

# Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**  
condirettore **Mario D'Andria**  
LIV - gennaio 2014, n° 01

01

20  
14

| **estratto**

LEGGE PENALE E GIUDICE: UN  
VECCHIO RAPPORTO ALLA RICERCA DI  
UN NUOVO EQUILIBRIO

*di* **Giuseppe Amarelli**

## 119 LEGGE PENALE E GIUDICE: UN VECCHIO RAPPORTO ALLA RICERCA DI UN NUOVO EQUILIBRIO \*

*Criminal law and judge: an old relationship in search of a new balance*

Il rapporto tra legge penale e giudice sta vivendo un periodo di particolare travaglio a causa di una molteplicità di ragioni sia di natura endogena sia di natura esogena. Ciò ha determinato l'entrata in crisi della legalità formale e la contestuale ascesa della discrezionalità giudiziaria. L'Autore ripercorre brevemente le diverse soluzioni prospettate dalla dottrina più recente per riequilibrare tale relazione, per poi rinvenire un modello possibile di compartecipazione del potere giudiziario nella definizione del 'tipo criminoso' in quella attività ermeneutica del giudice che non invade i campi di pertinenza esclusiva del Parlamento. A tal proposito viene individuato un esempio concreto di tale modello sostenibile di coproduzione giudiziaria del diritto penale nella recente sentenza delle Sezioni unite relativa alla circostanza aggravante della ingente quantità di stupefacenti, in cui una clausola generale è stata riempita di significato dalla giurisprudenza tramite l'attenta applicazione dei residuali criteri interpretativi, quello sistematico e quello teleologico.

*The relationship between criminal law and judge is experiencing a period of great labor due to a variety of reasons endogenous and exogenous; this caused the crisis of the legality and the simultaneous rise of judicial discretion. The Author briefly reviews the various solutions proposed by the latest doctrine to rebalance the report, and then identify a possible model for the sharing of the judiciary in the definition of 'criminal type', in the hermeneutical activity of the judge who does not invade the fields of Parliament.*

*(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)*

di **Giuseppe Amarelli**

*Ricercatore di Diritto penale - Università degli Studi di Napoli Federico II*

**Sommario** 1. Premessa. — 2. Il recente mutamento del rapporto tra legge penale e giudice. — 3. Le cause endogene. — 4. Le cause esogene. — 5. Gli estremi opposti dell'odierno dibattito: neo-illuministi *versus* post-ermeneuti. — 6. Alla ricerca di un punto di equilibrio. — 7. La sentenza delle Sezioni unite 2012 sull'art. 80, comma 2, t.u. n. 309/1990: un esempio razionale di definizione dialettica del significato di una fattispecie incriminatrice.

### 1. PREMESSA

Il rapporto tra legge e giudice, nel terreno circoscritto e peculiare della materia penale, costituisce uno dei nodi problematici più inestricabili con cui tutti gli ordinamenti giuridici moderni sono stati (e continuano ad essere) chiamati a confrontarsi: il suo difficile bilanciamento non incide esclusivamente sul contenuto ed i limiti dell'interpretazione delle fattispecie incrimina-

---

(\*) Testo riveduto ed ampliato, integrato con le indicazioni bibliografiche essenziali, della relazione svolta al II Congresso giuridico distrettuale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Trento e Bolzano sul tema *Legge penale e giudice*, Bolzano, 10 maggio 2013.

trici, ma condiziona, più a monte ed in profondità, l'assetto dei poteri costituzionali all'interno di uno Stato di diritto e la individuazione delle loro rispettive funzioni e prerogative.

Sin da quando, grazie all'Illuminismo giuridico, sono stati radicalmente ripensati i caratteri della potestà punitiva statale ed il fondamento del diritto di punire, la scienza giuridica si è sempre impegnata ostinatamente nel ricercare un punto di equilibrio in questa relazione dialettica. L'obiettivo era, ed è, quello di preservare il monopolio (faticosamente conquistato) del potere legislativo – in quanto unico potere legittimato democraticamente e rappresentativo di tutte le forze politiche – nella concretizzazione delle scelte di politica criminale e nella conseguente individuazione dei fatti penalmente rilevanti tramite disposizioni incriminatrici generali e astratte, senza però negare un margine inevitabile discrezionalità e creatività al potere giudiziario in sede di applicazione della norma al singolo caso concreto <sup>(1)</sup>.

Non essendo possibile in questa sede ripercorre analiticamente il dibattito che tale tema ha animato all'interno della dottrina penalistica nei paesi di tradizione di *civil law*, si cercherà solamente di concentrare l'attenzione sulla molteplicità dei fattori che nei tempi odierni ne hanno determinato un radicale mutamento ed una rinnovata complessità, per provare poi ad individuare una possibile via mediana che permetta di riconoscere una discrezionalità al giudice nell'applicazione delle leggi penali, che non si sostanziano però in una incondizionata ed inaccettabile libertà interpretativa dal contenuto addirittura creativo <sup>(2)</sup>.

Ma procediamo con ordine.

## 2. IL RECENTE MUTAMENTO DEL RAPPORTO TRA LEGGE PENALE E GIUDICE

Negli ultimi anni si è assistito ad un repentino e significativo cambiamento del rapporto tra legge e giudice anche nel diritto penale, vale a dire in quella particolare area del diritto pubblico che uno dei grandi giuristi del Novecento, Massimo Severo Giannini, considerava

---

<sup>(1)</sup> Da ultimo, il tema più ampio del rapporto legge-giudice, al di là dello specifico campo penalistico, è stato affrontato in una originale prospettiva che cerca di rileggerlo alla luce della fisica quantistica, da BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Giuffrè, 2013. La stretta ed imprescindibile collaborazione tra legge e giudice nel procedimento di creazione del diritto, era già evidenziata da SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, 1970, p. 12, osservando che "se il giudice dipende dalla legge anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi. Naturalmente questo punto di incontro non può che essere l'interpretazione".

<sup>(2)</sup> Per un'aggiornata ricostruzione dell'attuale stato della relazione tra legge penale e giudice, con diversi accenti, si rinvia ai contributi raccolti in *Criminalia 2012*, di BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, p. 261 ss.; DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, p. 267 ss.; INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, p. 285 ss.; MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, p. 299 ss.; VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, p. 305 ss.; ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, p. 315 ss.; a quelli raccolti in *Criminalia 2011*, di GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, p. 77; FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, p. 79; GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, p. 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine alla asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, p. 125 ss.; nonché a BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, p. 483 ss.; DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello della interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 159 ss.; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *AA.VV., Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, t. IV, p. 2199 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012; SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, Aracne, 2012; MANNA, *Disequilibri tra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *questa rivista*, 2011, p. 1244, spec. 1252 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 2<sup>a</sup> ed., 2007; MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, 2004, p. 97 ss.

ancora nella metà del secolo scorso come “una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i ponti sbarrati”<sup>(3)</sup> arroccata attorno alla “agorà del Parlamento nazionale”, monopolista esclusivo della potestà legislativa<sup>(4)</sup>.

Per un verso, nonostante la significativa presenza del principio di riserva di legge e dei suoi corollari, si è verificato un inatteso declino del potere legislativo che ha determinato una autentica trasfigurazione della legalità penale, da granitica a liquida; da pietra fondante la torre penalistica, ad elemento complementare della nuova rete penale. Anche in questa materia, a causa delle odierne “miserie del legislatore” e della sfiducia ‘antipolitica’ che la sua incompetenza ha generato nella collettività, il ruolo della legge ha cominciato a trascinare, iniziando a registrarsi un progressivo scivolamento dal modello illuministico puro di stampo legicentrico – assurdo negli ultimi due secoli al rango di una di quelle che Paolo Grossi ha definito mitologie della modernità<sup>(5)</sup> – ad un modello improntato al pluralismo delle fonti di produzione del diritto. Il legislatore si è così rassegnato all’idea di condividere il potere normativo anche con il giudice ed a vedere «le proprie leggi trattate come ‘parti’ del diritto, non come ‘tutto il diritto’»<sup>(6)</sup>.

Per altro verso, in ragione della inerzia o della inadeguatezza del legislatore e della crisi di rappresentatività democratica del Parlamento innescata dalla sostituzione del sistema elettorale proporzionale con quello maggioritario e rinfocolata dagli scandali della politica e dall’abbassamento del livello culturale e morale dei parlamentari<sup>(7)</sup>, si è riscontrata una parallela ascesa del potere giudiziario e del fenomeno della creazione giurisprudenziale del diritto, suggellata dal brusco passaggio dal modello di giudice *bouche de lois* e *subsuntion machine* a quello opposto del giudice autentico produttore di diritto. Il giudice, infatti, in questa “età della giurisdizione”<sup>(8)</sup>, ha mutato progressivamente pelle, abbandonando gli abiti *blasé* del mero applicatore del diritto penale che, secondo il noto insegnamento di Cesare Beccaria<sup>(9)</sup>, si limita aritmeticamente ad operare sillogismi giuridici perfetti in un rassicurante sistema piramidale e rigido di fonti, per vestire quelli più blasonati del co-legislatore che, muovendosi nella spirale ermeneutica, conferisce significato ai testi normativi astratti in un panorama disarticolato e scomposto di fonti<sup>(10)</sup>. Egli da scopritore del significato preesistente dei singoli termini contenuti negli enunciati normativi è andato così divenendo vero creatore di nuovo diritto, alla stregua del legislatore, contribuendo talvolta a restringere il raggio di applicazione di alcune disposizioni incriminatrici, talaltra, all’opposto, ad ampliare a dismisura il perimetro di altre.

Emblematici esempi del primo tipo di creazione giurisprudenziale del diritto penale sono i fin troppo noti casi del c.d. ‘concorso esterno’ nei reati associativi, laddove la giurisprudenza ha modellato in via interpretativa lo ‘statuto di tipicità’ di questa controversa forma di partecipazione criminosa, travalicando i confini tracciati dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. in base alla quale si sarebbe dovuta

---

<sup>(3)</sup> GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940) – Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 179 ss.

<sup>(4)</sup> MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 6.

<sup>(5)</sup> GROSSI, *Mitologie della modernità*, Giuffrè, 2001, p. 15 ss.

<sup>(6)</sup> Così GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria?’*, cit., p. 101. Sul punto si vedano anche i contributi di FIORAVANTI e CASSESE, in *AA.VV., Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Mulino, 2009.

<sup>(7)</sup> C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione*, cit., p. 127.

<sup>(8)</sup> La definizione è di FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa*, cit., p. 92.

<sup>(9)</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), qui citato nella edizione a cura di S. Rodotà, Feltrinelli, 1999, p. 41.

<sup>(10)</sup> BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., p. 484.

dimostrare semplicemente la agevolazione fornita dal non affiliato alla realizzazione di una delle condotte incriminatrici descritte da quella fattispecie (e cioè, la promozione, l'organizzazione o la mera partecipazione), richiedendo altresì la prova, tramite un giudizio eziologico *ex post*, del contributo causale dell'*extraneus* al rafforzamento del sodalizio criminoso. O quello altrettanto noto dei limiti di operatività del delitto di diffamazione rispetto al diritto di cronaca e di critica, in cui la giurisprudenza, in assenza di precise indicazioni legislative, ha progressivamente fissato i caratteri che deve avere la pubblicazione e divulgazione di una notizia per non integrare il reato previsto dall'art. 595 c.p.; o ancora quello della delega di funzioni, in cui, prima della riforma del 2008 con cui è stata formalizzata la sua disciplina ricalcando proprio il decalogo scritto dalle decisioni della suprema Corte negli anni precedenti, era stata la giurisprudenza nel corso del tempo ad aver fissato i caratteri che doveva presentare una delega all'interno di un'organizzazione aziendale complessa per poter eventualmente scriminare il delegante.

Esempio dell'altro tipo, ben più pericoloso, di protagonismo creativo del potere giudiziario, in cui attraverso l'attività ermeneutica, piuttosto che fissare elementi costitutivi non specificati dal legislatore, sono stati dilatati forzatamente i confini di alcune fattispecie incriminatrici in modo tale da far assurgere al rango di penalmente rilevante fatti che all'apparenza non lo erano, è il caso della corruzione per l'esercizio della funzione, poi sanato dalla controversa riforma operata con la l. n. 190/2012. In questa circostanza, la giurisprudenza aveva smaterializzato l'elemento costitutivo dell'atto oggetto del mercimonio corruttivo, ritenendo altresì sufficiente ad integrare i delitti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. la prova dell'accordo per il generico svolgimento della funzione piuttosto che per il compimento di un ben determinato atto. Altri casi altrettanto famosi sono quelli, sempre nell'ambito dei delitti contro la p.a., della corruzione in atti giudiziari, ritenuta configurabile anche nella forma c.d. susseguente sebbene la struttura della fattispecie a dolo specifico sembrasse impedirlo; del reato di getto pericoloso di cose di cui all'art. 674 c.p., concepito per la caduta dei vasi dai balconi ed esteso sino a ricomprendere l'inquinamento elettromagnetico generato dalle antenne radio e telefoniche; della violenza sessuale le cui modalità realizzative della violenza o minaccia sono state trasformate nel semplice dissenso; o del novero dei destinatari del d.lg. n. 231/2001, dilatato da una opinabile decisione della suprema Corte fino a farvi rientrare, oltre alle persone giuridiche, addirittura anche le imprese individuali.

L'elencazione potrebbe continuare ancora a lungo, ma il tempo a disposizione è breve; questa rapidissima carrellata è però sufficiente per sottolineare il ruolo sempre più rilevante che l'attività ermeneutica della giurisprudenza è andata ricoprendo nel nostro sistema penale.

### 3. LE CAUSE ENDOGENE

Quali sono stati i formanti di questa implosione della legalità formale e dell'ascesa del diritto giurisprudenziale, nonché del parallelo mutamento del rapporto tra legge penale e giudice?

Si può dire che essi siano molteplici e che possano essere compendati in due macrocategorie: le cause endogene e le cause esogene <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Per una analoga distinzione dei fattori che hanno generato l'odierna crisi della riserva di legge in materia penale si veda C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Giuffrè, 2010, p. 48 ss.; FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit., p. 86.

Nell'ambito del primo insieme è possibile distinguere a sua volta due ulteriori *species* di cause, quelle fisiologiche e quelle patologiche.

Tra quelle fisiologiche la principale e più risalente è di carattere ordinamentale: essa è rappresentata dal mutamento dell'originario assetto gerarchico dei poteri dello Stato di origine illuministica-giacobina, che vedeva il potere legislativo, incarnato dall'unico organo effettivamente democratico, il Parlamento, in una posizione di supremazia rispetto agli altri poteri che erano ad esso subordinati. Tale modello poliarchico verticale – nato in un contesto storico peculiare e con l'obiettivo di consentire al diritto penale di uscire dall'era pre-moderna in cui era considerato un cieco strumento punitivo nelle mani del potere dispotico del sovrano – è stato progressivamente sostituito nelle recenti esperienze repubblicane di molti Stati costituzionali di diritto, tra cui l'Italia, da un modello poliarchico orizzontale <sup>(12)</sup>, in cui legislativo e giudiziario non costituiscono più due poteri in rapporto di supremazia/subalternità, bensì in rapporto pressoché paritario con competenze differenti <sup>(13)</sup>.

Il potere giudiziario, pur essendo sottoposto alla legge (purché ne riscontri la conformità alla Costituzione) in base a quanto enunciato dall'art. 101, comma 2, Cost. <sup>(14)</sup>, non è più sottoposto al potere legislativo, costituendo la magistratura, ai sensi del successivo art. 104, comma 1, Cost., "un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"; anzi, si può dire che nell'attuale assetto ordinamentale, sia questo a controllare il secondo grazie allo strumento della questione di legittimità costituzionale e, ancor di più oggi, grazie al controllo 'diffuso' attribuito alla magistratura ordinaria dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali (CGCE e Corte EDU) della 'conformità' costituzionale, comunitaria e convenzionale (com'è noto, rispetto ai principi costituzionali il giudice ha il compito di procedere, laddove possibile, alla interpretazione adeguatrice della disposizione con essi asseritamente contrastante; rispetto al diritto dell'Unione europea il giudice ha il potere di disapplicare la normativa interna; mentre rispetto al diritto CEDU quello della interpretazione convenzionalmente conforme) <sup>(15)</sup>.

Una seconda causa è stata rappresentata dalla lenta ed inesorabile affermazione del ruolo imprescindibile del giudice nell'opera di adeguamento di un sistema penale di stampo autori-

<sup>(12)</sup> A tal proposito si veda MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, ESI, 2007, p. 87 ss.

<sup>(13)</sup> In argomento, si rinvia a BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2001; nonché, da ultimo, VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in [www.dirittoquestionipubbliche.org](http://www.dirittoquestionipubbliche.org).

<sup>(14)</sup> Su tale specifico aspetto, si veda da ultimo M. PISANI, *Il giudice, la legge e l'art. 101, comma 2 Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 558 ss.; GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 261 ss.; PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 663. Che il principio della soggezione del giudice alla legge (costituzionalmente conforme) enunciato nell'art. 101, comma 2, Cost. non precluda un margine di discrezionalità del giudice sarebbe desumibile anche dalla sua originaria versione contenuta nell'art. 2, comma 1, del c.d. Progetto Calamandrei (poi rimodellata per il timore di pericolose aperture verso forme di 'diritto libero') dove era affermato che «i giudici nell'esercizio delle loro funzioni dipendono soltanto dalla legge, che essi interpretano ed applicano al caso concreto secondo la loro coscienza». Sul punto cfr. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, 1982, spec. p. 263 ss.

<sup>(15)</sup> Sul punto cfr. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it); VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in Viganò-O. Mazza, *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, *Gli speciali*, 2011, p. 16; VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La tribuna, 2010, p. 619 ss.; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 1 ss.; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di Sgubbi-Manes, Bononia University press, 2007; R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile*, in

tario e statocentrico, quale quello ancora oggi in larga parte formalmente vigente e risalente al 1930, ad una Carta costituzionale di impronta personalistica e democratica. Tante le tappe che hanno attribuito un potere discrezionale sempre più ampio al potere giudiziario nella materia penale, sebbene nell'ottica tutta garantista del *favor rei* <sup>(16)</sup>. Basti pensare, ad esempio, oltre alle regole per la commisurazione della pena, il concorso di reati, la continuazione criminosa e la configurabilità delle circostanze, al riconoscimento del principio di offensività come principio informatore dell'intero sistema penale, sia in astratto, *i.e.* come canone di politica criminale per la formulazione delle fattispecie incriminatrici, sia soprattutto, nell'ottica che in questa sede più interessa, in concreto come criterio ermeneutico in sede di applicazione delle stesse; o ancora alla scoperta del principio di colpevolezza come principio cui informare, reinterpretandole in sede di applicazione giudiziaria in chiave soggettiva, le ipotesi di responsabilità oggettiva, come nell'ultimo noto caso del delitto di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p. affrontato dalle Sezioni unite; oppure alla definizione per via interpretativa di istituti penalistici fondamentali come il rapporto di causalità, il dolo eventuale, la colpa, ecc. <sup>(17)</sup>; nonché allo scardinamento della sequenza rigida reato-pena reso possibile grazie all'istituto della irrilevanza penale del fatto, prima sperimentato nel diritto penale minorile, poi esportato nel penale 'ordinario' per i reati meno gravi di competenza del giudice di pace ed ora, in alcuni progetti di riforma, in procinto di essere traslato nel codice come regola generale.

Nell'ambito dei fattori c.d. patologici e di più recente emersione se ne distinguono, invece, principalmente due: uno relativo al sistema di produzione delle leggi penali, l'altro a quello della loro interpretazione ed applicazione giudiziaria.

Il primo è costituito dalla crisi della sovranità statale e della democrazia rappresentativa, nonché di riflesso, del suo monopolio nelle scelte di politica criminale; l'abdicazione involontaria da parte del Parlamento, unico organo effettivamente democratico e, quindi, depositario del potere di legiferare in materia penale per evitare scelte non condivise in un terreno delicatissimo dell'ordinamento giuridico che coinvolge direttamente uno dei beni indisponibili per antonomasia dell'uomo, la libertà personale, produce un abbassamento del livello di partecipazione delle scelte politico-criminali e, conseguentemente, un *deficit* di democraticità delle fonti di produzione del diritto penale, lasciando spazio al sempre più frequente protagonismo diretto e indiretto del Governo tramite i decreti legge e, soprattutto, in tempi più recenti (dopo la famosa sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la prassi della reiterazione dei decreti legge non convertiti) i decreti legislativi <sup>(18)</sup>.

Il rischio della marginalizzazione del Parlamento implicato dal ricorso alla legislazione delegata anche in ambito penale è oltremodo acuito dalla sempre più diffusa prassi della normazione emanata in ottemperanza di direttive o (sempre meno dopo Lisbona) decisioni quadro di origine europea. Secondo quanto stabilito dalla recente legge di delegazione europea, la l. n. 234/2012 che ha sostituito la vecchia legge comunitaria, il Parlamento in questo caso

---

[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 12 ss.; EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, *ivi*, p. 17 ss.

<sup>(16)</sup> Sulla discrezionalità del giudice, nell'ottica peculiare e garantista di una valutazione del reato orientata ai principi di offensività e del finalismo rieducativo della pena, si veda DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979; ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale*, ESI, 2008; CARUSO, *La discrezionalità penale*, Giuffrè, 2009.

<sup>(17)</sup> In tal senso cfr. FIANDACA, *Crisi*, cit., p. 95.

<sup>(18)</sup> CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, 2012, spec. p. 130 ss.

viene infatti del tutto esautorato dei suoi poteri di controllo dialettico delle scelte riguardanti il campo minato della politica criminale, dal momento che si limita a svolgere una funzione di mero filtro tra il diritto dell'Unione europea che individua le linee di intervento sul terreno penale ed il decreto legislativo che l'Esecutivo è chiamato ad emanare in ottemperanza della legge delega parlamentare di mera ratifica della fonte sovranazionale <sup>(19)</sup>. Lo scenario è destinato ad assumere contorni ancor più confusi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2009 che nell'art. 83 TFUE ha attribuito alla Unione la competenza a legiferare direttamente anche in materia penale.

Il secondo aspetto è rappresentato dalla crisi che sta attraversando il principio di determinatezza, crisi causata, da un lato, dalla necessità di garantire generalità, astrattezza ed elasticità alle norme incriminatrici e, dall'altro, dalla affermazione del principio della interpretazione conforme alla Costituzione. Per quanto concerne il primo profilo, infatti, sono abbastanza diffuse nella parte speciale della legislazione penale clausole generali dal contenuto poco determinato che consentono al giudice di adeguare più agevolmente il disposto normativo alle mille sfumature diverse della fenomenologia delittuosa che la prassi genera <sup>(20)</sup>. Per quel che riguarda l'altro aspetto, secondo l'avviso oramai consolidato della Consulta, laddove ci sono incertezze, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale (*recte*: piuttosto che sollevare una questione di legittimità costituzionale), il giudice *a quo* deve procedere a tentativi di rilettura del testo controverso compatibili con la Costituzione e oggi, addirittura, con la CEDU <sup>(21)</sup>. Ciò significa che si attribuisce al giudice un ruolo di assoluta preminenza nella definizione dell'area di significato della legge penale e di delimitazione del tipo criminoso, addirittura qualcuno ipotizza che gli si conferisca un vero e proprio potere di '*risemantizzazione*' dei termini scolpiti in leggi preesistenti (ad esempio, questa dovrebbe essere la sorte cui va incontro il termine 'legge' nell'art. 2, comma 1, c.p.: esso, difatti, dovrebbe essere reinterpretato come comprensivo anche del mutamento giurisprudenziale, in maniera tale da irrobustire così la garanzia del principio di irretroattività, tenendo conto anche delle c.d. ipotesi di *overruling* negativo) <sup>(22)</sup>.

È evidente che in tal modo si finisce per stravolgere il principio di determinatezza: da principio statico rivolto al legislatore in entrata, nel momento in cui redige le norme allo scopo di vincolare il giudice per evitarne possibili arbitri, a principio dinamico per la cui concretizzazione e attuazione c'è bisogno anche dell'intermediazione del giudice che con la sua opera

---

<sup>(19)</sup> CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia* 2012, 2013, p. 535 ss.; CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 411 ss.; GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>(20)</sup> Com'è noto, con tale espressione si definisce quella tecnica legislativa che, per consentire alla fattispecie incriminatrice di adattarsi meglio alla imprevedibile mutevolezza del contesto in cui deve essere applicata, fa ricorso a lemmi generici dal campo semantico ampio o espressioni linguistiche ellittiche che necessitano, per forza di cose, di una concretizzazione e disambiguazione per mano del giudice in sede di interpretazione ed applicazione. Da ultimo, su tale aspetto si rinvia al recente lavoro CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*; nonché, in termini critici, nei confronti dell'impiego di clausole generali nella legislazione penale cfr. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 580 ss.; TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 1 ss.

<sup>(21)</sup> BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, cit., p. 485 s.

<sup>(22)</sup> MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1431.

di ricostruzione della norma tramite la spirale ermeneutica diventa il vettore della determinatezza.

Non va dimenticato il mutamento di funzione del processo penale, che da strumento cognitivo è divenuto mezzo di lotta contro fenomeni criminali diretto a perseguire la “completezza della tutela del bene”, piuttosto che a preservare la frammentarietà della stessa, con buona pace della legalità. Com'è stato osservato: “le garanzie del diritto penale liberal-democratico, cedono il passo ai nuovi idoli della efficacia ed efficienza del sistema. Scopo del processo penale, non è più quello di accertare la responsabilità di singoli soggetti per un fatto materiale umano antigiusdittico commesso con colpevolezza, ma essenzialmente quello di contrastare ‘fenomeni’ criminali”<sup>(23)</sup>.

A tutto ciò si aggiunge anche un formante che potremmo definire ‘extragiuridico’, incarnato dalla nascita della filosofia ermeneutica e della teoria dell’interpretazione giuridica, fino alle esasperazioni del nichilismo ermeneutico<sup>(24)</sup>.

#### 4. LE CAUSE ESOGENE

Le cause c.d. esogene sono invece essenzialmente due, entrambe correlate alla nuova dimensione assunta dal nostro ordinamento giuridico, non più perfettamente coincidente con quella tracciata dai confini geografici tradizionali. La prima è costituita dalla sempre più prepotente irruzione anche sulla scena penalistica (tradizionalmente autarchica) delle fonti sovranazionali<sup>(25)</sup>. Ciò ha imposto all’interprete di confrontarsi, oltre che con le regole positivamente disciplinate dalle fonti tradizionali interne, anche con “*disposizioni senza norme*”, come le Carte dei diritti, che sanciscono principi fondamentali ma non forniscono concretizzazioni analitiche, e “*fonti senza disposizione*”, quali le pronunce delle Corti europee capaci di condizionare il contenuto del tessuto normativo ad un livello addirittura *supralegislativo*, o *paracostituzionale*, senza definire contesti generali ed astratti di disciplina<sup>(26)</sup>.

La proliferazione delle fonti sovraordinate rispetto al diritto positivo di marca nazionale ha generato una notevole confusione, dando vita ad un ancora poco ordinato assetto multilivello sempre più verticale e sempre meno orizzontale<sup>(27)</sup> in cui convivono prodotti normativi eterogenei e potenzialmente in contrasto tra loro: il diritto dell’Unione europea primario e derivato (vale a dire, rispettivamente, quello dei Trattati e delle direttive, dei regolamenti e di altre fonti normative subordinate), quello della Convenzione EDU e la sua relativa giurisprudenza, quello della Costituzione, ed infine il diritto interno di produzione legislativa e giurisprudenziale.

La complessità del nuovo sistema delle fonti penali (come si dirà meglio tra breve) è acuita

<sup>(23)</sup> FLORA, *I vincoli costituzionali del giudice nell’interpretazione delle norme penali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 3.

<sup>(24)</sup> Sull’ermeneutica giuridica si veda VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 1999; OMAGGIO-CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2010.

<sup>(25)</sup> GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in Grasso-Picotti-Sicurella, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 371 ss.

<sup>(26)</sup> Così testualmente, MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 14.

<sup>(27)</sup> Sembra tramontata l’idea di un sistema sovranazionale composto da fonti non ben gerarchicamente ordinate e trovare spazio quella di un nuovo ordine piramidale in ragione della ‘costituzionalizzazione’ del diritto europeo. Sul punto, per quel che concerne lo specifico campo del diritto penale, si rinvia a BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione europea*, cit., p. 2.

dal c.d. fenomeno dell'“europeismo giudiziario” che porta a collocare nel loro ambito, a livello sovranazionale, ma per riflesso sempre più anche a livello nazionale, la giurisprudenza delle Corti europee (CGCE e CEDU), dal momento che gli arresti di queste contribuiscono a definire il significato ed il campo di applicazione dei principi enunciati nei relativi testi normativi di riferimento <sup>(28)</sup>.

Il disorientamento del giudice interno dinanzi a tale scenario è allora inevitabile, non solo perché questo sistema lo costringe alle volte alla ricerca della fonte corretta da applicare, anche di creazione giurisprudenziale, ma anche perché la moltiplicazione delle fonti produce a sua volta la moltiplicazione delle forme, delle sedi e dei modi di tutela. Ma proprio la proclamazione di un medesimo diritto in più documenti normativi può essere fonte di confusione e incertezza giuridica, poiché parole identiche, collocate in contesti diversi, possono esprimere diversi significati.

Lungi dal voler vestire i panni dell'antieuropeista, non si può non provare davanti a tale frastagliato affresco un po' di rimpianto per Kelsen e per il suo *Stufenbau* piramidale 'chiuso' dalla Corte costituzionale.

Il secondo fattore di questo tipo è, invece, rappresentato dal progressivo affiancamento e, conseguentemente, dalla progressiva assimilazione, sempre a livello sovranazionale, in special modo in area CEDU, della fonte giurisprudenziale interna alla fonte legale <sup>(29)</sup>. Ciò è avvenuto grazie alla dilatazione del principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 7 CEDU, realizzata attraverso la valorizzazione del termine *droit* impiegato in questa sede normativa, in luogo di quello a noi più consono di legge. Tale parola, inserita in quell'articolo dal momento che la Carta era destinata a trovare applicazione tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto in quelli di *common law* che ammettono la *judge made law*, consente di ritenere che il principio enunciato per suo tramite si riferisca tanto al diritto di produzione legislativa, quanto al diritto di creazione giurisprudenziale. Questo è sicuramente il fattore più eversivo e devastante, perché ha stravolto uno dei punti di riferimento del penalista che da oltre un secolo connota indelebilmente il sistema penale: il monopolio parlamentare nel campo delle scelte di criminalizzazione e depenalizzazione <sup>(30)</sup>.

Se, dunque, per tale molteplicità di ragioni, il contesto (interno ed esterno) appare oggi così diverso rispetto al recente passato, se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche ed il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario e che sia opportuno ripensarlo, senza limitarsi però, più semplicemente, a prendere atto della cosa ed ammettere che all'improvviso il sistema penale abbia cambiato registro, principi e regole senza batter ciglio.

## 5. GLI ESTREMI OPPOSTI DELL'ODIERNO DIBATTITO: NEO-ILLUMINISTI VERSUS ERMENEUTI

In quest'ottica, ragionando per estremizzazioni simboliche, sono essenzialmente due le alternative che si contendono il campo. La prima, sempre suggestiva anche se un po' troppo chiusa rispetto al rinnovato assetto della realtà circostante, è costituita dalla riaffermazione inflessi-

<sup>(28)</sup> DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, p. 63 ss.

<sup>(29)</sup> Tale aspetto è ben messo in evidenza da GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., p. 99 ss., spec. p. 107 s.; nonché da SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, p. 418.

<sup>(30)</sup> Da ultimo, su questo specifico profilo, cfr. GAMBARELLA, *Lex mitior e diritto penale*, Giappichelli, 2013; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, 2011, spec. p. 287 ss.

bile del modello originario di derivazione tardo settecentesca del giudice mera 'bocca della legge' e del ruolo determinante ed insostituibile della legalità formale nella regolazione, in termini di libertà e di autorità, del rapporto tra cittadino e Stato. Che non si tratti di una posizione del tutto negletta e tralattata come si vuol far credere è dimostrato dal fatto che appena nel 1997, durante i lavori della Commissione bicamerale per la riforma della nostra Carta fondamentale poi naufragata, si immaginava di introdurre il divieto di interpretazione estensiva in materia penale addirittura nella Costituzione<sup>(31)</sup> e che una simile regola è stata inserita nel nuovo codice penale francese del 1994 all'art. 111-4 ("*la loi pénale est d'interprétation stricte*")<sup>(32)</sup>.

Avverso tale tesi sono stati mossi alcuni penetranti rilievi critici, osservando come sia impossibile, *recte* inutile, arroccarsi su posizioni vetero illuministe e continuare a immaginare il giudice quale operatore meccanico di meri sillogismi giuridici. Una visione realistica delle cose non può indurre il penalista a non prendere atto della nuova situazione che lo circonda suo malgrado, pena il perdente rifugio sull'Aventino dell'illuminismo giuridico<sup>(33)</sup>.

Peraltro, esasperando i toni, si potrebbe dire che questa sia una posizione che rischia di generare, paradossalmente, effetti collaterali indesiderati ed opposti rispetto a quelli che si prefigge, producendo talune incongruenti conseguenze antigarantiste nei confronti del reo: si pensi per tutti alla impossibilità di avallare l'allargamento delle garanzie verificatosi in materia di confisca ad opera di fonti giurisprudenziali sovranazionali, che, prescindendo dalla etichetta formale apposta dal legislatore alla sanzione ablativa in questione, la hanno considerata a tutti gli effetti una vera e propria sanzione penale in ragione di aspetti di carattere contenutistico e sostanziale<sup>(34)</sup>.

La seconda alternativa, diametralmente opposta, è rappresentata dalla apertura entusiasta al diritto giurisprudenziale, sostenuta dal riferimento anche alle analoghe dinamiche che caratterizzano il diritto sovranazionale, e dalla piena accettazione delle nuove tendenze emerse nel recente presente<sup>(35)</sup>.

<sup>(31)</sup> Per una visione classica della legalità che concepisce il giudice in una posizione di subaltermità rispetto alla legge cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, ESI, 2001; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1984; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto*, cit., p. 125; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2001, p. 150 ss.; RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. giurisprudenza "creativa"*, Giuffrè, 2007, p. 66 ss.; RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche*, cit., p. 580 ss.; su posizioni intermedie cfr. N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principi fondamentali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 437 ss.; RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, p. 694 ss.

<sup>(32)</sup> RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 713.

<sup>(33)</sup> In tal senso si veda PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Insolera, Monduzzi, 2005, p. 90 ss.

<sup>(34)</sup> In argomento, *ex multis*, cfr. MANES, *Introduzione*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di Manes-V. Zagrebelsky, Giuffrè, 2011, p. 38 ss.

<sup>(35)</sup> Per una serrata critica nei confronti di orientamenti interpretativi 'classici' e per una apertura nei confronti di orientamenti più moderni di questo tipo si veda il lavoro di VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Giappichelli, 2011, il quale rigetta l'idea del significato come oggetto 'preesistente' all'interprete che deve solo essere scoperto da questi e del procedimento interpretativo come mera opera di sussunzione, ed accoglie quella ben diversa del significato come progetto che, per realizzarsi, richiede necessariamente la partecipazione attiva e creativa dell'interprete. Sul punto si vedano anche DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Giuffrè, 2006; DI GIOVINE, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, p. 363; PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19 ss., spec. p. 53. In termini problematici in argomento si

Anche questa alternativa, però, non pare pienamente condivisibile, ma per capire perché è forse utile chiarirne molto brevemente i caratteri salienti.

Ad avviso di questa parte della dottrina, il linguaggio non ha un valore denotativo e predefinito; conseguentemente le parole che compongono una fattispecie incriminatrice generale ed astratta non hanno un'area semantica preesistente, definendosi essa in maniera graduale attraverso le interazioni con la realtà fenomenologica con la quale sono chiamate a confrontarsi per mano del giudice nella spirale ermeneutica. Ciò significa che l'interpretazione non è qualcosa di differente dal procedimento analogico, bensì ne rappresenta una specie; essa ha una natura necessariamente analogica e creativa, consistendo – secondo l'insegnamento di Kaufmann – nel mettere in relazione gli enunciati normativi ed i fatti <sup>(36)</sup>. Il giudice non è subordinato alla legge e non ha un ruolo puramente ricognitivo del suo significato, la sua attività, dunque, non è meramente dichiarativa ed avalutativa. Così il giudice diviene vero e proprio co-legislatore, che contribuisce a concretizzare l'area di operatività delle fattispecie incriminatrici, facendo loro perdere le sembianze solide e nitide del vecchio *Tatbestand*, ed assumere invece quelle liquide e sfuggenti del 'tipo criminoso'.

In questa diversa ottica, l'argomento teleologico non è estraneo all'attività interpretativa del giudice, risultando piuttosto fondamentale nella individuazione del significato degli enunciati normativi. Deve essere, difatti, preferita un'opzione ermeneutica che, partendo sempre dal dato letterale, focalizzi lo sguardo sugli scopi della legge verificando attraverso l'opera concretizzatrice del giudice la conformità dell'interpretazione prospettata con il tipo criminoso (o, se si preferisce usare un'espressione invalsa nella giurisprudenza della CEDU, con la 'sostanza dell'incriminazione') configurato dal legislatore <sup>(37)</sup>. Vale a dire, che si deve privilegiare una concezione dell'attività interpretativa del giudice non come mera attività di scoperta del significato preesistente all'enunciato normativo, quanto piuttosto come opera progettuale di creazione di significato alla luce degli scopi di tutela perseguiti dal tipo criminoso legalizzato <sup>(38)</sup>.

Tutto ciò conduce addirittura ad una rilettura di uno dei capisaldi garantisti del nostro diritto penale, quale il divieto di analogia. Se si vuole essere in linea con la vera natura del diritto e del sapere giuridico, continuare a concepire tale divieto come dogma formale e insuperabile è sbagliato, oltre che fuorviante; non si può adattare alla realtà odierna: meglio prendere atto di questo dato, della sua fragilità, ed elaborare regole che ne tengano conto e possano quindi essere rispettate.

Muovendo da questo angolo visuale l'attività interpretativa (che, come si è detto, è sempre considerata inevitabilmente analogica) diviene illegittima unicamente quando sfocia in un

---

vedano anche PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 530 ss.; PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, ivi, p. 657 ss.; FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Jovene, 2008; MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 955 ss. In argomento, sebbene in termini critici, cfr. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 63 ss.

<sup>(36)</sup> ARTH. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. a cura di Carlizzi, ESI, 2004, p. 53 ss.; sul punto, ma per un diverso ordine di idee, cfr. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 103.

<sup>(37)</sup> Precisa VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 65, che "nella ricostruzione del 'tipo criminoso' il testo è l'imprescindibile punto di partenza. Esso è ciò che abbozza l'itinerario ermeneutico, escludendo determinati percorsi e indicandone altri come praticabili".

<sup>(38)</sup> PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *AA.VV., Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss., spec. p. 1328.

procedimento analogico irrazionale, vale a dire quando oltrepassi i confini del tipo criminoso ricomprendendo al suo interno anche comportamenti dal ben diverso contenuto di disvalore e quindi non coerenti con la sostanza della incriminazione <sup>(39)</sup>. Il divieto di analogia viene inteso allora come attribuzione di significato inaccettabile ed irragionevole ad un dato enunciato normativo perché contrario ai principi di un diritto penale 'giusto'. Tuttavia, diversamente da quanto potrebbe sembrare, una simile teoria non si pone in contrasto con il principio di legalità se quest'ultimo viene concepito, invece che in una accezione 'pura' e rigida, in una dimensione più moderna e 'ibrida', che si 'limita' a riconoscere al giudice il ben diverso ruolo di vettore di determinatezza semantica delle parole e delle espressioni scolpite nelle fattispecie incriminatrici. Ciò vuol dire che il significato delle locuzioni normative deve essere individuato tramite la sinergica cooperazione tra legislatore e giudice, pur sempre nella rigida conformità rispetto ai principi ordinanti del diritto penale ed alle esigenze di ragionevole prevedibilità da parte del consociato delle conseguenze penali delle proprie azioni <sup>(40)</sup>.

Questa rapida e necessariamente sommaria esposizione sembra mettere in luce gli eccessi in cui sfocia tale impostazione dell'ermeneutica giuridica più radicale, che tratta il diritto penale prescindendo dalle sue specificità e dalle regole peculiari per esso dettate anche nella Costituzione e negli artt. 12 e 14 disp. prel., descrivendo, di contro, un percorso interpretativo sofisticatissimo che, al più, potrà appartenere ad un ridottissimo numero di magistrati, ma certamente non è quello stereotipo e molto più pragmatico utilizzato dalla maggior parte degli stessi.

Il più evidente punto critico sembra quello della diversa accezione in cui viene inteso il divieto di analogia: una nozione così slabbrata rischierebbe, difatti, di depauperarlo sino a svuotarlo almeno parzialmente di quella *vis* garantista faticosamente conquistata negli ultimi secoli e da sempre (anche durante il fascismo) reputata ineliminabile (il confronto con il paragrafo 2 *BGB* è sempre utile per ricordare la sua importanza), finendo con il conferire un potere discrezionale eccessivo al giudice <sup>(41)</sup>.

Non trascurabile è anche il fatto che tale modello, in ragione della sua maggiore instabilità <sup>(42)</sup>, ha generato la crescente tendenza da parte dei potenziali destinatari delle fattispecie incriminatrici a cautelarsi dal 'rischio penale' implicato dallo svolgimento di attività pericolose ma socialmente necessarie, attraverso il ricorso alla 'autoregolamentazione' ed alla sempre più frequente creazione di regole cautelari, protocolli di disciplina, *best practices*, ecc. (si pensi per tutti al campo delle attività industriali potenzialmente rischiose per i lavoratori, per la collettività o per l'ambiente, ed a quello delle attività mediche, dove, per fronteggiare gli eventuali

---

<sup>(39)</sup> DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 253 ss., spec. p. 275 ss.; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 121.

<sup>(40)</sup> In argomento cfr. ancora VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., p. 9. Una analoga concezione della legalità 'ibrida', che enfatizza l'opera concretizzatrice della giurisprudenza nell'attività di ricerca dei significati delle norme incriminatrici, è stata fatta propria di recente anche dalle Sezioni unite della suprema Corte in una recente sentenza, Sez. un., 25 gennaio 2010, n. 18288, in *questa rivista*, 2011, p. 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*.

<sup>(41)</sup> Sull'imprescindibile funzione garantista assoluta nei sistemi penali moderni dal divieto di analogia si rinvia per tutti al bel lavoro di MARINUCCI, *L'analogia e 'la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.

<sup>(42)</sup> Il limite principale delle concezioni ermeneutiche del diritto in ambito penale è costituito dalla difficoltà di stabilizzare la giurisprudenza e garantire la certezza del diritto ai consociati, sul punto cfr. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., p. 175 ss.

rischi legati agli interventi medico-chirurgici e all'attività diagnostica, si è sviluppata la c.d. medicina difensiva attiva e passiva).

Ma per comprendere i limiti di questa impostazione, non avendo il tempo di procedere ad una più analitica ricognizione critica, può essere interessante provare a porsi qualche domanda deliberatamente suggestiva.

Davvero si può conferire un potere così penetrante al giudice?

Davvero l'uropeismo giudiziario, nato in un contesto normativo fatto di disposizioni enunciate di principi generali, può indurci a riporre una fiducia nel giudice interno, legato invece ad un contesto normativo composto da disposizioni precettive regolative di casi concreti, analoga a quella riposta per due secoli nel legislatore?

Oppure in tal modo si finisce per attribuire al giudice compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo ed alla sua funzione come disegnati dalla Costituzione (in particolare dall'art. 101 Cost.) e, prima ancora, dall'idea dello Stato costituzionale di diritto?

Di più, non si consegnerebbe per tale via al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche ed esautorando il Parlamento?

Senza trascurare che una apertura così incondizionata al protagonismo giudiziale schiuderebbe interrogativi problematici e difficilmente risolvibili sul potere giudiziario. Se il principio di democrazia delle scelte politico-criminali è uno dei presupposti del principio di legalità per evitare usi potenzialmente liberticidi o mutevoli della potestà punitiva nei confronti dei consociati, come si concilia con l'attribuzione di tali valutazioni al giudice? È tollerabile un diritto penale che origini da un soggetto privo di riconoscimento democratico? Un soggetto che, nel nome della Repubblica, opera autonomamente e non in maniera rappresentativa? E come si concilia tutto questo con le funzioni general e special-preventive positive della pena in fase edittale?

Si dovrebbe forse cambiare il sistema di reclutamento della magistratura ed andare verso forme di investitura politica della stessa, piuttosto che di tipo tecnocratico <sup>(43)</sup>?

Si dovrebbe estendere l'applicazione dell'istituto della giuria popolare per consentire una maggiore partecipazione diretta all'amministrazione della giustizia e una maggiore legittimazione democratica alle decisioni della magistratura <sup>(44)</sup>?

È vero che il sistema democratico-rappresentativo è in crisi e che il Parlamento non è più il protagonista esclusivo della opera di produzione legislativa in ambito penale, ma arrivare a declassarlo in favore del potere giudiziario è forse troppo.

Come ha osservato Donini «questa impostazione così radicale e affascinante» non può essere condivisa se non nelle sue premesse, poiché approda ad esiti difficilmente accettabili <sup>(45)</sup>.

Per concludere può esser utile richiamare la provocatoria suggestione immaginata da Ferraris, rielaborando la celebre frase di Nietzsche «non ci sono fatti, solo interpretazioni». Come si sentirebbero un imputato ed il suo avvocato se, entrando in una aula di un palazzo di giustizia, trovasse scolpita a chiare lettere sulla parete dell'aula invece che la rassicurante,

---

<sup>(43)</sup> Un simile paradosso è ben espresso da GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'*, cit., p. 117; GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., p. 270.

<sup>(44)</sup> PULITANO, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 134; PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 526.

<sup>(45)</sup> DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 63 ss., spec. p. 77.

per quanto spesso calpestata, frase «La legge è uguale per tutti», la seguente: «Non ci sono leggi, solo interpretazioni»? <sup>(46)</sup>.

## 6. ALLA RICERCA DI UN PUNTO DI EQUILIBRIO

Quale può essere allora la soluzione migliore?

Probabilmente quella di tener conto dell'esistente senza negarlo ciecamente, ma senza neanche volerlo accettare incondizionatamente, riconoscendo, quindi, un ruolo importante al formante giurisprudenziale, non equiparabile tuttavia a quello legislativo, soprattutto se ciò può generare effetti negativi *in malam partem* per l'autore del reato.

In altre parole, si dovrebbe prender atto che anche il procedimento di formazione della norma penale applicabile ai casi concreti non è più un procedimento lineare ed accentrato gestito da un soggetto monopolista, il Parlamento, quanto piuttosto un procedimento articolato e pluralista in cui collabora anche il giudice che segue "dinamiche ora cooperative, ora conflittuali" tra i più attori che lo interpretano <sup>(47)</sup>.

È infatti vero quanto affermato nella nota sentenza Beschi e cioè che esiste inevitabilmente un elemento d'interpretazione giudiziaria di ogni norma atteso che «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» <sup>(48)</sup>.

Ciò significa che oggi la legge (e dunque il principio della riserva di legge) deve continuare ad essere il pilastro fondamentale del diritto penale, ma per la sua applicazione ai casi concreti è sovente indispensabile (soprattutto per i c.d. 'casi difficili') una intermediazione creativa del giudice. In buona sostanza, sembra condivisibile quanto sostenuto da chi ritiene che il testo normativo forgiato dal legislatore costituisca la 'disposizione' generale ed astratta, mentre il risultato vivente della interpretazione della stessa fatta dal giudice rappresenta la vera e propria 'norma' che si applica alle singole vicende concrete all'esito del processo penale (si pensi al calzante esempio della concussione prospettato dalla stessa parte della dottrina, la cui disposizione generale e astratta scolpita nell'art. 317 c.p. sembrava riguardare solo scambi di utilità patrimoniali, ma la cui 'norma' è stata progressivamente modificata in via ermeneutica fino a farvi rientrare anche la c.d. concussione sessuale) <sup>(49)</sup>.

Tale pluralismo dialettico nell'attività di produzione delle fattispecie incriminatrici non può però obliterare il rispetto delle regole, e deve anzi trovare il suo punto di equilibrio proprio

<sup>(46)</sup> FERRARIS, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di Deridda-Vattimo, Laterza, 1998, p. 130.

<sup>(47)</sup> Così FIANDACA, *Crisi*, cit., p. 97; dello stesso ordine di idee, sebbene ciascuno con sfumature leggermente differenti, sono PALAZZO, *Sistema delle fonti*, cit., p. 90 ss.; RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., p. 697; MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa"*, cit., p. 439 ss. Sul punto, di recente, cfr. anche MAIELLO, *I poteri e i 'diritti' nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici*, in *Criminalia*, 2010, p. 563, il quale rileva come attualmente «la legalità penale si 'scopre' traguardo consegnato ad un'impresa collettiva, ove dottrina e giurisprudenza svolgono funzioni fisiologiche di precisazione integrativa del programma politico criminale puntualizzato nella legge».

<sup>(48)</sup> Così Sez. un., 25 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, cit.

<sup>(49)</sup> DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 89.

in quelle istanze garantiste sottese alla ‘vecchia riserva di legge’ e cioè nell’obiettivo di garantire “la libertà delle persone coinvolte nell’applicazione di una norma penale”<sup>(50)</sup>. Solo in quest’ottica possono essere ammessi interventi ermeneutici del giudice volti a codefinire il significato delle disposizioni normative, ma pur sempre nel rispetto dei limiti garantisti tradizionali del diritto penale e mai *in malam partem*.

La via ideale per comporre questo conflitto (o se si vuole, per regolare questa relazione) potrebbe essere quella tracciata di recente in una importante decisione della Corte costituzionale del 2008 in materia di disastro ambientale<sup>(51)</sup> e seguita, da ultimo, da alcune recenti decisioni delle Sezioni unite. Vale a dire quella di non disconoscere dinanzi ai casi problematici che il giudice ordinario si trova ad affrontare il ruolo centrale del dato letterale nella applicazione delle fattispecie incriminatrici ma, al contempo, di dare il giusto peso anche agli altri canoni ermeneutici indicati dagli artt. 12 e 14 disp. prel. c.c., vale a dire al criterio logico-sistematico ed al criterio teleologico<sup>(52)</sup>.

In quest’ordine di idee, le eventuali espressioni imprecise o le clausole generali contenute in una disposizione penale non dovrebbero essere valutate e, quindi, censurate usando unicamente il criterio letterale: è evidente che così facendo si approderebbe sempre a sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di precisione di cui all’art. 25, comma 2, Cost. in palese contrasto con le indicazioni fornite in altre occasioni dalla Corte costituzionale circa l’obbligo per il giudice dell’interpretazione adeguatrice in conformità della Carta fondamentale. Esse, altresì, dovrebbero essere sempre lette avvalendosi degli altri criteri interpretativi di natura valoriale e discrezionale che cercano di desumere il significato del singolo lemma contenuto nella fattispecie non in maniera monadica ed 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”<sup>(53)</sup>.

Ciò significa che il legislatore può anche utilizzare espressioni o termini anfibi e generici, se tramite l’attività ermeneutica del giudice orientata dai suddetti canoni sia possibile ricostruirne il significato in maniera tale da poter garantire la certezza del diritto e l’uguaglianza sostanziale

---

<sup>(50)</sup> Così, GARGANI, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, cit., p. 123; GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. XI.

<sup>(51)</sup> C. cost., n. 327 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3358 ss., con nota di GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*.

<sup>(52)</sup> Di recente, un esempio del corretto utilizzo bilanciato dei criteri ermeneutici a disposizione del giudice è rappresentato dalla interessante pronuncia delle Sez. un., 29 marzo 2012, n. 21837, relativa al controverso significato da attribuire alla circostanza aggravante del delitto di estorsione delle “più persone riunite”. Per un commento a tale decisione sia consentito rinviare al nostro *L’aggravante speciale del delitto di estorsione delle “più persone riunite”: per le Sezioni unite è necessaria la contestuale presenza al momento della commissione del reato*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 114 ss.

<sup>(53)</sup> Così C. cost., n. 327 del 2008, cit., p. 3358, relativa ad una clausola ad analogia esplicita e non ad un concetto quantitativo non numerico, che conformemente a quanto già statuito in C. cost., n. 247 del 1989, relativamente all’alterazione “in misura rilevante” del risultato della dichiarazione fiscale di cui all’art. 4, n. 7, l. n. 516/1982, «quel che non può esser, in ogni caso, metodologicamente consentito è “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 [...]». Sulla necessità di ricavare il significato dei singoli termini che compongono il testo della fattispecie dal contesto in cui sono calati cfr. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 708; nonché, da ultimo, CASTRONUOVO, *Clausole generali*, cit., p. 16.

dei potenziali destinatari. Come ha avuto modo di affermare la stessa Corte costituzionale nella sentenza in precedenza menzionata riguardante la controversa fattispecie del disastro inominato e la sua problematica adattabilità al c.d. disastro ambientale, la «inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero [...] di clausole generali o concetti "elastici" non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale [della precisione e determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, Cost.]», allorché il recupero di tassatività sia reso possibile, per il giudice prima, tramite la discrezionalità interpretativa riconosciutagli dall'ordinamento, e per il destinatario della norma poi, dalla «descrizione complessiva del fatto incriminato», avuto riguardo alle «finalità perseguite dall'incriminazione» (argomento finalistico, o della *ratio legis*) e al «più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca» (argomento sistematico) <sup>(54)</sup>.

Ed invero anche una parte della dottrina ha condiviso questa lettura dinamica del principio di determinatezza ed ha salvato da censure irreversibili tali elementi descrittivi, osservando come la misura della sufficiente tassatività di una fattispecie incriminatrice non sia desumibile in maniera meccanica dal grado di precisione linguistica che caratterizza analiticamente tutti i suoi termini e concetti, bensì dalla sua capacità di esprimere un 'tipo criminoso' (inteso come espressione descrittiva di sintesi di un unitario contenuto di disvalore del reato) "elastico quanto si vuole ma pur tuttavia espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore, corrispondente tra l'altro alla previsione sanzionatoria determinata" <sup>(55)</sup>.

Tutto ciò consente di affermare che l'equilibrio tra legge e giudice può essere raggiunto senza travalicare il limite della legge ed obliterare il suo ruolo fondamentale nella definizione dell'area del penalmente rilevante, potendosi ammettere un apporto integrativo da parte del secondo in tale operazione ma sempre nei limiti tracciati dalle preleggi e dalla Corte costituzionale, valorizzando cioè i canoni ermeneutici esistenti di tipo teleologico e sistematico.

Laddove invece il giudice sconfini e si atteggi a vero e proprio legislatore – travalicando i confini letterali più dilatati dei singoli termini e concetti che compongono le norme incriminatrici, ed andando di fatto a sostituirsi al Parlamento nella fissazione di elementi o requisiti essenziali della fattispecie – ci si troverà al cospetto di una operazione non consentita che genererebbe, oltre ad una violazione del principio di riserva di legge e del divieto di analogia, un cortocircuito tra poteri costituzionali dello Stato. Si badi, questa non è una mera eventualità remota, bensì una concreta insidia che si cela, ad esempio, in tutti i casi in cui il giudice, per uscire dal pelago della incertezza, decida di sostituire discrezionalmente, in via ermeneutica, un concetto quantitativo non numerico con un ben diverso concetto quantitativo numerico, trasformando profondamente la fisionomia di una norma incriminatrice che il legislatore ha

---

<sup>(54)</sup> Così C. cost., n. 5 del 2004, che ha dichiarato la infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione (reato di trattenimento sul territorio dello Stato "senza giustificato motivo"). Tale pronuncia è poi ripresa da molte di quelle successive: da ultimo, per es., C. cost., n. 21 del 2009, sulla infondatezza della questione riguardante l'art. 12, comma 1, t.u. immigrazione (favoreggiamento c.d. semplice all'emigrazione clandestina). In argomento cfr. ancora CASTRONUOVO, *Clausole generali*, cit., p. 16.

<sup>(55)</sup> Così PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2011, p. 148. Una simile lettura della determinatezza, orientata a valorizzare oltre il dato meramente linguistico, il requisito dell'omogeneità sul piano delle caratteristiche strutturali dei fatti sussumibili in una data fattispecie incriminatrice, è prospettata nella già richiamata sentenza interpretativa di rigetto della C. cost. n. 327 del 2008 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di illegittimità dell'art. 434 c.p. per l'eccessiva genericità della locuzione "altro disastro" in essa contenuta, e nella relativa nota di GIUNTA, *I contorni del "disastro inominato" e l'ombra del "disastro ambientale"*, cit., p. 3539 ss.

costruito deliberatamente in maniera elastica, tramite la sostituzione della clausola generale con una soglia di punibilità fissa.

## 7. LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE 2012 E L'ART. 80, COMMA 2, T.U. N. 309/1990: UN ESEMPIO RAZIONALE DI DEFINIZIONE DIALETTICA DEL SIGNIFICATO DI UNA FATTISPECIE INCRIMINATRICE

Un esempio di possibile applicazione virtuosa di quanto sin qui propugnato lo si può cogliere in una recente ed importante decisione delle Sezioni unite che ha avuto ad oggetto la circostanza aggravante speciale ad effetto speciale della c.d. 'ingente quantità' di sostanze stupefacenti di cui all'art. 80 t.u. n. 309/1990, in forza della quale le pene previste per i reati di cui all'art. 73 del medesimo t.u. (produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope), ove il fatto riguardi "quantità ingenti" di sostanza, sono aumentate "dalla metà a due terzi" <sup>(56)</sup>.

In questa occasione, infatti, ci si è trovati al cospetto di una ridefinizione ermeneutica di una fattispecie incriminatrice di natura circostanziale caratterizzata da una clausola generale all'apparenza indeterminata (quale quella evocata dalla locuzione "ingente quantità", locuzione – è il caso di rimarcarlo – sovente utilizzata anche di recente dal legislatore in alcuni importanti interventi riformistici, come ad esempio negli artt. 600-ter e quater c.p. e nell'art. 160 t.u. ambiente n. 152/2006) operata, però, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, primo tra tutti quello di riserva di legge.

La vicenda era particolarmente problematica perché dalla applicazione dell'aggravante dell'art. 80, comma 2, t.u. n. 309/1990 (integralmente legata alla interpretazione della locuzione in questione che ne costituisce l'unico elemento qualificante rispetto alla fattispecie base) discendono conseguenze pratiche di non poco rilievo: sul terreno del diritto penale sostanziale, essa determina un aumento di pena dalla metà ai due terzi che può giungere fino a trenta anni di reclusione nel caso in cui le sostanze, oltre ad essere in quantità ingente, siano anche adulterate o commiste ad altre, in modo che ne risulti accentuata la potenzialità lesiva; sul terreno del diritto processuale penale, invece, produce la non applicabilità dell'indulto, l'ampliamento dei termini di custodia cautelare, la dilatazione dei termini di durata massima delle indagini preliminari ed, infine, l'inasprimento del trattamento penitenziario per il condannato.

Ebbene le Sezioni unite sono riuscite a risolvere il quesito sul corretto significato da attribuire all'espressione ambigua della 'quantità ingente' e ad appianare definitivamente il vivo contrasto interpretativo orizzontale e verticale creatosi nella giurisprudenza, facendo un ponderato impiego del potere discrezionale ad esse spettante in casi del genere <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> Sez. un., 20 settembre 2012, n. 36258. Per dei commenti a tale decisione si rinvia PELAZZA, "Ingente quantità" di stupefacenti: le Sezioni unite accolgono il "criterio ponderale", in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); GIUS. AMATO, La scelta quantitativa operata con il moltiplicatore finisce per attribuire ai giudici poteri del legislatore, in *Guida dir.*, 2012, n. 40, p. 58 ss.; GRILLO, Le Sezioni unite "prendono le misure" alla quantità ingente, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1488 ss.; CAPPELLO, Un dibattito mai sopito: a distanza di più di un decennio si riparla dell'aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80, cpv., d.P.R. n. 309/1990, in *questa rivista*, 2013, p. 530 ss.; nonché, sia consentito, al nostro *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, p. 74 ss.

<sup>(57)</sup> Per una ricostruzione dei diversi e contrastanti orientamenti che si erano formati nella giurisprudenza di legittimità e di merito antecedente alla pronuncia delle Sezioni unite del 2012 si rinvia ai lavori menzionati nella nota precedente.

In questa sentenza hanno statuito – tramite l'enunciazione di due principi di diritto strettamente correlati – per un verso, che l'aggravante dell'ingente quantità di sostanze stupefacenti «non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2000 volte il valore massimo in milligrammi (valore-soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, per altro verso, che resta ferma la discrezionale valutazione del giudice del merito, quando tale quantità sia superata».

In tal modo il giudice solo apparentemente ha abusato delle sue prerogative; in realtà, egli non si è sostituito al legislatore fissando autonomamente una soglia di punibilità numerica in luogo della clausola generale elastica, bensì si è limitato a definire una soglia di 'non punibilità' a tale titolo (*recte*: di non configurabilità dell'aggravante), stabilendo che la circostanza dell'art. 80, comma 2, t.u. n. 309/1990 non può mai essere ritenuta integrata al di sotto di una data quantità, ferma restando la possibilità del giudice di verificare in concreto la sua sussistenza tutte le volte in cui invece tale livello sia oltrepassato. Egli si è cioè attenuto all'espletamento di quel tipo di attività ermeneutica descritta nelle già citate sentenze della C. cost., n. 5/2004 e 21/2009, recuperando la latente tassatività della disposizione avvalendosi degli strumenti ermeneutici a sua disposizione, e cioè l'argomento sistematico e quello teleologico.

Questa affermazione delle Sezioni unite si fonda, infatti, sulla valorizzazione del contesto in cui l'aggravante è calata e degli elementi costitutivi della fattispecie base cui è connessa, ruotando sulla lettura dell'art. 80, comma 2, t.u. n. 309/1990 alla luce della fattispecie base, l'art. 73 (argomento sistematico), nonché del suo scopo di incriminazione (argomento teleologico).

L'individuazione della menzionata soglia di non punibilità, invero, non rappresenta l'esito di un atto discrezionale e arbitrario del giudice, bensì l'approdo di un complesso procedimento ermeneutico funzionale ad oggettivizzare l'aggravante ed a sottrarla al soggettivismo interpretativo dei giudici, nonché ai correlati rischi di disomogenea applicazione rispetto a casi analoghi o, all'opposto, di omogenea applicazione rispetto a casi eterogenei<sup>(58)</sup>.

In particolare, sono stati due in questa occasione i parametri utilizzati in maniera complementare per sottrarre la circostanza all'ondivago apprezzamento dei giudici di merito: la valorizzazione del "sistema tabellare" che caratterizza la legislazione penale in materia di stupefacenti (argomento sistematico); e quella del dato statistico relativo ai quantitativi di sostanze stupefacenti, emergente dal "materiale giudiziario" a disposizione dell'Ufficio del Massimario (argomento teleologico).

Ad avviso delle Sezioni unite, se le tabelle allegate al Testo unico in materia di stupefacenti sono volte ad individuare i "limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope riferibili ad un uso esclusivamente personale», contribuendo quindi all'opera di demarcazione (orientativa) dell'area del penalmente rilevante delle condotte di detenzione di sostanze stupefacenti secondo quanto statuito dall'art. 73, comma 1-bis, allora esse devono essere prese necessariamente in considerazione «anche quando si tratta di definire il perimetro di applica-

---

<sup>(58)</sup> Nella prassi, infatti, si è verificato che i valori ritenuti ingenti dai giudici di primo o secondo grado ai sensi dell'art. 80, comma 2, t.u. stupefacenti presentavano caratteristiche estremamente eterogenee, oscillando, ad esempio, dai 15 grammi ai 100 chilogrammi per quanto concerne la cocaina, e dai 106 grammi ai 45 chilogrammi per quel che riguarda l'eroina. Ciò ha consentito che la medesima aggravante sia stata riconosciuta, ad esempio, in caso di detenzione di mezzo chilo, un chilo e 1,5 chili di cocaina, e di 10 kg di hashish (oltre che, ovviamente, in relazione a quantità più elevate, quali 126, 287 e addirittura 8.762 chili di hashish, 72 e 170 chili di cocaina, 2.500 kg di canapa indiana), ed esclusa, invece, in casi analoghi, relativi a 10 e 18 chili di hashish; 30 e 40 kg di hashish; 4,5 kg di cocaina e 850 grammi di eroina pura. Per i relativi riferimenti giurisprudenziali si rinvia ai già menzionati lavori di LEO e PELAZZA.

zione della relativa circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 80, comma 2». Vale a dire che anche per determinare il concetto di ingente quantità da cui dipende la applicabilità o meno della menzionata aggravante è indispensabile "individuare un parametro numerico": il tipo criminoso della fattispecie circostanziale, cioè, deve essere ricostruito utilizzando gli stessi criteri impiegati per la definizione di quello della fattispecie base e, quindi, avvalendosi dei valori tabellari. «Se il legislatore ha positivamente determinato la soglia quantitativa (...) di punibilità (dunque un limite 'verso il basso') – prosegue la sentenza –, 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')».

Naturalmente, questa soglia limite, nel caso dell'aggravante *de qua*, non può essere individuata unicamente attraverso il sistema tabellare, essendo questo tarato solo sulle condotte ordinarie di detenzione di sostanze stupefacenti e non anche su quelle aggravate di detenzione di una ingente quantità; a tale scopo è necessario avvalersi anche del dato statistico a disposizione della giurisprudenza di legittimità per 'indicizzarla' sulla diversa scala di queste ultime. Essa, allora, deve essere rinvenuta tenendo conto della *ratio* dell'aumento di pena – la maggiore pericolosità per la salute implicata dallo spaccio di un quantitativo rilevante di stupefacenti – e ravvisata, quindi, in un valore ponderale ritenuto "eccezionale" rispetto a tale dato statistico, vale a dire, in un valore che costituisca uno "strappo" a un criterio di (relativa) regolarità".

Per individuare questo valore medio delle transazioni di sostanze stupefacenti, rispetto al quale reputare poi eccezionale quello di ingente quantità, secondo la Corte non ci si deve avvalere, però, dei valori ponderali utilizzati nel recente passato dalla sezione quarta della Corte di cassazione e, cioè, due chilogrammi per le c.d. droghe pesanti, cinquanta chilogrammi per le c.d. droghe leggere<sup>(59)</sup>. Questo dato, invero, deve essere calcolato – sempre per ragioni di coerenza con il sistema tabellare cui sono ancorate le fattispecie di cui all'art. 73 –, anziché in termini di peso complessivo della sostanza, in termini di "dosi-soglia", individuate sulla base dell'effettiva quantità di principio attivo riscontrata nella sostanza detenuta. Solo in questo modo è possibile tenere conto dell'effettiva efficacia drogante della sostanza e della sua reale maggiore pericolosità per la salute collettiva, in conseguenza del diverso grado di purezza della stessa ed attribuire così un significato più preciso alle menzionate indicazioni ponderali, proprio come avviene quando si deve accertare la sussistenza delle fattispecie base di cui all'art. 73 t.u. n. 309/1990.

Questo *modus procedendi* delle Sezioni unite mette peraltro al riparo la loro decisione da eventuali censure circa la arbitrarietà della stessa. La soglia, infatti, non è fissata in maniera approssimativa e discrezionale, bensì sulla scorta di una attenta considerazione di dati oggettivi preesistenti, vale a dire dei valori quantitativi indicati nelle tabelle ministeriali per ogni singola sostanza stupefacente unitamente ai dati statistici a disposizione della Corte di legittimità.

Inoltre, consente di generare unicamente effetti *in bonam partem* per l'imputato; lo sbaramento quantitativo così individuato impedisce la configurabilità dell'aggravante in relazione a casi ritenuti non eccezionali, all'esito del riscontro con i due combinati parametri oggettivi del

---

<sup>(59)</sup> Il c.d. criterio ponderale era stato sostenuto da Sez. IV, 1° febbraio 2011, n. 9927; Sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38794 e Sez. IV, 12 luglio 2011, n. 33314.

numero delle dosi e del valore massimo di ciascuna, valore com'è noto variabile in base al tipo di sostanza. In questo modo si rilegge la fattispecie incriminatrice in maniera da garantire che il tipo criminoso da essa descritta 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.

Allo stesso tempo, però, esso permette di impedire possibili automatismi *in malam partem* ogniqualvolta il limite ponderale delle 2000 dosi sia superato, rimettendo in tali eventualità l'apprezzamento circa la effettiva sussistenza della circostanza alla discrezionale valutazione del giudice di merito sulla base del restante materiale probatorio a disposizione.

Orbene, una simile soluzione ermeneutica appare non solo in grado di fronteggiare adeguatamente le contrapposte obiezioni formulate in passato nei confronti dei criteri elaborati dalla giurisprudenza *in subiecta materia* ma, per quello che in questa sede più interessa, di fornire un valido esempio di collaborazione dialettica tra legge e giudice.

Per un verso, non pone problemi di compatibilità con il principio di precisione e di uguaglianza, restituendo determinatezza in via interpretativa alla locuzione "ingente quantità" e garantendo uniforme applicazione all'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, in perfetta sintonia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con le indicazioni sovranazionali di marca CEDU di garantire accessibilità e prevedibilità ai precetti legali.

Per altro verso, non integra un attentato al principio di separazione dei poteri ed un'indebita ingerenza del giudice in un terreno, quello della definizione dei fatti penalmente rilevanti e delle relative sanzioni, di competenza esclusiva del Parlamento. Essa, infatti, sembra non arrivare 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, limitandosi a stabilire una soglia minima al di sotto della quale l'aggravante dell'ingente quantità non può essere applicata.

Inoltre, consente di superare il problema del *deficit* di determinatezza dell'aggravante in questione e del rischio di violazioni del principio di uguaglianza restituendo alla fattispecie dell'art. 80, comma 2, t.u. n. 309/1990 un grado apprezzabile di accessibilità e prevedibilità per i potenziali destinatari, senza, però, finire, all'opposto, per sollevare quello della sovrapposizione di poteri tra legislativo e giudiziario, determinando uno sconfinamento del secondo in un ambito di esclusiva riserva e prerogativa parlamentare, quale quello della individuazione di una soglia rigida di punibilità di natura quantitativa-numerica, automaticamente operante.

Il criterio individuato dalle Sezioni unite non rappresenta, dunque, una sostituzione vera e propria operata dal potere giudiziario di un elemento della fattispecie creato dal legislatore con caratteristiche distinte; bensì, costituisce il prodotto di una attività ermeneutica "consentita", di mera ricognizione di significato di una porzione di fattispecie incriminatrice e del suo 'tipo criminoso' (come espressamente rivendicato dagli stessi giudici di legittimità); di una attività ermeneutica, cioè, che, tramite criteri attendibili e controllabili, consente alla disposizione legislativa generale ed astratta di divenire norma attagliata al caso concreto. La volontà legislativa rimane difatti intatta, perché i giudici non dovranno fare una mera valutazione matematica per vedere se è stato superato o meno (anche di pochissime unità) il limite quantitativo, bensì dovranno sempre verificare se quel dato comportamento integri realmente l'ingente

quantità oppure no. Il principale limite di questo modello è di presupporre un dato che non è scontato quanto dovrebbe essere, vale a dire l'elevato livello culturale dei magistrati chiamati ad interpretare ed applicare le norme incriminatrici.

In conclusione, questo recente caso sembra dimostrare che una interazione tra legge e giudice sulla base di un rapporto nuovo e diverso rispetto al passato sia possibile, purché non perda di vista il quadro sottostante dei principi generali della materia penalistica fino a stravolgerli (come nel caso del divieto di analogia) o travalicarli (come nell'ipotesi della riserva di legge) ed, al contrario, consenta di realizzare proprio quelle funzioni per le quali tali principi sono stati storicamente concepiti: garantire le libertà dei consociati <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Cfr. in tal senso GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., p. 267, secondo il cui avviso «la crisi della legge come fonte del diritto esclusiva ed esaustiva non può significare la crisi della legalità come garanzia».

