indeterminatezza all'interno dei quali essi si inseriscono. I concetti (giuridici) normativi si caratterizzano invece perché necessitano in ogni caso di una valutazione per portarli ad applicazione nel caso singolo. I concetti (giuridici) discrezionali si pongono poi come un'ulteriore sotto categoria che si differenzia anzitutto dai concetti indeterminati descrittivi e ulteriormente da quei concetti normativi che richiedono una valutazione non personale ma oggettivamente valida e univoca. Infine, le clausole generali il cui valore risiederebbe nella capacità "di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica in maniera esauriente, cioè priva di lacune, e suscettibile di adattamenti alle diverse circostanze". Le clausole generali sarebbero dunque tecniche alternative ad una costruzione casistica della fattispecie, ossia "una forma di fattispecie che descrive con una grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica". All'interno della macro-categoria dei concetti indeterminati l'A. distingueva poi i "concetti normativi in senso stretto" dai "concetti bisognosi di integrazione valutativa": mentre i primi si identificano con un termine linguistico vago, bisognoso di un'opera di concretizzazione realizzabile attraverso un mero rinvio ad altre norme giuridiche, i secondi implicano una vera e propria opera di creazione che arricchisce l'ordine giuridico dato di una regola prima di allora inesistente. Sul tema, cfr. V. VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 46 ss.

<sup>10</sup> Infatti, è innegabile che "concetti assolutamente determinati sono rari nel diritto". Così, K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170, ove si fa come esempio di concetti assolutamente determinati i "concetti numerici, applicati anche in campo giuridico, particolarmente in connessione con concetti di misura, di tempo e di denaro (50 km, periodo di 24 ore, 100 DM)", in quanto tali evidentemente contrapposti alle clausole quantitative non numeriche (come quella su cui poggia la circostanza aggravante prevista dall'art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti). Per la contrapposizione, in punto di certezza interpretativa della fattispecie criminosa, tra elementi quantitativi numerici (rigidi) ed elementi a carattere quantitativo non numerico (flessibili), cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 226.

<sup>11</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 61 ss.

di clausole generali ed espressioni generiche è riemersa con specifico riguardo alla previsione dell'aggravante dell'ingente quantità di sostanza drogante contemplato dall'art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990.

Il dubbio è presto detto: il generico riferimento alla natura "ingente" della quantità dello stupefacente costituisce un elemento semplicemente flessibile o, al contrario, questa clausola quantitativa non numerica si atteggia ad elemento irrimediabilmente vago, inidoneo a prestarsi ad un'applicazione uniforme e coerente da parte della giurisprudenza e, in quanto tale, contrastante con il dettato dell'art. 25, co. 2, Cost.?

A tale interrogativo la Corte di Cassazione ha, da tempo, dato una risposta risolutiva, spazzando via i dubbi di incostituzionalità da più parti paventati<sup>12</sup>. E lo ha fatto attraverso un percorso argomentativo che fa leva, innanzitutto, sulla *ratio* sottesa alla scelta del legislatore di utilizzare una simile formulazione linguistica nella descrizione della fattispecie circostanziata. Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità, il fondamento giustificativo di tale opzione legislativa sarebbe rinvenibile nella riscontrata impossibilità di determinare aprioristicamente e con nettezza i confini applicativi di un elemento circostanziale che, ancorché basato su un dato quantitativo, non può prescindere da un sindacato concreto circa gli ulteriori profili fattuali della fattispecie sottoposta a giudizio. Costatazione, quest'ultima, che ha spinto il legislatore a ricorrere ad un elemento elastico, volutamente proteiforme, in ossequio ad una tecnica descrittiva spesso utilizzata dinanzi alla difficoltà di "immortalare" in un appropriato enunciato normativo le innumerevoli sfumature fenomenologiche di una data condotta illecita<sup>13</sup>.

Del resto, si aggiunge, la stessa Corte costituzionale ha più occasioni escluso che l'utilizzo, da parte del legislatore, di "espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, di clausole generali ovvero di concetti elastici"<sup>14</sup> sia di per sé incompatibile con il dettato della Legge fondamentale, e ciò soprattutto nei casi in cui la locuzione usata possa essere agevolmente interpretata alla luce dell'intero contesto normativo in cui è inserita e dei fini perseguiti attraverso l'incriminazione<sup>15</sup>. In tali ipotesi, dunque, spetta all'interprete rendere certe e determinate quelle fattispecie che, in astratto, possono apparire prive di contorni sicuri e definiti.

Pertanto, partendo dalle coordinate ermeneutiche enucleate del giudice delle leggi, ben sarebbe possibile – secondo l'indirizzo pretorio in esame – far salva la legittimità costituzionale del disposto di cui al capoverso dell'art. 80 d.P.R. n. 309/1990 sia attraverso una lettura sistematica della disciplina penale degli stupefacenti – e dei limiti quantitativi in essa previsti – che per mezzo di una valorizzazione delle finalità di tutela sottese ad una previsione aggravatrice evidentemente volta a stigmatizzare il maggior disvalore insito in condotte che, avendo ad oggetto eccezionali quantitativi di sostanza stupefacente, sono idonee a moltiplicare le potenzialità espansive del mercato della droga<sup>16</sup>.

Dunque, alla denunciata carenza di determinatezza della fattispecie in commento è possibile supplire attraverso un'operazione interpretativa che, da un lato, scongiuri i prospettati dubbi di incostituzionalità e, dall'altro lato, incentivi soluzioni applicative costanti ed uniformi, in grado di rendere edotti i consociati dell'esatto perimetro operativo della previsione aggravatrice.

Ma è davvero così che sono andate le cose?

<sup>12</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 10 luglio 2008, n. 40792. In particolare, in quell'occasione, la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 2, t.u. stupefacenti motivata sulla base dei parametri di cui agli artt. 3, 24, comma 2, 25, comma 2, 111, comma 6, Cost.

<sup>13</sup> In relazione al rapporto tra il principio di legalità e gli elementi della fattispecie criminosa lasciati volutamente indeterminati, v. già A. PAGLIARO, *Legge penale* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1046.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247; Corte Cost. 13 febbraio 1995, n. 34; Corte Cost., 18 marzo 1999, n. 69.

<sup>15</sup> È nota la ritrosia del giudice delle leggi a censurare il difetto di determinatezza delle fattispecie, ritenendosi sufficiente, perché l'art. 25 Cost. sia rispettato, che "la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato degli elementi elastici della fattispecie "mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato": esprimendo, cioè, "un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile". Così Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, con riferimento all'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. (nel caso di specie, il giudizio verteva sulla formula elastica "senza giustificato motivo", riferita allo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore). Simili osservazioni sono ribadite da Corte Cost. 30 luglio 2008, n. 327, rispetto al c.d. disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. Da ultimo v. Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172 con riferimento al delitto di "atti persecutori" di cui all'art. 612-bis c.p.

<sup>16</sup> Così, più di recente, anche Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2011, n. 9927.

### 3. Il lungo cammino della giurisprudenza alla ricerca dei criteri di individuazione della “*ingente quantità*”.

In realtà, come insegna il tormentato percorso interpretativo compiuto dalla prassi applicativa, l'elasticità del dettato dell'art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, lungi dal facilitare la formazione di un indirizzo ermeneutico stabile e durevole, ha prodotto contrasti esegetici che hanno reso necessario il ripetuto intervento del giudice di nomofilachia.

In particolare, data l'assenza di appigli di diritto positivo, i maggiori conflitti interpretativi sono sorti in relazione all'esigenza di individuare dei parametri certi a cui legare la valutazione circa la sussistenza, nel caso concreto, degli estremi della “*ingente quantità*” di droga. Infatti, nel corso del tempo si sono registrati più tentativi, ad opera della giurisprudenza di legittimità, di “codificare” dei criteri ermeneutici il più possibile condivisi e suscettibili di generalizzato utilizzo, allo scopo di arginare l'eccessiva disomogeneità delle decisioni sull'aggravante in esame.

#### 3.1. Il criterio “*mercantilistico*”.

Il primo tentativo di delimitazione dell'ambito operativo dell'art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990, affermatosi nei primi anni di applicazione della norma, poggiava su un criterio discrezionale prettamente mercantilistico: infatti, ai fini della configurabilità dell'aggravante, si tendeva a valorizzare la capacità del quantitativo di sostanza stupefacente, riscontrato nel caso concreto, a “*saturare il mercato*”, ovvero ad incidere significativamente sull'offerta di droga in un determinato comprensorio territoriale e, correlativamente, sulla sua diffusività entro una cerchia sempre più ampia di tossicofili (o di tossicodipendenti)<sup>17</sup>.

Una soluzione interpretativa, questa, che era tuttavia sottoposta a severa critica da quanti vi scorgevano il rischio di una deriva ermeneutica. In particolare, si denunciava che questo criterio di individuazione, fondato sull'incerto concetto di “saturazione del mercato”, assegnava alla fattispecie circostanziata in esame un *quid* di intrinseca indeterminatezza: esso, infatti, non soltanto era assolutamente privo di aggancio normativo, ma appariva anche, in concreto, di difficile verifica, e ciò in quanto il traffico di droga, essendo clandestino, è, per definizione, magmatico ed impalpabile e, pertanto, inidoneo ad essere sottoposto a rilevazioni statistiche certe ed affidabili, come quelle evidentemente richieste per supportare, in qualità di parametro di raffronto, una ragionevole valutazione giudiziale.

#### 3.2. L'approccio empirico delle Sezioni Unite Primavera e i nuovi contrasti giurisprudenziali.

Per queste ragioni, già nel 2000 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano preso le distanze dall'approccio “mercantilistico” inizialmente adottato dalla prassi operativa<sup>18</sup>.

Infatti, in tale occasione, la Suprema Corte aveva chiarito che spettava al singolo giudice – che, per ragioni di ufficio, è preposto a monitorare costantemente la situazione del traffico di droga nel territorio in cui opera – il compito di verificare l'eccezionale straordinarietà del quantitativo di droga, alla luce di parametri empirici e più agevolmente verificabili. In particolare, i giudici di legittimità avevano enunciato il principio secondo cui l'aggravante di cui all'art. 80 comma 2 è da ritenersi integrata quando, “*pur non raggiungendo valori massimi*”, la quantità di stupefacente “*sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicofili, secondo l'apprezzamento del giudice di merito che vivendo la*

<sup>17</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 6 marzo 1998, n. 2868; Cass., Sez. IV, 30 giugno 1998, n. 2168; Cass., Sez. VI, 24 settembre 1998, n. 10722.

<sup>18</sup> Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, in *Cass. pen.*, 2001, 69. In particolare, secondo le Sezioni Unite, il riferimento al concetto di “mercato”, come inteso dalla precedente giurisprudenza di legittimità, introduceva, nell'interpretazione della disposizione di legge, “*un elemento non richiesto e spurio rispetto alla ratio della disposizione, di profilo mercantilistico ma di impossibile accertamento con gli ordinari strumenti di indagine dei quali il giudice può processualmente disporre; quindi, del tutto immaginario e affidato all'abilità dialettica di chi fornisce la motivazione della decisione, quale che sia*”. A ciò i giudici di legittimità aggiungono l'ulteriore considerazione per cui il riferimento ai “mercati” rischiava altresì di violare il principio costituzionale di eguaglianza, “*(...) finendo per attribuire rilevanza, in termini di aggravante, a una circostanza in un determinato contesto e non in un altro. E ciò, si badi bene, in presenza di un'aggravante che è costruita sul solo dato quantitativo (e che quindi non dovrebbe essere diversamente declinata ratione loci)*”.

*realtà sociale del comprensorio territoriale nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza*".

Tuttavia, anche quest'ultima soluzione, seppur autorevolmente avallata dal massimo consenso della giurisprudenza di legittimità, non aveva appianato tutte le incertezze interpretative, dando anzi la stura ad un nuovo contrasto ermeneutico.

Infatti, inizialmente la giurisprudenza di legittimità aveva mostrato di adeguarsi al *dictum* delle Sezioni Unite, dismettendo – almeno formalmente – il criterio discrezionale che faceva leva sull'idoneità del quantitativo di droga rinvenuto nel caso concreto a "saturare il mercato". Nondimeno, il richiamo, fatto dal Supremo Collegio, alla necessità di una verifica concreta della situazione degli scambi di stupefacenti nella zona territoriale di riferimento aveva ben presto consentito la surrettizia re – introduzione, in sede di valutazione giudiziale, di criteri che, essendo sostanzialmente fondati sull'attitudine del quantitativo di droga a penetrare massicciamente in un dato mercato, riecheggiavano quei parametri estimativi basati sull'idoneità diffusiva della sostanza drogante che erano già stati abbandonati dalla pronuncia del 2000 in quanto ritenuti scarsamente affidabili<sup>19</sup>.

Per questo, accanto a quello illustrato, era più recentemente emerso, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un distinto orientamento ermeneutico, maggiormente propenso ad individuare criteri discretivi uniformi – e non differenziati a seconda delle varie realtà territoriali – ed oggettivi – e non rimessi, in via esclusiva, alla valutazione soggettiva dell'interprete.

Orientamento, quest'ultimo, che, in particolare, evidenziava la necessità di delimitare l'ambito applicativo della previsione *ex art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990* attraverso il riferimento ad un dato numerico, riveniente da una media di valori desunta dalla rassegna delle fattispecie processuali sottoposte all'esame dei giudici di legittimità e, quindi, idonee a rispecchiare l'intero panorama nazionale dei traffici di stupefacenti. E ciò in base al semplice rilievo che soltanto un parametro fondato sull'asettica ed oggettiva univocità del dato numerico avrebbe potuto assurgere a criterio discrezionale in grado di assicurare la uniforme e controllabile applicazione della norma penale, piegando così la flessibilità del tenore testuale della disposizione sanzionatoria alle esigenze di accessibilità e di prevedibilità sottese al canone di determinatezza consacrato dalla disciplina costituzionale e convenzionale<sup>20</sup>.

Nondimeno, anche questa soluzione interpretativa era stata fatta oggetto di critiche<sup>21</sup>. Infatti, il bisogno di maggiore certezza in sede applicativa si scontrava – e si scontra – con un dato normativo – il disposto di cui all'art. 80, co. 2, – privo di qualsiasi riferimento a soglie quantitative in grado di delimitare il concetto di "ingente quantità" utilizzato dal legislatore. Argomento, questo, valorizzato da un contrario orientamento esegetico, fortemente critico con il tentativo asseritamente "creativo" posto in essere da quella parte della giurisprudenza che – si sosteneva – forzando la scelta normativa di non "ingabbiare" la valutazione giudiziale entro parametri rigidamente prefissati, sarebbe pervenuta alla determinazione di un criterio quantitativo disancorato da indici testuali<sup>22</sup>.

Si delineava così un nuovo conflitto esegetico<sup>23</sup>, che ha richiesto – dopo poco più di dieci anni dall'ultimo arresto dell'organo di nomofilachia – un nuovo intervento delle Sezioni Unite<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> In particolare, sulla scorta del *dictum* delle Sezioni Unite, la giurisprudenza successiva aveva individuato tre elementi la cui sussistenza doveva essere accertata dal giudice di merito per ritenere sussistente l'aggravante: in primo luogo "l'oggettiva eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale"; in secondo luogo "il grave pericolo per la salute pubblica che lo smercio di tale quantitativo comporta", ed infine "la possibilità di soddisfare richieste di numerosissimi consumatori per l'elevatissimo numero di dosi ricavabili". Così, *ex multis*, Cass., sez. IV, 12 luglio 2011, n. 33314 e Cass., sez. IV, 1 febbraio 2011, n. 9927; cfr. inoltre Cass., sez. IV, 24 settembre 2003, n. 44518 e Cass., sez. VI, 23 gennaio 2008, n. 10384.

<sup>20</sup> In particolare, questo indirizzo interpretativo è stato sostenuto da alcune pronunce della Sesta Sezione della Corte di cassazione. Cfr. Cass., 26 maggio 2010, n. 20119; Cass., 26 novembre 2010, n. 42027; Cass., 8 marzo 2011, n. del 4. – 26.11.2010, n. 9029.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38794 e Cass. sez. IV, 12 luglio 2011, n. 33314; Cass., sez. IV, 3 giugno 2010, n. 24571; Cass., sez. III, 14 luglio 2011, n. 30237; Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 35144; Cass., sez. III, 18 marzo 2011, n. 16447; Cass., sez. V, 14 luglio 2011, n. 36362.

<sup>22</sup> Per un raffronto tra i diversi orientamenti della Corte di Cassazione precedenti e successivi alla sentenza *Primavera* del 2000, v. G. LEO, *Osservatorio Contrasti Giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, 693.

<sup>23</sup> Cfr. S. BELTRANI, *Sul contrasto tra la IV e la VI Sezione della Cassazione in merito all'aggravante della quantità ingente di sostanze stupefacenti (art. 80, co. 2 d.P.R. n. 309/1990)*, in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2011.

<sup>24</sup> L'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. IV, 25 ottobre 2011, n. 38748) è pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 11 gennaio 2012, con nota di M. PELAZZA, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione circa l'interpretazione del concetto di "ingente quantità" di sostanza stupefacente, di cui all'aggravante ex art. 80 co. 2 T.U. Stupefacenti*.



## 3.3.

*Le Sezioni Unite Biondi e l'adesione al criterio "ponderale".*

Chiamata a pronunciarsi sull'annosa questione della delimitazione dello spazio operativo da assegnare all'aggravante ex art. 80, co. 2, la Corte di Cassazione, nella sua massima composizione<sup>25</sup>, ha optato per una soluzione ermeneutica in grado di conciliare la posizione già espressa nel precedente del 2000 e l'ineliminabile esigenza di conferire determinatezza alla fattispecie criminosa in esame, alla luce del contesto normativo in cui essa si colloca. E per far ciò i giudici di legittimità si sono incaricati di smentire l'assunto, fatto proprio dai fautori del contrario indirizzo ermeneutico, per cui un criterio discretivo fondato su un parametro numerico sia totalmente privo di base normativa. Infatti, al riguardo, la Suprema Corte ha evidenziato come, in realtà, sia lo stesso legislatore a valorizzare il dato quantitativo in sede di delineazione delle fattispecie criminose punite dal d.P.R. n. 309/1990, attribuendo rilievo ad un sistema tabellare che, come noto, gradua il disvalore delle condotte su una scala crescente ed assegna rilevanza "esimente" ai limiti minimi di quantità di stupefacente detenibile ad uso personale.

È allora naturale, secondo la sentenza in commento, che anche il supremo organo nomofilattico, ai fini della delimitazione dell'aggravante della "ingente quantità", tenga conto di indici quantitativi, ponendo l'accento proprio su quei limiti – soglia indicati nelle tabelle normative e volti a fissare i quantitativi massimi di principio attivo al di sotto dei quali si presume, di regola, l'uso personale (e, quindi, l'irrilevanza penale del fatto)<sup>26</sup>. E che fungono, qui, da base di partenza per quantificare, all'opposto, i casi eccezionali, per i quali è approntata la risposta repressiva più severa (l'aggravante dell'art. 80, cpv., per l'appunto). Una quantificazione che passa attraverso un'operazione di moltiplicazione che, elevando a fattore il valore – soglia di cui alle citate tabelle (ossia il limite verso il basso), consente di addivenire all'identificazione di un limite verso l'alto (ossia alla perimetrazione del concetto di "ingente quantità" di stupefacente) per mezzo di un "moltiplicatore", individuato dagli stessi giudici di legittimità<sup>27</sup>. In particolare, tale "moltiplicatore" è stato desunto dalla casistica scaturente dall'analisi condotta dall'Ufficio del Massimario della Cassazione sul materiale giudiziario a disposizione della Suprema Corte, nella sua qualità di terminale di confluenza di tutti i procedimenti penali svolti sul territorio nazionale ed incentrati sulla contestazione della succitata circostanza<sup>28</sup>, ed è stato identificato in 2000 volte il valore massimo in milligrammi, determinato per ogni sostanza dalla tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006.

Quindi, assumendo come riferimento il valore – soglia previsto dalle predette tabelle (in quanto "unità di misura" rapportabile al singolo cliente/consumatore), le Sezioni Unite hanno ritenuto di stabilire, sulla base della fenomenologia relativa al traffico di sostanze stupefacenti, e tenuto conto del grado di "purezza" medio relativo alle singole sostanze, una soglia, ponderalmente determinata, al di sotto della quale non possa di regola parlarsi di quantità "ingente"<sup>29</sup>. Hanno quindi affermato che, facendo riferimento alle singole sostanze indicate nella tabella allegata al d. m. 11 aprile 2006, non possa appunto ritenersi "ingente" un quantitativo di sostanza stupefacente che non superi di 2000 volte il predetto valore – soglia, spettando poi al giudice del caso concreto verificare se la fattispecie sottoposta al suo scrutinio possa essere

<sup>25</sup> Si tratta, come noto, di Cass., Sez. Un., 20 settembre 2012, n. 36258, Biondi, in *Dir. pen. cont.*, con annotazione di M. PELAZZA, *"Ingente quantità" di stupefacenti: le Sezioni Unite accolgono il "criterio ponderale"*, 23 settembre 2012.

<sup>26</sup> Sull'evoluzione normativa delle soglie di c.d. quantitativo massimo detenibile, anche alla luce delle vicissitudini costituzionali e delle riforme legislative cfr. E. MAZZANTI, *L'uso dei valori – soglia nel diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1135 ss.

<sup>27</sup> Segnatamente, a parere della Corte, "se il legislatore ha positivamente determinato la soglia quantitativa (...) di punibilità (dunque un limite 'verso il basso'), consegue che l'interprete ha il compito di individuare una soglia al di sotto della quale, secondo i dati offerti dalla fenomenologia del traffico di sostanze stupefacenti, non possa parlarsi di ingente quantità (un limite, quindi, 'verso l'alto')". Soglia che non può che essere individuata in un valore "eccezionale", che costituisca uno "strappo" a un criterio di (relativa) regolarità, da ricostruirsi sulla base del materiale giudiziario a disposizione. Alla stregua della casistica giudiziaria, la Corte, traendo conferma di quei valori ponderali indicati come soglia dal recente orientamento della giurisprudenza di legittimità qui accolto (due chilogrammi per le "droghe pesanti", cinquanta chilogrammi per le "droghe leggere"), ritiene tuttavia più corretto ragionare, anziché in termini di peso complessivo della sostanza, in termini di "dosi-soglia", calcolate sulla base dell'effettiva quantità di principio attivo riscontrata nella sostanza detenuta (ovverosia sulla base dell'effettiva efficacia drogante della sostanza in conseguenza del diverso grado di purezza della stessa).

<sup>28</sup> Si tratta di un insieme di sessantacinque casi derivato da un'indagine condotta dall'Ufficio del Massimario sul "materiale giudiziario" del biennio precedente.

<sup>29</sup> Individuato – sulla base dei dati a disposizione della Corte – in 2000 dosi il quantitativo al di sotto del quale una quantità di sostanza stupefacente "non può certo ritenersi ingente", la Corte utilizza i criteri forniti dalla tabella ministeriale per determinare la quantità di principio attivo idonea a costituire una "dose", ed individuare così la quantità di "dosi" in concreto confezionabili, tenuto conto della quantità di principio attivo effettivamente rinvenuto nella sostanza (ad es., 750 mg per la cocaina, 250 mg per l'eroina, ecc.).

effettivamente sussunta entro la previsione astratta di cui all'art. 80, co. 2..

A detta della Corte il suddetto criterio, a carattere empirico e suscettibile di modifiche ed adeguamenti nel corso del tempo, appare come quello maggiormente in grado di soddisfare esigenze di proporzionalità, ragionevolezza ed equità, di superare la disarmonia sanzionatoria tra le decisioni giudiziali, sovente diversificate in relazione al contesto geografico di (realizzazione e) accertamento del reato, e di restituire precisione descrittiva alla locuzione elastica usata dal legislatore.

### 3.4. *Il mutamento del quadro normativo e gli ultimi indirizzi giurisprudenziali.*

Tuttavia, anche dopo il recente intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, l'aggravante della "ingente quantità" non sembra "trovare pace". Infatti, in disparte le perplessità sollevate dalla pronuncia dell'organo di nomofilachia – dettagliatamente analizzate nel prosieguo –, ulteriori profili problematici sono emersi a causa del mutamento del quadro normativo con riferimento al quale i giudici di legittimità avevano elaborato la suindicata soluzione interpretativa<sup>30</sup>.

Invero, come noto, con la citata sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 4 *bis* e 4 *vicies-ter* della c.d. legge Fini – Giovanardi (d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 convertito, con modificazioni, in legge dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49), che avevano modificato, tra l'altro, l'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 uniformando (verso l'alto) il trattamento sanzionatorio, prima differenziato, tra "droghe pesanti" e "droghe leggere"<sup>31</sup>. La rimozione, con effetto *ex tunc*, delle norme dichiarate illegittime ha comportato, innanzitutto, la "riviviscenza" delle norme contenute nella legge "Iervolino-Vassalli" (l. 26 giugno 1990, n. 162), fondate sulla distinzione tra "droghe pesanti" e "droghe leggere", ma ha determinato anche una serie di ulteriori effetti<sup>32</sup>. In particolare, tra le conseguenze prodotte dalla declaratoria di incostituzionalità degli articoli 4 *bis* e 4 *vicies-ter* della l. Fini-Giovanardi vi è anche la caducazione degli artt. 13 e 14 t.u. stupefacenti – ossia delle disposizioni che disciplinavano il contenuto, il numero e i criteri di formazione delle tabelle ministeriali contenenti l'elenco delle sostanze stupefacenti soggette a controllo ministeriale – e delle stesse tabelle a tali disposizioni allegate.

Al fine di rimediare ai "vuoti normativi" così determinati, il legislatore è intervenuto con il decreto legge 20 marzo 2014, n. 36 (*Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale*), convertito in legge dalla l. 16 giugno 2014, n. 79<sup>33</sup>, tentando di ripristinare la situazione esistente alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale attraverso la reintroduzione nelle tabelle delle sostanze stupefacenti che vi erano state inserite dal 2006 ad oggi<sup>34</sup>.

In dettaglio, al fine di "armonizzare" il sistema con l'art. 73 t.u. stupefacenti ora in vigore, ossia quello nella versione della previgente legge "Iervolino – Vassalli", che contemplava quattro tabelle, il d.l. n. 36/2014 ha apportato delle modifiche al sistema in relazione al numero delle tabelle e alla suddivisione delle varie sostanze tra le stesse. Attualmente, le tabelle non sono più due (come nella legge "Fini-Giovanardi"), bensì cinque: nelle prime quattro sono

<sup>30</sup> Per una panoramica delle recenti innovazioni che hanno interessato la disciplina penale degli stupefacenti, v. J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale. Riforme 2008-2015*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2015, 487 ss.; E. MAZZANTI, *Punti fermi e questioni in sospeso nella recente evoluzione del diritto penale in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 528 ss.

<sup>31</sup> *Corte cost.*, 25 febbraio 2014, n. 32, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2014. Su questa sentenza, v. V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *questa Rivista*, 1, 2014, 215 ss.

<sup>32</sup> Cfr. F. VIGANÒ, A. DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014.

<sup>33</sup> Sulle ragioni e sui risvolti problematici dell'intervento normativo cfr. F. VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 marzo 2014.

<sup>34</sup> Sul punto, v. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Dir. pen. cont.*, 19 maggio 2014; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, ivi, 29 maggio 2014. In argomento, v. altresì A. DELLA BELLA, *Novità in materia di stupefacenti*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2015*, diretto da R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2015.

elencate le sostanze stupefacenti e psicotrope poste sotto il controllo delle autorità nazionali ed internazionali; nella quinta (la c.d. tabella dei medicinali) sono indicati i medicinali a base di sostanze attive stupefacenti e psicotrope di corrente impiego terapeutico ad uso umano o veterinario<sup>35</sup>.

Ed è proprio questa modifica della regolamentazione sanzionatoria in materia di droghe che ha spinto la giurisprudenza ad interrogarsi sulla perdurante validità delle indicazioni operative elaborate dalle Sezioni Unite nel proprio precedente del 2012. Interrogativo, quest'ultimo, a cui le prime pronunce della giurisprudenza di legittimità stanno fornendo, in realtà, risposte divergenti<sup>36</sup>.

### 3.4.1. *Primo orientamento: l'inattualità del "criterio ponderale" elaborato dalle Sezioni Unite.*

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale<sup>37</sup>, emerso all'indomani della modifica della disciplina penale degli stupefacenti, il rinnovamento del quadro normativo di riferimento renderebbe necessaria una profonda rivalutazione dei criteri stabiliti dalle Sezioni Unite, ritenuti non più attuali e conferenti alla luce del *novum* legislativo.

Segnatamente, secondo l'opinione in commento, il radicale rivolgimento normativo determinato dalla pronuncia del giudice delle leggi e dagli interventi legislativi ad essa seguiti hanno fatto inevitabilmente venir meno il contesto ordinamentale in cui era stata forgiata la soluzione ermeneutica delineata dalla sentenza *Biondi*, privando così quest'ultima di quegli appigli testuali, sistematici e teleologici posti a supporto del suo *iter* motivazionale.

In particolare, l'orientamento in esame milita nel senso che la modifica del sistema tabellare realizzata dal legislatore nel 2014 imporrebbe una nuova verifica in ordine alla sussistenza dell'aggravante della quantità ingente. E ciò in quanto la determinazione dei presupposti per l'applicazione dell'aggravante dell'ingente quantità non può prescindere dal rilievo della radicale diversità, rispetto alla disciplina previgente, dell'attuale impostazione normativa, oggi fondata sulla differenziazione tra il reato attinente a "droghe pesanti" e il reato relativo a "droghe leggere". In quest'ottica, l'"*accresciuto tasso di modulazione normativa*" avrebbe determinato due effetti: da un lato, spezzando la sostanziale equiparazione tra tipologie di stupefacenti, avrebbe finto per smentire la *ratio* sottesa alla normativa vigente all'epoca dello sviluppo giurisprudenziale propugnato dalle Sezioni Unite *Biondi* e, dall'altro lato, avrebbe reso il nuovo quadro legislativo "*difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque automatica di tale aggravante*"<sup>38</sup>.

Ne deriverebbe, dunque, la necessità di rimettere in discussione il richiamato indirizzo giurisprudenziale per incompatibilità con il diritto positivo vigente, rimeditando i criteri elaborati dalle Sezioni Unite nel 2012 ai fini della determinazione della "*ingente quantità*" ex art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti.

<sup>35</sup> Più in particolare, l'art. 73, co. 1, prevede la reclusione da 8 a 20 anni per le condotte concernenti le sostanze di cui alle tabelle I e III (che ora, secondo quanto previsto nel d.l. n. 36/2014, si riferiscono alle "droghe pesanti" e alle sostanze mediche ad esse assimilabili); l'art. 73, co. 4, prevede la reclusione da 2 a 6 anni per le condotte concernenti le sostanze di cui alle tabelle II e IV (che si riferiscono alle "droghe leggere" e alle sostanze mediche ad esse assimilabili).

<sup>36</sup> Per una disamina dei recenti sviluppi dell'evoluzione interpretativa della nozione di "*ingente quantità*" ex art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, cfr. L. GIORDANO, *Sostanze stupefacenti. Orientamenti giurisprudenziali sul concetto di "ingente quantità"*, in [ilpenalista.it](http://ilpenalista.it), 15 dicembre 2016.

<sup>37</sup> Aderiscono a tale indirizzo interpretativo le seguenti sentenze, tutte pronunciate dalla Terza Sezione penale della Corte di Cassazione: Cass., 13 giugno 2014, n. 25176; Cass., 4 novembre 2014, n. 45458; Cass., 18 gennaio 2016, n. 1609.

<sup>38</sup> Il maggior tasso di modulazione normativa si ricava, secondo questo orientamento giurisprudenziale, anche dalle modifiche intervenute sul fatto di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, del d.P.R. n. 309/1990: infatti, come noto, con il d.l. n. 23 dicembre 2013, n. 146 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*), convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, il co. 5 – che era prima pacificamente qualificato come una circostanza attenuante ad effetto speciale – è stato trasformato in figura autonoma di reato, con la conseguenza di sottrarre i casi di lieve entità dal bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p. e di impedire in questo modo l'applicazione del più severo trattamento previsto per il reato-base, nel caso di equivalenza o prevalenza di eventuali circostanze aggravanti sulla configurazione della fattispecie di lieve entità. In argomento, cfr. F. VIGANÒ, A. DELLA BELLA, [Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014. Il disposto di cui al comma 5, "sopravvissuto" alla declaratoria di incostituzionalità, è stato poi modificato dalla più volte citata legge n. 79/2014: con quest'ultimo intervento normativo il legislatore ha mantenuto la configurazione del fatto di lieve entità come fattispecie autonoma di reato, riducendone però ulteriormente il trattamento sanzionatorio (che, oltre alla pena pecuniaria, è ora della reclusione da 6 mesi a 4 anni). Sul punto, v. F. VIGANÒ, [Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche \(tra l'altro\) al quinto comma dell'art. 73](#), cit.

### 3.4.2. *Secondo orientamento: la perdurante attualità del “criterio ponderale”.*

Si colloca su una posizione antitetica un altro (e maggioritario) indirizzo interpretativo, anch'esso emerso nella recente giurisprudenza di legittimità<sup>39</sup>. Segnatamente, secondo questo orientamento esegetico, i criteri indicati dalle Sezioni Unite risulterebbero applicabili anche a seguito delle innovazioni che hanno inciso la normativa in materia di stupefacenti. E ciò sulla scorta di un basilare rilievo: poiché la legge di conversione n. 79 del 2014 ha reintrodotto, nel testo dell'art. 75, co. 1 *bis*, d.P.R. n. 309/1990, la nozione di quantità massima detenibile, non possono che mantenere validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile utilizzati dall'organo nomofilattico per perimetrare l'ambito applicativo della circostanza aggravante della “*ingente quantità*”. Con l'ulteriore avvertenza che, ai sensi dell'art. 2 della citata legge n. 79 del 2014, è previsto che riprendano a produrre effetti gli atti amministrativi adottati sino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 e, tra questi, certamente il richiamato decreto ministeriale dell'11 aprile 2006 e l'indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti riferibili ad uso esclusivamente personale.

Nulla sarebbe cambiato nel quadro normativo di riferimento, dunque. O meglio, non si sarebbe verificato alcun mutamento di rilievo tale da giustificare, alla stregua del *novum* normativo, un ripensamento dei criteri orientativi elaborati dalla Suprema Corte nella vigenza della precedente disciplina sanzionatoria.

Conclusione, questa, che, secondo l'indirizzo in commento, non pare possa essere infirmata dalle obiezioni mosse dall'avverso orientamento ermeneutico. Infatti, al riguardo, si rileva innanzitutto che la sentenza del giudice delle leggi, alla base del successivo intervento legislativo, non abbia affatto causato una radicale rivisitazione teleologica della disciplina penale degli stupefacenti, non avendo “*espresso un giudizio di disallineamento costituzionale sulla ratio legis su cui riposava la considerazione unitaria delle diverse tipologie di sostanze ai fini del trattamento sanzionatorio*”<sup>40</sup> e ciò in quanto la declaratoria di incostituzionalità era fondata esclusivamente su ragioni procedurali<sup>41</sup>. A ciò si aggiunge che, come visto, la rimodulazione delle tabelle attuata dalla recente novella non ha modificato i parametri qualitativi e quantitativi a cui ha fatto riferimento l'arresto delle Sezioni Unite del 2012. Una “*attualizzazione*” del sistema tabellare – con la separazione delle tabelle a seconda della tipologia di sostanza stupefacente – che non ha dunque fatto venir meno la validità di un criterio, come quello elaborato dalla sentenza *Biondi*, che, pur introducendo un parametro “*matematico*”, esclude qualsiasi automatismo applicativo, disancorato dalla rigorosa verifica delle circostanze del caso concreto, facendo comunque salva la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando sia superato il parametro quantitativo, per la determinazione della quantità ingente di sostanza stupefacente<sup>42</sup>. Rilievo, quest'ultimo, che induce a non condividere l'ulteriore assunto, fatto proprio dall'opposto indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale le indicazioni operative fornite dalla Cassazione nel 2012 determinerebbero una sorta di automaticità aritmetica a fondamento della sussistenza della aggravante della “*ingente quantità*”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> In particolare, aderiscono a tale indirizzo interpretativo le altre Sezioni semplici della Cassazione e, in particolare, sia la Sesta Sezione (Cass., 14 novembre 2014, n. 47907; Cass., 15 ottobre 2014, n. 46301; Cass., 4 febbraio 2015, n. 6331; Cass., 6 maggio 2015, n. 20140; Cass., 11 dicembre 2015, n. 49143), che la Quarta Sezione (Cass., 17 ottobre 2014, n. 43463; Cass., 20 giugno 2014, n. 32126). In dottrina, in senso conforme, v. G. AMATO, *La nuova disciplina delle sostanze stupefacenti*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) (n. 2/2014, Rivista web), 17; Id., *Stupefacenti: la Cassazione detta le regole per stabilire la quantità ingente*, in [quotidianogiuridico.it](http://quotidianogiuridico.it), 8 gennaio 2015; L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, cit., 15; Id., *Aggravante ingente quantità: addio al limite delle 2000 volte il quantitativo massimo?*, in [quotidianogiuridico.it](http://quotidianogiuridico.it), 1 febbraio 2016.

<sup>40</sup> Così, in motivazione, Cass., Sez. VI, n. 46301 del 2014, cit.

<sup>41</sup> Infatti, la Corte costituzionale ha tralasciato di prendere in considerazione i vizi di merito pure denunciati dai giudici rimettenti e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. n. 272/2005 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 49/2006 in quanto ha ritenuto che le norme impugnate, introdotte in sede di conversione del decreto legge, difettassero manifestamente di ogni connessione logico – funzionale con le originarie disposizioni del decreto legge, e dovessero, per tale assorbente ragione, ritenersi adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione *ex* art. 77, co. 2, Cost.

<sup>42</sup> Sottolinea l'importanza di questo aspetto, da ultimo, Cass., Sez. IV, 23 novembre 2016, n. 49619, secondo la quale i criteri elaborati dalle Sezioni unite nel 2012 “*mantengono una loro validità, nella misura in cui possono essere utilizzati come meri criteri orientativi, individuati a seguito di una indagine condotta su un numero cospicuo di sentenze di merito*”, e ciò in quanto nella stessa sentenza *Biondi* “*il criterio individuato è, per così dire, flessibile, soprattutto nel caso di superamento del valore-soglia, poiché in tali casi la valutazione circa la configurabilità dell'ingente quantità nel caso concreto non è automatica, ma è rimessa al giudice del merito*”.

<sup>43</sup> Sul punto, cfr. G. AMATO, *Stupefacenti: la Cassazione detta le regole per stabilire la quantità ingente*, cit.

Una soluzione interpretativa, quella fin qui delineata, a cui, da ultimo, sembrerebbe essersi allineata anche la stessa Terza Sezione della Cassazione che, con una recente pronuncia, ha ribaltato la prospettiva ricostruttiva avallata da altre pronunce della medesima Sezione, mostrando di aderire all'indirizzo ermeneutico già abbracciato dalle altre Sezioni semplici della Suprema Corte<sup>44</sup>. E ciò sulla base di un articolato ragionamento, che poggia su vari argomenti tratti dalla disciplina di diritto positivo. In particolare, in chiave logico – sistematica e teleologica, il Supremo Collegio ha evidenziato come l'intervento del legislatore del 2014, reintroducendo il concetto di quantitativo massimo detenibile e "rivitalizzando" il decreto ministeriale 11 aprile 2006, che tale limite – soglia prevedeva, abbia in realtà definitivamente "sdoganato" la validità dell'opzione ermeneutica della sentenza *Biondi*, fondata proprio sulla valorizzazione di quel concetto. A ciò si aggiunge, in un'ottica storico – ricostruttiva, che il principio espresso dalle Sezioni Unite nel 2012 aveva comunque valorizzato il dato ponderale del principio attivo di ogni singola sostanza e tenuto conto della diversità di ciascuna di esse, nel tentativo di elaborare un criterio oggettivo, ritenuto più certo di quello fluido (perché esposto a variabili giurisprudenze locali) proposto dalla precedente sentenza *Primavera*. E proprio in questo risiederebbe la perdurante attualità del criterio discrezionale elaborato dalla sentenza *Biondi*: mentre nel 2000, il supremo organo nomofilattico, nell'indicare il criterio di determinazione dell'ingente quantità, pur avvalendosi di un quadro normativo identico a quello attuale, non aveva diversificato le droghe "leggere" da quelle "pesanti", non ritenendo evidentemente di trarre dalla diversa qualità delle sostanze conseguenze apprezzabili ai fini dell'operatività dell'aggravante ex art. 80, cpv., t.u. stupefacenti; al contrario, la sentenza *Biondi*, pur pronunciata in un contesto normativo caratterizzato dalla sostanziale equiparazione tra tipologie di stupefacenti, è stata "paradossalmente" più attenta alla diversa natura delle sostanze perché, al fine della individuazione del criterio discrezionale, ha preso a riferimento dati ponderali di partenza diversi a seconda che si trattasse, appunto, di "droghe leggere" o di "droghe pesanti"<sup>45</sup>. Un "paradosso" che, a detta della Corte, finisce per corroborare, ancora una volta, la validità del c.d. criterio ponderale anche alla luce dell'attuale quadro normativo di riferimento<sup>46</sup>.

Tuttavia, pur a fronte di tali perentorie – e convincenti – affermazioni, è ancora presto per dire se il latente contrasto emerso in seno alla giurisprudenza di legittimità sia stato definitivamente ricucito o, al contrario, sia destinato ad aggravarsi e a richiedere, pertanto, un nuovo intervento chiarificatore delle Sezioni Unite<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Cass., Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47978.

<sup>45</sup> Inoltre, la sentenza in esame interviene a opportunamente precisare una "svista" in cui erano incorse le Sezioni Unite *Biondi*, con riferimento all'hashish ("svista" già prontamente segnalata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo con la relazione n. 06/2013). In effetti, in quell'occasione, i giudici di legittimità avevano ritenuto di prendere in considerazione come quantitativo massimo di principio attivo detenibile quello di mg. 1000 [anziché quello corretto di mg. 500], dimenticando che il d.m. 4 agosto 2006, che aveva aumentato da mg. 500 a mg. 1000 il quantitativo massimo detenibile, era stato annullato da T.A.R. Lazio, Sezione III, sentenza 21 marzo 2007 n. 2487. Da ciò consegue, secondo la Corte, che, per rispettare le proporzioni e rendere omogeneo il principio affermato dalle Sezioni Unite alle conseguenze dell'annullamento del citato d.m. 1 agosto 2006, "il quantitativo minimo di principio attivo di sostanza stupefacente del tipo hashish al di sotto del quale non è ravvisabile la circostanza aggravante di cui all'art. 80, cpv., d.P.R. n. 309 del 1990, deve essere necessariamente pari al doppio di quello da essa (erroneamente) indicato e dunque a 4.000 (e non 2.000) volte il quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un giorno (corrispondente a 2 kg. di principio attivo, che del resto corrisponde a quanto ipotizzato immaginando un quantitativo lordo di sostanza pura al 5%)". Sul punto, v. G. AMATO, *La Corte di cassazione "corregge" le Sezioni unite sul valore-soglia per l'hashish*, in [quotidianogiuridico.it](http://quotidianogiuridico.it), 22 novembre 2016.

<sup>46</sup> In argomento, cfr. L. ROMANO, *Aggravante ingente quantità: addio al limite delle 2000 volte il quantitativo massimo?*, cit. In particolare, l'A. efficacemente sottolinea come i recenti interventi normativi, ribadendo la scelta legislativa di attribuire ai quantitativi massimi detenibili la valenza di discriminare tendenziale tra la (penalmente irrilevante) destinazione all'"uso personale" e la (penalmente rilevante) detenzione illecita poiché diversamente finalizzata, confermerebbero – più che smentire – le motivazioni che, ai fini dell'individuazione dei limiti ponderali minimi al di sotto dei quali escludere la circostanza aggravante di cui all'art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, le Sezioni Unite addussero a supporto della valorizzazione dei citati valori – soglia. Anzi, si aggiunge, "esse si rivelerebbero ancor più valide in considerazione dell'odierno sistema classificatorio degli stupefacenti, posto che nell'attuale contesto verrebbero meno talune criticità evidenziate dall'arresto delle Sezioni Unite. Alla stregua di quello precedente, infatti, il riferimento ai quantitativi massimi detenibili, ottenuti all'esito di una moltiplicazione tra la dose media singola (e cioè la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre un effetto stupefacente e psicotropo in un soggetto tollerante e dipendente) ed il c.d. moltiplicatore variabile, indicativo delle diverse caratteristiche di ciascuna sostanza (e segnatamente del relativo potere di indurre alterazioni comportamentali e scadimento delle capacità psicomotorie), finiva con l'attribuire importanza alla natura dello stupefacente (anche) ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 2, D.P.R. n. 309 del 1990, in tal modo acuendo la divaricazione tra la declamata parificazione di droghe leggere e pesanti ed il rilievo viceversa accordato, a fini di disciplina, alle differenti peculiarità di ciascuna sostanza".

<sup>47</sup> In dottrina si è evidenziato che un altro problema derivante dall'impatto del *novum* normativo è quello della utilizzabilità del "criterio ponderale" rispetto a fatti di reato perpetrati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 36 del 2014 e ciò in ragione degli effetti scaturiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 sugli atti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni dichiarate incostituzionali e, dunque, anche sul d.m. 11 aprile 2006, concernente i quantitativi massimi detenibili. Così, L. ROMANO, *Aggravante ingente quantità: addio al limite delle 2000 volte il quantitativo massimo?*, cit. In argomento cfr. la diversa opinione di M. GAMBARDILLA, *La nuova disciplina penale in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, *Supplemento al volume n. 9/2014*, 33. Sulla sorte degli atti amministrativi in materia di stupefacenti adottati in precedenza, v. J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, cit., 534 ss.; E. MAZZANTI, *L'uso dei valori – soglia nel diritto penale degli stupefacenti*, cit., 1135 ss.

Nondimeno, da questa tormentata vicenda giurisprudenziale si possono, sin da subito, trarre alcune riflessioni di carattere generale, destinate ad investire alcuni dei fronti più problematici del diritto penale contemporaneo.

## 4. I nodi ermeneutici sul tappeto: i limiti del diritto penale giurisprudenziale e il “prezzo da pagare” all’esigenza di prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Alla luce del lungo percorso interpretativo compiuto dalla giurisprudenza nel tentativo di delineare le condizioni di configurabilità dell’aggravante della “*ingente quantità*”, restano sul tappeto alcuni nodi problematici. Nodi tornati prepotentemente alla ribalta con le ultime oscillazioni giurisprudenziali, inevitabilmente legate a quello che appare, ancora oggi, il “nervo scoperto” della disciplina dettata dall’art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, ovverosia il tema – tanto antico quanto attuale – del rapporto tra diritto scritto e diritto interpretato/applicato dai giudici.

### 4.1. *La soluzione delle Sezioni Unite Biondi alla luce del principio di riserva di legge.*

Il primo nodo ermeneutico attiene ai limiti di operatività del c.d. diritto penale giurisprudenziale e ai suoi rapporti con alcuni basilari principi dello statuto costituzionale del diritto penale, quali il canone di riserva di legge e il principio di tassatività della fattispecie criminosa.

Infatti, come visto, la giurisprudenza di legittimità ha sempre escluso l’incompatibilità dell’art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990 con il principio di legalità rilevando come il pericolo di frizione con il dettato costituzionale potesse essere neutralizzato dall’attività interpretativa demandata alla prassi pretoria. Ma allora la domanda è: fino a che punto può spingersi la giurisprudenza nel “riempire” di contenuto una formula legislativa generica, il cui ambito semantico sembra sfocato o comunque non univocamente delineabile, senza travalicare le proprie competenze e prerogative istituzionali?

Il tema – che qui può essere solo accennato – è noto e ha trovato terreno fecondo di dibattito interpretativo proprio in riferimento alla soluzione esegetica elaborata dalle Sezioni Unite *Biondi*. Una sentenza che, più di altre, avallando un’opzione ermeneutica schiettamente “integrativa” del diritto vigente, è parsa teorizzare la ineludibilità del ruolo della giurisprudenza – e, in particolare, del supremo organo nomofilattico – nel conferire una maggiore precisione ai contorni applicativi di una disposizione penale.

Invero, non è revocabile in dubbio che, introducendo, in via “*praeter legale*”, un criterio di quantificazione dell’elemento indeterminato della “*ingente quantità*”, la Cassazione abbia aderito ad una soluzione esegetica che si pone proprio ai limiti della compatibilità tra la “legalità dell’esperienza giuridica” (o legalità *in action*) e la “legalità della legge” (o legalità *in the books*)<sup>48</sup>. In altri termini, stretta tra le insopprimibili esigenze di certezza della risposta giudiziaria e un dato normativo intrinsecamente foriero di oscillazioni applicative, la Suprema Corte sembrerebbe aver implicitamente certificato l’insufficienza della “legalità della legge” e, senza sollevare alcuna questione di costituzionalità dell’art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990, ha finito per “sdoganare” la salvifica funzione “nomopoietica” della regola giurisprudenziale da essa stessa fissata.

Note le critiche mosse da una parte della dottrina a questa scelta operativa: attraverso un’attività nominalmente interpretativa e invece sostanzialmente creativa, le Sezioni Unite avrebbero impropriamente definito i contorni della legalità penale, sostituendosi al legislatore, a cui soltanto spetterebbe, in ossequio alla separazione dei poteri, la specificazione della previsione circostanziale attraverso l’introduzione di limiti – soglia eventualmente cristallizzati da

<sup>48</sup> Su tale distinzione, v., di recente, F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 4 ss.

tabelle tecniche predisposte ed aggiornate da fonti secondarie<sup>49</sup>. In sostanza, l'accusa è questa: le Sezioni Unite avrebbero operato un improprio bilanciamento tra il principio della riserva di legge in materia penale e il canone di determinatezza e, rievocando categorie concettuali più vicine alla giurisprudenza "creativa" dei sistemi di *common law* avrebbero finito per obliterare la presupposizione reciproca di tali principi, usurpando il ruolo del legislatore ed omettendo di sollevare una doverosa questione di costituzionalità sull'art. 80, co. 2, per violazione del canone di tassatività<sup>50</sup>.

Tuttavia, occorre chiedersi se, alla luce dell'odierno dibattito interpretativo sulla moderna concezione della legalità penale e sull'intreccio tra diritto vigente e "diritto vivente", questi rilievi critici siano ancora attuali.

Il presupposto dogmatico da cui prendono le mosse tali obiezioni è di palmare evidenza: l'ordinamento penale italiano è senza dubbio annoverabile tra i sistemi a legalità formale<sup>51</sup>. Nondimeno, è altresì indubitabile che, alla luce dei radicali cambiamenti occorsi negli ultimi decenni, si sia assistito alla progressiva irruzione di una dimensione giurisprudenziale anche nel diritto punitivo e, correlativamente, alla graduale metamorfosi della concezione della legalità in materia penale<sup>52</sup>. Le cause di tale epocale trasformazione sono molteplici e qui possono essere soltanto riassunte: il mutamento dell'originario assetto gerarchico dei poteri dello Stato, la crisi della sovranità statale e della democrazia rappresentativa, l'inerzia o l'inadeguatezza del legislatore, il progressivo riconoscimento della preminente funzione dell'attività ermeneutica del giudice, il superamento della concezione formale del reato in favore di una visione "sostanziale" della legalità penale, il dirompente ruolo svolto dalla proliferazione delle fonti sovranazionali<sup>53</sup>. Tutti fattori che inducono ormai a riconoscere che oggi, quando applica una legge penale, il giudice, lungi dall'assumere il ruolo di mero ricognitore di significati o di supino applicatore del diritto positivo, esercita sempre un'attività in un certo senso "creativa", e ciò nella misura in cui a quest'ultimo è affidato il compito di "estrapolare" le norme giuridiche dalle disposizioni legislative<sup>54</sup>.

In definitiva, ormai tramontato il mito illuminista del giudice "bocca della legge", si è imposta all'attenzione della giurisprudenza pratica e teorica l'urgenza di una ridefinizione dei vecchi paradigmi, non più attuali nel contesto politico – istituzionale contemporaneo, nell'ottica del superamento della dialettica irriducibile tra primato della legge e riconoscimento di potere "creativo" alla giurisprudenza<sup>55</sup>. Invero, oggi che il contesto ordinamentale è fortemente

<sup>49</sup> A ciò si aggiunga che, secondo le voci critiche, la soluzione offerta dalla Cassazione peccerebbe altresì di incoerenza e di irrazionalità perché "essa fissa un valore-soglia privo di fondamento statistico, scientifico e sociologico a differenza di quelli predisposti dalla normativa secondaria al fine di stabilire – sia pure indicativamente – la rilevanza penale delle condotte di cui all'art. 73 T.U. Stup."; nonché "perché i casi presi in considerazione al fine di determinare suddetta soglia sono pochissimi e non sono nemmeno rappresentativi della casistica giudiziaria nazionale (la cui conoscenza, peraltro, sarebbe a sua volta insufficiente per il giudice, che dovrebbe guardare piuttosto alla casistica sociale), riguardando essi solo i procedimenti approdati alla S.C. nell'arco di un biennio"; e infine "perché il dato oggettivo così arbitrariamente stabilito in sostanza oblitera altri fattori che ben potrebbero influire sulla valutazione di ingenza in concreto della quantità di droga prodotta, movimentata o detenuta (il numero di dosi ricavate o ricavabili, le caratteristiche dei potenziali assuntori nel mercato di riferimento, ecc...)". Così, riassuntivamente, A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in AA.VV. *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, G. Morgante (a cura di), Torino, 2015, 120. Mostrano perplessità verso la soluzione accolta dalle Sezioni Unite anche S. GRILLO, *Le sezioni unite «prendono le misure» alla quantità ingente*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1488 ss.; G. AMATO, *La scelta quantitativa operata con il moltiplicatore finisce per attribuire al giudice poteri del legislatore*, in *Guida dir.*, 2012, 40, 54 ss.; C.A. ZAINA, *Stupefacenti: i nuovi criteri di applicazione dell'aggravante di ingente quantità*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 7 gennaio 2013.

<sup>50</sup> Sul tema, cfr. G. CAPPELLO, *Un dibattito mai sopito: a distanza di più di un decennio si riparla dell'aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80, c.p.v., D.p.r. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 2013, 530 ss. In senso fortemente critico contro tale intervento delle Sezioni Unite, v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 69.

<sup>51</sup> Cfr., per tutti, A. PAGLIARO, *Legge penale* (voce), cit., 1040 ss. Nella giurisprudenza costituzionale le peculiarità di un ordinamento di *civil law* come quello italiano, fondato sulla distinzione tra formante giurisprudenziale e fonte legislativa, sono rimarcate, da ultimo, da Corte Cost. 12 ottobre 2012, n. 230. Su tale pronuncia v. V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *questa Rivista*, 3-4, 2012, 164 ss.

<sup>52</sup> In argomento, *ex multis*, cfr. G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico – costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.; Id. *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss. Per un recente analisi ricostruttiva dell'evoluzione del principio di legalità nel nostro ordinamento (con un significativo richiamo all'art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990 come esempio paradigmatico della "crisi" della legalità della legge), v. M. PERROTTI, G. SPINELLI, *Punizione e legalità nel diritto penale italiano. Primi appunti per un confronto in chiave storica*, in *Cass. pen.* 2014, 2314 ss.

<sup>53</sup> Sul punto, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2016, 97 ss. Sulle cause della "implosione della legalità formale e dell'ascesa del diritto giurisprudenziale", cfr. G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.

<sup>54</sup> Così G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2015, 20.

<sup>55</sup> In argomento, di recente, A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice – fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.; S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *questa Rivista*, 2, 2016, 9 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 13 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. E. LUPO, *Cassazione e legalità penale (Convegno Parma, 9-10 ottobre 2015 – Relazione introduttiva)*, in *Cass. pen.*, 2016, 438 ss.

cambiato ed appare caratterizzato dalla graduale assimilazione, a livello sovranazionale, della fonte giurisprudenziale interna alla fonte legale, è indubitabile che anche il giudice penale eserciti un potere “creativo” in sede di interpretazione/applicazione delle figure criminose<sup>56</sup>.

In quest’ottica esegetica, piuttosto che inseguire un irrealizzabile ed anacronistico modello di interpretazione penale, si pone l’esigenza di definire in maniera rigorosa i limiti di questo potere, privilegiando una visione dei rapporti tra diritto scritto e diritto “vivente” che sviluppi maggiormente l’anima “garantista” del principio di legalità, lasciando invece più in ombra quella relativa al monopolio della fonte legislativa<sup>57</sup>.

E allora se, come evidenziato da attenta dottrina, il diritto penale, in una prospettiva moderna, si configura, prima di tutto, come un presidio di garanzia dei diritti fondamentali dei singoli nei confronti di una risposta punitiva che incide sul sommo bene della libertà personale, ben si può immaginare l’agire giudiziario come ulteriore strumento per perseguire le finalità politico – criminali del legislatore, orientate al rispetto dei principi fondanti della materia penale scanditi nella Costituzione. In questa prospettiva, nulla esclude che anche il giudice possa contribuire a determinare il significato delle fattispecie incriminatrici, nel rispetto dei principi costituzionali e con l’osservanza di quei canoni ermeneutici stabiliti dallo stesso legislatore agli artt. 12 e 14 delle c.d. preleggi. Con un limite invalicabile, però: in conformità al vincolo di cui agli artt. 25, co. 2 e 101, co. 2, Cost., è giocoforza necessario che tale attività “creativa” non “tradisca” mai le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore né travisi il superiore dato legislativo. Se spetta al potere legislativo – unico potere legittimato democraticamente e rappresentativo di tutte le forze politiche – stabilire i confini tra autorità e libertà, anche l’intervento giurisprudenziale dovrà muoversi entro tale confine e, conseguentemente, orientarsi verso lo scopo di tutelare la libertà dei consociati, senza mai distorcere *in malam partem* le opzioni legislative di politica criminale<sup>58</sup>. E ciò nell’improcrastinabile tentativo di rinvenire un punto di equilibrio tra l’esigenza di preservare il monopolio del potere legislativo nelle scelte di criminalizzazione e il margine inevitabile di discrezionalità riservato al potere giudiziario in sede di applicazione della norma al singolo caso concreto<sup>59</sup>.

Una prospettiva, quest’ultima, che si pone in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di tassatività della fattispecie criminosa, in precedenza richiamata<sup>60</sup>. E che finisce per demandare sostanzialmente all’attività interpretativa giudiziale il compito di conferire precisione descrittiva ad un’espressione legislativa il cui significato non è univocamente determinabile, rinvenendo la base di un criterio ermeneutico controllabile nei principi generali del diritto penale e nello stesso dato normativo (e, in particolare, nelle “*finalità perseguite dall’incriminazione*” e nel “*più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca*”, ossia proprio in applicazione dei criteri logico – sistematico e teleologico disciplinati dal citato art. 12 prel.)<sup>61</sup>.

Ed è questo ciò che, a ben guardare, hanno fatto le Sezioni Unite con la sentenza *Biondi*. Infatti, l’opzione interpretativa della giurisprudenza di legittimità sembrerebbe porsi proprio in linea di continuità con la *ratio* di garanzia che dovrebbe sottendere il preminente ruolo oggi occupato dal diritto penale giurisprudenziale, senza tradire, ma anzi assecondando lo “spirito” della disposizione legislativa oggetto di interpretazione: invero, non vi è dubbio che la scelta legislativa di incentrare la previsione aggravatrice *ex art. 80, co. 2. d.P.R. n. 309/1990* su una clausola elastica risponda proprio alla volontà del legislatore di rimettere al giudice il compito di rapportare la fattispecie concreta a quella astratta, onde scongiurare il rischio di un’applicazione troppo rigida del diritto, foriera di sanzioni inadeguate al disvalore effettivo

<sup>56</sup> G. AMARELLI, *Legge penale e giudice*, cit., 404. Sui recenti sviluppi della teoria dell’interpretazione della legge penale v., nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 124 ss.

<sup>57</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 97 ss.

<sup>58</sup> Sul punto, G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa*, cit., 24 ss.

<sup>59</sup> Enfatizza l’opera concretizzatrice della giurisprudenza nell’attività di ricerca dei significati delle norme incriminatrici, Sez. Un., 25 gennaio 2010, n. 18288, Beschi.

<sup>60</sup> Cfr. la giurisprudenza richiamata alla nota n. 12.

<sup>61</sup> Come anticipato, l’esigenza desumere il significato del singolo lemma contenuto nella fattispecie non in maniera atomistica, guardando al suo oggettivo ed asettico significato letterale, ma tramite un giudizio più ricco ed articolato, che consenta di raccordare il singolo elemento descrittivo controverso con il contesto in cui è calato e, quindi, “*con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce*” è sottolineata in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale (così C. Cost., n. 327 del 2008, cit.).



della condotta<sup>62</sup>. E, traendo legittimazione proprio da questa “autorizzazione” legislativa<sup>63</sup>, la soluzione esegetica elaborata dalla Suprema Corte appare allora pienamente coerente con i limiti – come sin qui tratteggiati – della funzione giurisdizionale, dando il giusto peso, accanto al dato letterale, anche agli altri criteri interpretativi indicati dal citato art. 12 delle preleggi. Si tratta, infatti, di una soluzione che, partendo dalla valorizzazione del dato normativo e del sistema tabellare su cui esso è imperniato<sup>64</sup>, mostra di tener conto della *ratio* della disciplina dettata dall’art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti e, senza “piegare” in senso sfavorevole al reo l’operatività dell’aggravante<sup>65</sup>, consente di superare il problema del *deficit* di determinatezza della fattispecie in questione e il rischio di violazioni del principio di uguaglianza – ragionevolezza nella sua applicazione<sup>66</sup>, così contribuendo a sanare il “peccato originale” della fattispecie in esame. E, soprattutto, si traduce in uno strumento di attuazione di un altro essenziale corollario del principio di legalità, rappresentato dalla prevedibilità della decisione giudiziale – nonché di tutti gli altri principi e valori a quest’ultimo sottesi – recuperando maggiore omogeneità al panorama giurisprudenziale e riducendo l’intollerabile piaga, unanimemente riconosciuta, della disarmonia tra le soluzioni applicative sperimentate dalla prassi pretoria.

## 4.2. *La soluzione delle Sezioni Unite Biondi alla luce del principio di prevedibilità della decisione giudiziale.*

Emerge, sullo sfondo, il secondo nodo interpretativo lasciato in sospeso dalla vicenda giurisprudenziale della aggravante di cui all’art. 80, cpv., t.u. stupefacenti: quale è il ruolo che oggi, alla luce dell’odierna concezione della legalità, imperniata sulla dimensione di effettività applicativa delle norme (la c.d. *legalità in action*), è destinato a svolgere il principio della prevedibilità della decisione giudiziale<sup>67</sup>?

Come è stato efficacemente affermato, nella “età dei diritti” – in cui si assiste ai due movimenti speculari della crisi della democrazia parlamentare – rappresentativa e della diretta affermazione dei diritti fondamentali – il bisogno di certezza, alla base del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, è forse destinato a prevalere rispetto alla garanzia di democraticità, sottesa alla riserva di legge<sup>68</sup>. E una parte della dottrina ravvisa proprio nel pronunciamento delle Sezioni Unite in commento una plastica rappresentazione del ruolo positivo che, al bivio tra “legalità della legge” e “legalità effettuale”, può essere occupato dal diritto penale giurisprudenziale al fine di agevolare la conoscibilità del precetto sanzionatorio e la prevedibilità dell’applicazione della legge penale, ormai assurte a contenuto fondamentale

<sup>62</sup> La scelta ermeneutica delle Sezioni Unite, ancorata alla predeterminazione di criteri orientativi suscettibili di modifica e di adeguamento nel corso del tempo, non arriva, infatti, all’eccesso di stravolgere la *voluntas legis* e di fissare in via interpretativa una soglia di punibilità rigida che il legislatore, invece, deliberatamente, non ha voluto stabilire per questo tipo di reati.

<sup>63</sup> Di contrario avviso quell’opinione secondo cui, invece, sarebbe la stessa predeterminazione, ad opera delle Sezioni Unite, di parametri quantitativi ad alterare la natura elastica della clausola contenuta nell’art. 80, co. 2, t.u. stupefacenti, determinando, per tale via, il mancato rispetto della riserva di legge. Cfr. G. AMATO, *La scelta quantitativa operata con il moltiplicatore finisce per attribuire al giudice poteri del legislatore*, 58.

<sup>64</sup> Infatti, la decisione evidenzia la centralità del dato ponderale ai fini della valutazione del maggior disvalore della condotta criminosa, confermata anche dal confronto la fattispecie di lieve entità di cui al citato comma 5 dell’art. 73 t.u. stupefacenti: invero, se per costruire l’ipotesi meno grave il legislatore ha indicato una molteplicità di parametri – tra i quali l’indice ponderale non assume rilievo preponderante –, nel configurare l’aggravante in esame ha preferito valorizzare il solo parametro quantitativo, così assegnando pregnante ed assorbente rilievo al dato ponderale. Sul punto, cfr. G. CAPPELLO, *Un dibattito mai sopito*, cit., 530 ss.

<sup>65</sup> Infatti, come visto, la Suprema Corte si limita a predeterminare un limite “verso l’alto”, ovvero sia un “valore – soglia” valido ad escludere, di regola, la configurabilità dell’aggravante quando non sia superato, rigettando apertamente uno speculare automatismo *in malam partem*, volto cioè a riconoscere l’aggravante ogniqualvolta tale limite sia superato, a tal fine dovendo sempre, infatti, “soccorrere la valutazione in concreto del giudice di merito”. In quest’ottica, lo sbarramento quantitativo così individuato dalle Sezioni Unite consente di generare unicamente effetti *in bonam partem* per l’imputato. Sul punto, cfr. G. AMARELLI, *Le Sezioni unite e la indeterminata aggravante dell’ingente quantità di stupefacenti: una ricognizione di significato valida solo in bonam partem*, in *Gazz. for.*, 2012, 82.

<sup>66</sup> In questa prospettiva, assume peculiare rilievo altresì la scelta, già in precedenza rimarcata, di assegnare rilievo, nella determinazione del “criterio ponderale”, al valore massimo di ciascuna sostanza, valore com’è noto variabile in base al tipo di sostanza. Invero, come sottolineato in dottrina, “in questo modo si rilegge la fattispecie incriminatrice in maniera da garantire che il tipo criminoso da essa descritto sia comprensivo unicamente di classi di fatti simili e, quindi, sia espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore sociale proporzionato alla più rigorosa cornice edittale di pena. Diversamente, essa finirebbe con il definire un tipo criminoso indeterminato, perché riferibile in maniera indistinta ed imprevedibile per i potenziali destinatari a comportamenti estremamente eterogenei e, quindi, non adeguatamente rapportati al più rigido trattamento sanzionatorio”. Così G. AMARELLI, *Legge penale e giudice*, cit., 422.

<sup>67</sup> Su tale principio, da ultimo, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

<sup>68</sup> Così F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 7.

della stessa garanzia del *nullum crimen sine lege*<sup>69</sup>. E ciò in coerenza con il rilievo assegnato a tale principio dalla giurisprudenza sovranazionale e, in particolare, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nel fare applicazione dell'art. 7 CEDU, ha in più occasioni affermato la garanzia sostanziale che l'ordinamento statale (a prescindere dal tipo di fonte<sup>70</sup>) definisca chiaramente, prima della condotta punibile, il comando giuridico e le relative conseguenze<sup>71</sup>. In quest'ottica, se l'individuo deve essere in condizione di conoscere i divieti penalmente sanzionati così da adeguare il proprio comportamento al rispetto di essi, l'intervento della giurisprudenza, volto a "completare" la norma, non si risolverebbe in una violazione del canone del *nullum crimen*, ma, al contrario, gioverebbe alla stessa legalità della previsione sanzionatoria. E ciò quantomeno nei casi in cui il divieto non fosse sufficientemente determinato e, quindi, l'accertamento della violazione si risolverebbe in una decisione non prevedibile.

In quest'ottica, si potrebbe sostenere, in chiave critica, che il graduale ridimensionamento del principio di legalità (*in the books*) e il crescente "interventismo" della giurisprudenza siano il "prezzo da pagare" alle esigenze sottese al canone della prevedibilità della decisione giudiziale.

Tuttavia, al riguardo, è necessario un atteggiamento di pragmatico realismo, nella consapevolezza della evoluzione storica della concezione di legalità<sup>72</sup>. Invero, dinanzi alla congenita difficoltà di "dominare la realtà" attraverso enunciati linguistici – quali sono, in definitiva, le disposizioni normative –, come tali destinati ad incontrare i limiti naturali legati alla astrattezza delle loro previsioni, è sovente indispensabile una intermediazione "creativa" del giudice. E ciò soprattutto di fronte ad una tecnica legislativa che, come in precedenza ricordato, allo scopo di consentire alla fattispecie incriminatrice di adattarsi meglio alla imprevedibile mutevolezza del contesto in cui deve essere applicata, fa ricorso a locuzioni generiche dal campo semantico ampio o ad espressioni linguistiche ellittiche che necessitano, per forza di cose, di una concretizzazione e chiarificazione per mano del giudice in sede di interpretazione ed applicazione<sup>73</sup>. In questa prospettiva, contribuire a precisare il significato delle norme – ovviamente entro i limiti segnati dalla sua compatibilità con il superiore dato legislativo<sup>74</sup> – significa rispondere alla necessità di garantire la prevedibilità della legge, partecipando alla realizzazione, nella sua dimensione applicativa, della *ratio* più intimamente garantista del principio di legalità.

Traguardata alla luce del canone di prevedibilità, la scelta delle Sezioni Unite di perimetrare la nozione di "*ingente quantità*" attraverso la cristallizzazione di una chiara regola giurisprudenziale – seppur nei limiti di un ordinamento, come il nostro, non caratterizzato dalla regola della vincolatività del precedente giudiziario – assumerebbe allora il ruolo di "*vettore di determinatezza*" dell'espressione utilizzata dal legislatore nella descrizione della fattispecie circostanziata<sup>75</sup>. Ruolo che, nel nostro sistema, è istituzionalmente affidato al giudice, così come più volte ricordato dalla stessa giurisprudenza costituzionale diano richiamata.

Ne deriva che sono proprio i parametri indicati dalla Cassazione al fine di delimitare l'ambito applicativo della clausola della "*ingente quantità*" a consentire di dare alla norma una concretezza idonea ad escludere il rischio di indeterminazione da più parti denunciato, ponendo il destinatario del precetto nella condizione di avere una percezione sufficientemente chiara

<sup>69</sup> F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 39; F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 6. Saluta con favore la soluzione esegetica elaborata dalle Sezioni Unite, nonostante l'"arditezza" della interpretazione, E. LUPO, *Cassazione e legalità penale*, cit., 445. G. AMARELLI, *Legge penale e giudice*, cit., 422, parla di "valido esempio di collaborazione dialettica tra legge e giudice".

<sup>70</sup> L'art. 7 CEDU, se nella rubrica indica la "legge", nel testo si riferisce al "diritto" (interno o internazionale), di cui è formante non solo la legge, ma anche la giurisprudenza. In argomento, cfr. D. PULITANO, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2, 2015, 46 ss.

<sup>71</sup> Sul punto v. le pronunce della Corte EDU richiamate alla nota n. 5.

<sup>72</sup> F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 6.

<sup>73</sup> Sul punto, v. le perspicue parole della citata sentenza della Cassazione *Beschi* del 2010, che rimarca proprio l'inevitabile presenza di un elemento di interpretazione giudiziaria in ogni norma: "a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste [...] non può presentare una precisione assoluta. [...] Il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice, infatti, riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività 'concretizzatrice' della giurisprudenza". Sul punto, assume rilievo anche la posizione espressa dalla Corte EDU, che, al riguardo, ha espressamente affermato: "quale conseguenza del fatto che la legge deve essere di applicazione generale, le parole di essa non possono avere sempre una precisione assoluta. Ciò vuol dire che molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghe e la cui determinazione dipende dalla prassi. Di conseguenza, in ogni sistema giuridico, per quanto le norme, anche quelle penali, possano essere chiaramente scritte, c'è sempre un inevitabile elemento di interpretazione giurisprudenziale. Ci sarà sempre il bisogno di delucidazioni su punti dubbi e di adattamento alle circostanze concrete" (C. eur. dir. uomo, *Grande Camera, Ashlarba c. Georgia*, 15 luglio 2014, § 34).

<sup>74</sup> Sottolinea questo aspetto F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 23 ss.

<sup>75</sup> Così G. AMARELLI, *Legge penale e giudice*, cit., 428.

ed immediata del relativo contenuto sanzionatorio. D'altronde, opinando altrimenti, qualora non si riconoscesse tale salvifica funzione alla giurisprudenza, non resterebbe che riconoscere l'irredimibile incompatibilità con la Carta costituzionale di tutte le clausole, disseminate nel sistema penale, che ancorano la punibilità o il *quantum* di pena a formule quantitative vaghe<sup>76</sup>.

Del resto, si tratta – *mutatis mutandis* – di un esperimento di ermeneutica giudiziaria che è già stato applicato, con successo, dalla giurisprudenza civile della Cassazione, che, allo scopo di dirimere le incertezze della prassi pretoria in ordine alla quantificazione del danno non patrimoniale in assenza di criteri stabiliti dalla legge, ha elevato ad unico parametro di riferimento le tabelle all'uopo predisposte dal Tribunale di Milano<sup>77</sup>. Infatti, anche qui, in difetto di previsioni normative risolutive, la giurisprudenza di legittimità si è trovata davanti alla necessità di garantire l'uniformità di giudizio in casi analoghi, “*essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché esaminati da differenti uffici giudiziari*”<sup>78</sup>. E lo ha fatto individuando dei parametri orientativi – elaborati a partire dal dato esperienziale tratto dalla stessa prassi pretoria – destinati così a trovare applicazione su tutto il territorio nazionale e a superare le persistenti difformità giurisprudenziali<sup>79</sup>.

Una vicenda, quest'ultima, emblematica del crescente ruolo “integrativo” assunto dalla giurisprudenza di legittimità nel difficile compito di garantire valori cardinali quali la coerenza dell'ordinamento e la certezza del diritto – e, quindi, in definitiva, di assicurare una decisione giusta – dinanzi all'ineludibile equivocità e porosità del dato legislativo<sup>80</sup>.

## 5. Nota conclusiva.

Seppur con i rilievi problematici da più parti avanzati<sup>81</sup>, la strada tracciata dalle Sezioni Unite *Biondi* appare come una delle vie percorribili per giungere ad un punto di equilibrio tra legalità *in the books* e legalità *in action*.

Invero, la soluzione esegetica propugnata dai giudici di legittimità si pone nel solco dei limiti disegnati dalla Costituzione e dei canoni ermeneutici delineati dalle preleggi, mostrando un duplice pregio: da un lato, non travalica il limite del dato di diritto positivo e, dall'altro lato, non disconosce – ma anzi valorizza – l'importante ruolo occupato dal formante giurisprudenziale nel procedimento di formazione della norma penale, intesa come “risultato vivente” della sinergica cooperazione tra legislazione e giurisdizione.

<sup>76</sup> Al riguardo, basti pensare, ad esempio, alle similari espressioni del “*danno di rilevante gravità*” o del “*lucro di speciale tenuità*” menzionate dagli artt. 61 e 62 c.p.; o alla locuzione “*particolare tenuità del fatto*” a cui fa riferimento l'art. 131-bis c.p.; o alla nozione di “*ingente quantità*” di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-*quater* c.p. Sul punto, cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 39. In argomento, si veda anche la posizione espressa dalla Corte costituzionale che, proprio in relazione ad un concetto quantitativo non numerico (l'alterazione “*in misura rilevante*” del risultato della dichiarazione fiscale di cui all'art. 4, n. 7, l. n. 516/1982), ha sottolineato la necessità della “*mediazione*” dell'interpretazione giudiziale, non essendo, in ogni caso, metodologicamente consentito “*isolare*” la “*misura rilevante*” dagli altri elementi della fattispecie nella quale tale “*misura*” è inserita, per confrontare quest'ultima, e solo quest'ultima, con il precetto di determinatezza [...]” (così C. Cost., n. 247/1989, cit.).

<sup>77</sup> Il riferimento è a Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12418, a cui si è sostanzialmente uniformata la giurisprudenza successiva.

<sup>78</sup> In particolare, partendo dal concetto di equità, richiamato dall'art. 1226 c.c. ai fini della liquidazione del danno, i giudici di legittimità ne sottolineano la consustanzialità “*non solo all'idea di adeguatezza, ma anche a quella di proporzione*”, così da privilegiarne il profilo della “*parità di trattamento*”, e per tale via propongono “*una sorta di equità collettiva*”, in funzione della quale “*non è più il singolo giudice, ma il sistema giudiziario che si attrezza come una sorta di legislatore decentrato*”. Così, Cass. Cass. civ., n. 12418/2011, cit.

<sup>79</sup> Sulle perplessità suscitate da questo indirizzo giurisprudenziale, anche in relazione al carattere asseritamente “*paralegislativo*” dell'intervento della Cassazione, cfr. G. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*, in *Dann. e resp.*, 2011, 956 ss.; M. FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*, in *Corr. giur.*, 2011, 1085 ss.

<sup>80</sup> Il carattere emblematico di questa vicenda pretoria risulta ancor più evidente se si pone mente al fatto che, perlomeno nella prima prospettazione, la Cassazione aveva innovativamente concluso nel senso che l'eventuale disapplicazione, da parte dei giudici di merito, delle tabelle milanesi sarebbe stata censurabile attraverso il vizio della violazione di legge *ex art.* 360, co. 1, n. 3, c.p.c., pervenendo così ad una totale assimilazione tra formante giurisprudenziale e fonte legislativa. Sul punto, cfr. Cass. Cass. civ., n. 12418/2011, cit.

<sup>81</sup> Come evidenziato in precedenza, se da un lato la pronuncia in commento fissa un limite in negativo, al di sotto del quale l'aggravante non può in linea di massima ritenersi sussistente, al di sopra di tale limite si riapre il margine di apprezzamento del giudice e i conseguenti problemi interpretativi: infatti, in caso di superamento del limite – soglia fissata dalle Sezioni Unite, ci si domanda quali criteri esegetici dovrebbero essere adottati dal giudice per decidere dell'applicazione della circostanza, con il rischio di un potenziale ritorno agli incerti criteri elaborati a partire dalla sentenza *Primavera*. Sul punto, B. GARDELLA, *L'aggravante dell'ingente quantità di stupefacente: problemi di compatibilità con il principio di precisione e questioni interpretative al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 256 ss.; S. GRILLO, *Le sezioni unite «prendono le misure» alla quantità ingente*, cit. 1498; G. CAPPELLO, *Un dibattito mai sopito*, 535.

I rischi insiti in un eccessivo “protagonismo” giudiziale ci sono, è evidente<sup>82</sup>. Ed è per questo motivo che il riconoscimento del ruolo “*con-formativo*”<sup>83</sup> del precetto penale svolto dalla giurisprudenza non può mai trasmodare nell’appropriazione, ad opera del potere giudiziario, di un indebito ruolo di “*facitore*”, in proprio, delle scelte di criminalizzazione, ruolo attribuito alle istituzioni della democrazia rappresentativa dall’architettura stessa dello Stato costituzionale di diritto.

Nondimeno, pare che, nella specie, tale pericolo di “usurpazione” del potere legislativo sia stato sventato: muovendosi nel rispetto della scelta legislativa di non “intrappolare”, in via generale ed astratta, l’ambito applicativo della fattispecie circostanziata in esame, l’intervento “integrativo” attuato dalla sentenza *Biondi*, lungi dal tradursi in una mera “dequotazione” del principio di riserva di legge, apparirebbe conformarsi, al contrario, all’attuale statuto della legalità penale. E ciò nella misura in cui la regola forgiata dal “diritto vivente”, fondandosi su parametri oggettivi, razionali e controllabili, restituisce determinatezza e ragionevolezza alla disciplina dettata dall’art. 80, co. 2, d.P.R. n. 309/1990 e, per tale via, assicura la certezza del diritto e la prevedibilità dell’applicazione della fattispecie criminosa, entrambe ormai assunte come pilastri della stessa garanzia della libertà delle persone coinvolte nell’applicazione della norma penale.

<sup>82</sup> Sui rischi di autoritarismo potenzialmente derivanti dal combinato disposto della crisi della “legalità della legge” e della dilatazione dell’ “interventismo” giudiziale, v., di recente, D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. Con particolare riguardo ai pericoli insiti nell’esercizio del potere giudiziale in fase di interpretazione ed applicazione delle fattispecie circostanziali, cfr., da ultimo, F. BASILE, *L’enorme potere delle circostanze sul reato; l’enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1743 ss.

<sup>83</sup> F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 23 ss.